

# TRIBUNAL SUPREMO

## Sala de lo Penal

### Sentencia núm. 261/2026

Fecha de sentencia: 27/03/2026

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6055/2023

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 18/03/2026

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.CASTILLA Y LEON SALA CIV/PE

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

Transcrito por: MMD

Nota:

#### Resumen

Abuso sexual a menor de 16 años. Cuando el recurso de casación se articula por la vía del art. 849.1 LECrim, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia.

Pornografía infantil. Concepto. Evolución jurisprudencial. Elemento subjetivo.

Pornografía es aquello que desborda los límites de lo ético, erótico y estético.

La prueba de los hechos. El acusado borró el material pornográfico cuando fue alertado por el colegio de la denuncia presentada por los padres del menor.

Ciberacoso art. 183 ter. Delito de peligro. Elementos objetivos y subjetivos.

Pluralidad de actos por medios tecnológicos.

Posibilidad contacto inicial que se prolongue por estos medios.

Compatibilidad con el delito de abusos sexuales. La aplicación de ambos tipos delictivos resulta correcto.

RECURSO CASACION núm.: 6055/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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

## **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**

### **Sentencia núm. 261/2026**

Excmos. Sres.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 27 de marzo de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **6055/2023**, interpuesto por **ÁNGEL FERNÁNDEZ HERRERO**, representado por el procurador D. Ismael Sanz Manjarrés, bajo la dirección letrada de D. Óscar Ovidio Casas Rodríguez, contra la sentencia nº 66/2023, de fecha 26 de julio de 2023, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el Rollo de Apelación nº 33/2023. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: D. A.V.N. y D<sup>a</sup>. M.L.N, representados por el procurador D. Cristóbal Pardo Torón, bajo la dirección letrada de D. Enrique Vilella Herrera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Medina del Campo instruyó Procedimiento Abreviado, contra Ángel Fernández Herrero, por delito de abuso sexual a menor de 16 años y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 28/2022, dictó sentencia nº 19/2023, de fecha 20 de enero de 2023, que contiene los siguientes **hechos probados:**

<<PRIMERO.- El acusado Ángel Fernández Herrero, mayor de edad, nacido el día 23 de diciembre de 1988, y sin antecedentes penales, era profesor contratado en el centro escolar XXXXX, de la localidad de Medina del Campo desde el año 2011.

Durante el curso escolar 2019/2020 Ángel Fernández Herrero era el tutor de curso del menor JJJJ, nacido el 24 de enero de 2010, si bien lo conocía de cursos anteriores al ser el director del coro infantil de dicho centro escolar, al que el menor asistía.

Durante ese curso el denunciado, en las excursiones que hacía con los menores del coro en actividades extraescolares, aprovechaba para acercarse físicamente al menor J., procurando quedarse a solas con él, abrazándolo, y creando en el menor una dependencia emocional que reforzaba constantemente por vía de teléfono (llamadas y videoconferencias) y redes sociales (WhatsApp).

Como ha relatado el menor, el acusado se enfadaba con él porque no le hacía caso, o se enfadaba porque se iba a jugar con sus amigos, en vez de prestarle atención a él.

SEGUNDO.- M.L.N., que es la madre del menor se percató del comportamiento del profesor hacia su hijo, y estaba sorprendida por su actitud, al darse cuenta de que no era la común en el resto de los profesores, y por ello retuvo el teléfono del menor en el mes de diciembre de 2019, comentárselo a su ex marido A.V., y devolviéndoselo al niño unos días más tarde.

El acusado insistía al menor para que mantuviera el contacto con él, para así iniciar una relación sentimental con él, hasta el punto de que el menor J. se vio obligado a buscar un terminal telefónico que antes utilizaba y que tenía al parecer algún problema, y se lo dio al

acusado para que lo arreglara y así poder comunicarse entre ellos, todo ello con el propósito de manipularle, hacerle creer que eran pareja y así lograr los fines de carácter sexual que pretendía con el menor.

TERCERO.- Decretado el estado de alarma el día 13 de marzo de 2020, con la llegada del confinamiento el acusado intensificó con J. el contacto a través del teléfono y las aplicaciones Whatsapp y FaceTime, hasta el punto de contactar con el más de tres veces cada día.

El Colegio XXX proporcionó una plataforma digital llamada "Educamos" para poder llevar a cabo las clases, pero el acusado decidió utilizar con el menor, además de la citada plataforma, la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp.

El acusado instaba al menor continuamente a que borrara cualquier imagen que se hubieran enviado y cualquier conversación que hubieran mantenido, y le insistía en que le diera los buenos días y las buenas noches todos los días, utilizando expresiones como "te quiero", "te amo", así como le pedía que le hiciera videollamadas cuando se estaba duchando para verle desnudo y que se hiciera fotos y videos y se las mandara, cosa que consiguió.

El acusado le convenció al menor para que se hicieran pajas juntos, realizándolo por video llamada en la que ambos se masturbaban enfocando con el teléfono a sus partes íntimas, mientras lo hacían, lo que ocurría casi todos los días. También le convenció para que le mandara fotos de su pene.

El acusado también convenció al menor para que se ducharan "juntos", haciéndolo al mismo tiempo también por videollamada, de forma que se vieran desnudos.

En una ocasión el menor, estando en la casa con su padre A.V., en un descuido dejó el móvil dirigido a la ducha, lo que fue observado por su padre cuando él mismo fue a ducharse, comprobando en la bandeja de elementos eliminados la existencia dos fotos de los genitales de su hijo JJJ, que éste había mandado al acusado, entre otras fotografías, y que no había borrado definitivamente del teléfono, lo que hacía sistemáticamente siguiendo las instrucciones del acusado.

CUARTO.- A finales de junio de 2020 y sin que pueda concretarse la fecha exacta, J. pidió permiso a sus padres para acudir a una reunión con otros miembros de la clase, niños de su misma edad, concretamente a la casa del profesor para hacer una especie de despedida de curso, lo que estos consintieron al haber más niños.

El acusado le pidió al menor que fuera antes, como media hora, lo que el menor hizo, y cuando el menor llegó con su bicicleta, el acusado le llevó a su dormitorio donde se quitaron los pantalones y se realizaron mutuos tocamientos en el pene. El acusado acercó un vibrador tanto al pene como al ano del menor, sin que le llegara a penetrar, ni con el pene del acusado ni con el vibrador. Al cabo de un rato, el menor se fue del domicilio del acusado para volver con los otros niños, para que así nadie sospechara.

QUINTO.- En esas mismas fechas, el acusado se presentó con su vehículo en el pueblo XX, donde los abuelos paternos tienen una casa, y con los que estaba el menor J.. El acusado había quedado con el menor a través de sus conversaciones en que lo esperara en un lugar determinado, y cuando coincidieron, montó al niño en su coche alejándose a un lugar más discreto y ahí procedió a tocarle sus partes íntimas, el pene, y consiguió que el niño se lo tocara a él e incluso que juntaran los penes.

SEXTO.- Dado que el menor J. se sentía inquieto e incómodo con estos hechos el acusado insistía en decirle que era normal, que estaba bien, que era el destino y que le quería mucho.

Empleaba con él expresiones tales como “hermanito” y similares para mantener el vínculo del menor y permitirle continuar con sus actos lascivos.

La madre del menor seguía observando estos comportamientos extraños por parte del profesor en su relación con su hijo, viendo como estos contactos se producían de una manera continuada, y dada la desconfianza que ello le produjo, estuvo atenta al comportamiento de su hijo, y al revisar la Tablet que solía utilizar, descubrió conversaciones escritas mantenidas entre ambos a través de WhatsApp de un carácter excesivamente cariñoso. Todo ello hasta que el día 3 de julio de 2020, siendo de madrugada, escuchó al menor hablar con el acusado a través de videollamada en la que le decía al menor: “J, te he dicho que espabiles!!! Cuando uno está dormido se toma un café, si vas a estar así....., a lo que el niño respondió, vale, vale, tranquilo, es que es tarde, pero ya me espabilo”. Esta situación provocó que la Sra. L. entrara en la habitación, pero en ese momento el menor cerró la comunicación con el acusado simulando como si no hubiera ocurrido nada.

Por este motivo la Sra. L decidió al día siguiente revisar de nuevo la Tablet en busca de nuevas conductas que hubieran ocurrido y encontró un mensaje del profesor que decía: “enano, no te preocupes, no sé por qué se habrá cortado, pero no estoy enfadado, te quiero mucho, mañana hablamos”. En ese momento la Sra. L tomó la decisión de retirarle al menor todos los dispositivos y volver a explicarle al menor lo inadecuado de la situación.

La Sra. L tomó la decisión de ponerse en contacto telefónico con el acusado, comunicándole su descontento al descubrir la relación que tenía con su hijo, mostrándole lo inadecuado de los mensajes y de las conversaciones a altas horas que tenían, y exigiéndole que a partir de ese momento sólo se comunicara con su hijo a través de la plataforma virtual del colegio, lo que no fue aceptado por éste, que le llegó a decir a la madre del menor: “no puedo desaparecer de la vida de J así como así, se lo he prometido”, no aceptando en consecuencia la advertencia que se le hizo, por lo que siguió intentando acercarse al menor a través de otras vías, como era a través de cartas, mensajes e incluso físicamente, acercándose a los lugares que frecuentaba el menor, o a través de otras redes sociales, sobre las que le mandó instrucciones, utilización de otros números de teléfono para evitar el bloqueo de su número, etc....

SEPTIMO.- Estos hechos no cesaron hasta que un día del mes de julio de 2022 el menor se lo contó a Dª C.G., que por entonces era la pareja del padre A.V., descubriéndose entonces todo lo sucedido.

OCTAVO.- Practicada la entrada y registro en el domicilio del acusado el día 29 de julio de 2020, se localizaron varias memorias USB, sin que haya podido comprobarse el contenido de algunas, el teléfono del investigado, un terminal que el menor le había entregado y dos juguetes sexuales, un anillo y el vibrador que había sido utilizado en el encuentro que tuvo lugar en el domicilio.

Autorizado el volcado y examen del teléfono del menor, Samsung Galaxy A10 con XXX, IMEI XXX con una tarjeta Nano SIM, una tarjeta de memoria de 32 GB, un número asociado a la línea telefónica móvil XXXX, entregado por sus padres a la Brigada, la misma ha localizado en el teléfono del menor algunas imágenes, recuperadas del archivo de borrados, como es una fotografía del menor en un autorretrato sin ropa frente a un espejo, entre otras, videollamada a través de WhatsApp entre Ángel Fernández Herrero y el menor JJJ estando el menor utilizando sus auriculares.

No se han podido recuperar completos en el registro de llamadas, pero del 20 de abril al 18 de julio de 2020 se observan 895 comunicaciones telefónicas entre el menor y el nombre de abonado correspondiente al acusado, muchas de ellas a horas intempestivas y con una duración que a veces excede de una hora.

Autorizado el volcado y examen del teléfono del acusado iPhone 7 con IMEI 35 XXX, correspondiente al móvil de Ángel Fernández Herrero con tarjeta SIM asociado al número XXXX, han logrado detectar pese al borrado efectuado, 143 comunicaciones realizadas, como videollamadas utilizando las aplicaciones FaceTime y WhatsApp entre el usuario del teléfono y el número XXXX identificado en la agenda de contactos como JJJ, y que están registradas entre el 24 de abril de 2020 y el 18 de julio de 2020 siendo casi todas ellas del mes de junio.

Otro iPhone 7, terminal del que era usuario el menor y que entregó al acusado en el mes de junio por tener, al parecer, algún problema, para que lo arreglara por si le retiraban el otro móvil, fue manipulado por este borrando toda la información y volviendo a la configuración de fábrica, sin que tuviera oportunidad de devolvérselo.>>

**SEGUNDO.-** La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Condenamos al acusado ANGEL FERNANDEZ HERRERO, como autor responsable de:

1.- un delito continuado de abuso sexual sobre menor de 16 años concurriendo el subtipo agravado de prevalimiento de una relación de superioridad, contemplado en el artículo 183.1 y 4 d) y 74 del Código Penal, en la redacción existente al tiempo de cometerse los hechos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se le impone al acusado como pena accesoria la prohibición de aproximación a JJJJ su domicilio, centro de estudios, o lugares que frecuente, a una distancia inferior a 500 metros y por tiempo de diez años, prohibición de comunicación con el mismo por cualquier medio por igual tiempo.

Las prohibiciones de aproximación y de comunicación a la víctima, se cumplirán simultáneamente con las penas de prisión impuestas.

Se le impone al acusado igualmente como pena accesoria la inhabilitación especial para el ejercicio de empleo, cargo público, profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad y personas con discapacidad por tiempo de diez años.

Se le impone al acusado la medida de libertad vigilada, por tiempo de 10 años, y que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

El contenido de la medida se determinará de conformidad a lo establecido en el artículo 106 del Código Penal, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad y a propuesta elevada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98 del repetido Código y sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 97.

2.- un delito de elaboración de pornografía infantil del artículo 189.1 y 2, a) del Código Penal, al haberse utilizado para ello a un menor de 16 años, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN.

Se le imponen al acusado como pena accesoria la prohibición de aproximación a JJJJ, su domicilio, centro de estudios, o lugares que frecuente, a una distancia inferior a 500 metros y por tiempo de ocho años, prohibición de comunicación con el mismo por cualquier medio por igual tiempo.

Tal y como establece el art. 57 del Código Penal, las prohibiciones de aproximación y de comunicación a la víctima, se cumplirán simultáneamente con las penas de prisión impuestas.

Se le impone igualmente al acusado como pena accesoria la inhabilitación especial para el ejercicio de empleo, cargo público, profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad y personas con discapacidad por tiempo de ocho años.

En concepto de responsabilidad civil, se condena al acusado al pago de la indemnización de 10.000 euros en concepto de daño moral al menor JJJ, declarándose la

responsabilidad civil subsidiaria del Colegio XXXX, de Medina del Campo, y la responsabilidad civil directa de la entidad aseguradora UMAS, Unión Mutua Asistencial de Seguros a Prima Fija.

La cantidad indicada, devengará los intereses prevenidos en el artículo 576 de la LEC desde el dictado de la presente resolución.

Se le condena al acusado al pago de la mitad de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Se decreta el comiso del vibrador intervenido al acusado.

Se le absuelve al acusado de los otros dos delitos por los que se le había acusado, declarando de oficio la mitad de las costas procesales causadas.

El tiempo de privación de libertad que, en su caso, haya sufrido preventivamente el acusado, habrá de serle abonado para el cumplimiento de las penas impuestas en esta causa.>>

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del acusado Ángel Fernández Herrero, dictándose sentencia nº 66/2023, en fecha 26 de julio de 2023, por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, en el Rollo Apelación nº 33/2023, que aceptó los hechos probados de la sentencia apelada, y cuyo **fallo** tiene el siguiente contenido:

<<Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por DON ANGEL FERNANDEZ HERRERO, y estimando las adhesiones del MINISTERIO FISCAL y de la ACUSACION PARTICULAR, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), de fecha 20 de Enero de 2.023, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos la misma, a excepción de los siguientes extremos en que se revoca parcialmente:

-Se añade la condena del acusado ANGEL FERNANDEZ HERRERO, como autor criminalmente responsable de un delito continuado del artículo 183 Ter.1 del Código Penal (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 10/22), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, imponiendo también al acusado la pena accesoria de prohibición de aproximación al menor víctima de los hechos, su domicilio, centro de estudios, o lugares que frecuente, a una

distancia inferior a 500 metros por tiempo de 5 años, y prohibición de comunicación con el mismo por cualquier medio y por igual tiempo, medidas de prohibición éstas que se cumplirán simultáneamente con la pena de prisión impuesta. Asimismo, se impone al acusado, como pena accesoria, la inhabilitación especial para el ejercicio de empleo, cargo público, profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad y personas con discapacidad por tiempo de 5 años. Finalmente, se le impone también al acusado la medida de libertad vigilada, por tiempo de 5 años, y que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

-En cuanto a las costas de la primera instancia, la condena al pago por parte del acusado, incluidas las de la acusación particular, comprenderá las 2/3 de las mismas, siendo el resto de oficio.

Todo ello con expresa imposición del recurso de apelación interpuesto por la Defensa del acusado al apelante, y declarando de oficio las de las adhesiones de las partes acusadoras.>>

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

**Motivos aducidos en nombre del recurrente Ángel Fernández Herrero:**

**Primero y único.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, al haberse infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter:

- Indebida aplicación por infracción del art. 189.1 y 2 a) CP (elaboración pornográfica infantil).

- Indebida aplicación por infracción del art. 183 ter 1 CP ("child grooming") en su redacción anterior a la LO 10/22.

**SEXO.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 18 de marzo de 2026.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **RECURSO ÁNGEL FERNÁNDEZ HERRERO**

**PRIMERO.-** Contra la sentencia nº 66/2023, de 26-7, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que estimó los recursos de apelación por adhesión supeditada interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular contra la sentencia nº 19/2023, de 20-1, dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid y en virtud de ello, mantuvo la condena a Ángel Fernández Herrero por el delito continuado de abuso sexual sobre menor de 16 años de los arts. 183.1 y 4 d) y 74 CP y por un delito de elaboración de pornografía del art. 189.1 y 2 a), al haberse utilizado para ello a un menor de 16 años, condenó al referido por un delito continuado del art. 183 ter 1 CP (actual 183.1), desestimando asimismo el recurso de apelación interpuesto por el acusado contra referida sentencia, se interpone por Ángel Fernández Herrero el presente recurso de casación por un único motivo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, al

haberse infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, que articula en dos submotivos:

- Indebida aplicación por infracción del art. 189.1 y 2 a) CP (elaboración pornográfica infantil).

- Indebida aplicación por infracción del art. 183 ter 1 CP ("child grooming") en su redacción anterior a la LO 1/22.

**1.1.-** Para la adecuada resolución del motivo necesariamente hemos de partir de la constante jurisprudencia de esta Sala (SSTS 627/2023, de 19-7; 1138/2024, de 12-12; 545/2025, de 17-6; 771/2025, de 25-9; 1075/2025, de 14-1-2026) que precisa que el recurso de casación cuando se articula por esta vía, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. 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 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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 igual sentido la STS 181/2022, de 24-2, mantiene que "muchas veces se ha dicho ya que el canal impugnativo que ofrece el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como resulta de su propia redacción, comporta la exigencia de que el recurrente tome como base estructural de sus razonamientos el respeto a los hechos que se declaran probados ("dados los hechos que se declaran probados", proclama el precepto). Se trata de una exigencia, enteramente comprensible, desde el punto de vista lógico y metodológico, habida cuenta de que, cuando lo que se pretende es la existencia de un error en el juicio de subsunción, --vale decir: en la calificación jurídica del hecho--, una alteración o modificación de este último, del sustrato fáctico, vacía por entero la queja desde el punto de vista argumental, toda vez que si lo que se persigue es alterar el soporte histórico y a partir de ese cambio proponer una distinta calificación jurídica, el objeto de las críticas deja de ser el juicio de subsunción para enfrentar, desatendiendo las exigencias propias de este motivo de impugnación, el relato de hechos probados que se contiene en la resolución recurrida, que pasa a ser, en realidad, donde pretende hallar el error el recurrente."

**SEGUNDO.-** Expuesto lo anterior, en cuanto a la condena por el delito de elaboración de pornografía infantil, art. 189.1 y 2 a) se denuncia, en síntesis, que de los hechos probados no se desprende la concurrencia de los requisitos legales y jurisprudenciales del referido tipo penal. Considera el recurrente que

la inferencia realizada es desmesuradamente amplia y vulnera el principio de presunción de inocencia.

Sostiene, además, que no hay prueba de la existencia de foto alguna de contenido pornográfico, ni de que el acusado elaborara pornografía, ya que todo el material audiovisual que obra en autos se compone de fotos del acusado en su vida cotidiana y dos fotos del menor: un desnudo de medio cuerpo para arriba y otra de espaldas desnudo tumbado en un sofá, que por sí mismas jamás pueden integrar el tipo de pornografía infantil por la ausencia total de obscenidad.

El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

**2.1.-** En cuanto a la aplicación indebida del art. 189.1 y 2 a) CP, tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como la del Tribunal Superior de Justicia consideraron que los hechos probados -que el recurrente debe aceptar dada la vía casacional del art. 849.1 LECrim, detallan comportamientos del acusado que contienen los elementos objetivos y subjetivos del delito de pornografía infantil y justifican la aplicación del tipo penal.

Así, la sentencia recurrida sobre este extremo señala:

"El acusado instaba al menor continuamente a que borrara cualquier imagen que se hubieran enviado y cualquier conversación que hubieran mantenido, y le insistía en que le diera los buenos días y las buenas noches todos los días, utilizando expresiones como "te quiero", "te amo", así como le pedía que le hiciera videollamadas cuando se estaba duchando para verle desnudo y que se hiciera fotos y videos y se las mandara, cosa que consiguió.

El acusado le convenció al menor para que se hicieran pajas juntos, realizándolo por video llamada en la que ambos se masturbaban enfocando con el teléfono a sus partes íntimas, mientras lo hacían, lo que ocurría casi todos los días. También le convenció para que le mandara fotos de su pene.

El acusado también convenció al menor para que se ducharan "juntos", haciéndolo al mismo tiempo también por videollamada, de forma que se vieran desnudos.

En una ocasión el menor, estando en la casa con su padre A.V., en un descuido dejó el móvil dirigido a la ducha, lo que fue observado por su padre cuando él mismo fue a ducharse, comprobando en la bandeja de elementos eliminados la existencia dos fotos de los genitales de su hijo JJJ, que éste había mandado al acusado, entre otras fotografías, y que no había borrado definitivamente del teléfono, lo que hacía sistemáticamente siguiendo las instrucciones del acusado."

El concepto de material pornográfico se utiliza ya en el artículo 186 que precede al aquí utilizado para calificar la conducta del acusado. Allí bajo la rúbrica de delitos de exhibicionismo y provocación sexual, cuyo rótulo ha de atenderse para delimitar el alcance del concepto típico de pornografía. Y de modo que no lleve a una determinación típica diversa que la rúbrica en el artículo 189 haga referencia a la prostitución y corrupción de menores (desde la reforma de 2015 también de explotación sexual).

Otra acotación, para definir ese material a los efectos de la tipicidad del artículo 189 del Código Penal -en su redacción vigente al tiempo de los hechos, es que el mismo venga referido a menores (o incapaces).

Desde luego en el concepto de material cabe incluir sin discusión las representaciones gráficas a medio de fotografías o vídeos.

El material debe merecer la consideración de lúbrico o libidinoso y, como tal, dirigido a la funcionalidad de «excitar» sexualmente. Tal componente subjetivo deberá entenderse neutralizado o excluido si cabe estimar prevalente otro que permita atribuirle, conforme a valoraciones o estándares sociales generalmente admitidas o dominantes, una finalidad y adecuación a pautas artísticas, científicas o pedagógicas. Este elemento subjetivo obstaría a la valoración del comportamiento como antijurídico, y típico. Se trata así de buscar, en la medida de lo posible, una reducción de los

espacios de subjetividad que impliquen equivocidad en la descripción obligadamente indeterminada del tipo penal. Lo que por otra parte supone el abandono de ejemplificaciones como las que llevan a exigir que lo fotografiado, grabado o, si se quiere, escrito, tenga que suponer representación de actividades sexuales o que incluyan concretamente los genitales, criterios que provienen, entre otros instrumentos internacionales, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (Instrumento ratificado por España, BOE 31 de enero de 2002) que incluía como material pornográfico: «toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales». Ideas que se reiteran, en el derecho de la Unión Europea, en la Decisión marco del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI) dentro de la que se tipifica como material pornográfico el que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño. Y se reitera en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 que define tal material como aquel que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.

Tales criterios, desde luego, permiten más fácilmente convenir con tal calificación de pornografía. Pero no cabe reducir el concepto a tales supuestos. Constituyen mínimos de tipificación asumida como obligación por los Estados signatarios. Pero no los únicos.

Como hemos dicho en las resoluciones de esta Sala «... 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 impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del Código Civil» (STS de 20 de septiembre de 2006, énfasis añadido).

**2.2.-** En el caso que nos ocupa, en orden a la prueba de los hechos que merecieron la subsunción en el citado precepto, es cierto que en los dispositivos electrónicos intervenidos en casa del acusado no fue hallado el material pornográfico que consiguió que el menor le enviara. Eso ocurrió porque aquel tuvo tiempo de borrar las fotos y videos del menor al ser alertado por el Colegio de que los padres del niño habían presentado una denuncia contra él y también porque siempre tuvo la precaución de decirle al menor que los borrara. Sin embargo, entendió la Audiencia que este apartado de los hechos probados estaba avalado por el testimonio del menor y de su padre, que, en un descuido de su hijo mientras se duchaba, pudo ver que en la bandeja de elementos eliminados de su móvil, pero no borrados definitivamente, había dos fotos de los genitales que el niño había mandado al acusado.

Así lo ratificó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que al dar respuesta a la impugnación del recurrente denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, señaló que:

“...en cuanto a las fotografías, videollamadas, conversaciones de WhatsApp e incluso un juguete sexual mencionado por el menor y que es hallado en poder del acusado, su existencia objetiva resulta indudable, y constituyen asimismo un elenco de elementos físicos de indudable trascendencia a la hora de reforzar dicha fiabilidad. Resulta, en principio,

contrario a toda lógica pensar que las fotografías halladas, las videollamadas efectuadas y las conversaciones (en número elevadísimo y a horas totalmente intempestivas) habidas entre acusado y el menor, no son sino muestra de la estrecha relación de afectividad y cariño entre un profesor y su alumno, tal y como se sostiene en el recurso. Naturalmente, tales datos por sí solos pudieran no ser suficientes para acreditar los abusos sexuales y el delito de pornografía, pero es que los mismos para lo que sirven es para corroborar el minucioso y claro relato del menor. Éste ya refirió que el acusado le conminaba a eliminar todo documento gráfico y rastro de mensajes o conversaciones, y efectivamente el niño cumplió sus instrucciones, pero al final quedaron algunos rastros y evidencias que no hacen sino confirmar lo relatado por el menor en cuanto a las conductas delictivas básicas que constituyen la base de la acusación. También resulta contrario a toda lógica que el acusado y el menor se crucen fotografías desnudos, aunque las halladas no tengan por objeto los órganos sexuales, y, teniendo en cuenta que el menor ha referido que se cruzaron fotos y videos de dicho tenor, el hallazgo de tales fotografías aparentemente más “inocentes” tras la indudable labor de eliminación planificada, unido al testimonio del padre de que llegó a ver dos de dichas fotografías (del pene de su hijo), nos convencen de que lo relatado por el menor es totalmente cierto. Por último, carece de la relevancia que quiere darle la Defensa del acusado el hecho de que, en todos los dispositivos hallados al mismo no se encontraran fotografías o documentos gráficos pornográficos o lascivos, puesto que, como correctamente resalta la sentencia, dicho acusado tuvo tiempo y oportunidad de eliminar los elementos que fueran comprometedores, y además precisamente la circunstancia de que tales dispositivos, una vez ocupados y al ser examinados por la Policía, estuviesen vacíos resulta altamente sospechoso.

**2.3.-** En definitiva, el resultado de cuanto se lleva expuesto nos conduce, por lo tanto, a la total desestimación del motivo de impugnación analizado, y consecuentemente la desestimación del recurso de apelación

interpuesto por la Defensa del acusado, por no apreciarse ni infracción de la presunción de inocencia ni error en la valoración de la prueba, ni infracción del principio "in dubio pro reo", de modo que ratificamos y hacemos nuestro el relato fáctico que contiene la sentencia recurrida".

El Tribunal de instancia consideró probado que el acusado convenció al menor para que le enviara fotografías y vídeos de claro contenido sexual y por tanto, aunque este material no fue encontrado en poder del acusado, pues tuvo tiempo para borrarlo, tal comportamiento integra el delito sancionado en el art. 189.1 y 2. La existencia de material pornográfico en poder del acusado se consideró acreditada por la declaración del menor y de la de su padre que encontró en el móvil de su hijo, dos de las fotos que le envió al acusado.

Por su parte el elemento subjetivo, que abarca tan solo el conocimiento de la posesión del material de contenido pornográfico, fue deducido racionalmente del conjunto de actuaciones que el acusado llevó a cabo sobre la voluntad del menor induciéndole a enviar fotos de sus órganos sexuales y vídeos en los que el menor se masturbaba, tal como resulta del relato fáctico que, como ya se ha indicado, es intangible cuando se cuestiona el juicio de subsunción por la vía del art. 849.1 LECrim.

**TERCERO.-** El motivo segundo por indebida aplicación por infracción del art. 183 ter 1 CP ("child grooming") en su redacción anterior a la LO 10/22, que el Tribunal Superior, revocando la sentencia de la Audiencia, apreció al estimar los recursos del Ministerio Fiscal y de la acusación particular.

**3.1.-** Respecto a las cuestiones alegadas en relación a la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la conducta típica, como hemos dicho en STS 297/2024, de 3-4, con cita de las SSTS 97/2015, de 24-2 y 916/2021, de 24-11:

"En España la reforma 5/2010 introdujo un nuevo delito de ciberacoso sexual infantil en el art. 183 bis, con la siguiente redacción:

"el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 13 años y le proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de 1 a 3 años prisión o multa de 12 a 24 meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos".

La Ley Orgánica 1/2015 reformó esta artículo que pasó a ser el 183 ter, elevó la edad del menor a 16 años, suprimió la referencia a los arts. 178 a 183 -que había sido criticada por la doctrina, dado que los arts. 178 a 182, se refieren a agresión y abusos sexuales a mayores de 16 años- limitándose a los arts. 183 y 189. Elevó las penas a la mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño y se añadió un segundo apartado, cuando a través de los mismos medios se contacte con un menor de 16 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 penalidad es inferior, 6 meses a 1 año. (elevada a 2 años LO 10/2022).

El término Child Grooming se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.

En cuanto a su naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es

un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años).

Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años) puede entenderse típica la conducta.

La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien.

Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada.

En cuanto al bien jurídico es requisito que el contactado sea un menor de 13 años (ahora 16 años). Es referente obedece a la edad señalada por el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales. Coincide, por tanto, con su ubicación dentro del nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP "De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años), y con las previsiones del art.

13 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, que limita la obligación de los Estados para castigar la conducta descrita en los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niños (art. 182.2).

Por ello el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 16 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 16 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 16 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual.

**3.2.-** Respecto a la conducta típica habrá que distinguir entre elementos objetivos y subjetivos.

En cuanto a los elementos objetivos la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 16 años, por otra proponer un encuentro, y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

- El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los arts. 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

No obstante otros autores entienden por el contrario que puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, dado que el tipo penal no especifica si ese contacto es el inicial o derivado. Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos casos, no se agota con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (por Ej. Profesor o monitor conocido por el menor).

- La proposición al encuentro. Este requisito de la exigencia de que el sujeto activo proponga concertar un encuentro con el menor para cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 183 y 189 responde a la introducción directa del Convenio de 25.10.2007.

A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aun su verificación. Interpretación esta que no es compartida por parte de la doctrina al considerar que la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese

aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma.

**3.3.-** Además el tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.

Se sostiene en la doctrina la necesidad de hacer la interpretación de este requisito y determinar qué actos pueden tener tal consideración. Por un lado, los mismos actos deben ir “encaminados al acercamiento”, finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio “encuentro”. De aceptar la primera interpretación actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el CP.

Por otro lado será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean “materiales” implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por parte de la doctrina. Ahora bien otro sector considera que si el legislador ha tomado el término material, como opuesto al espiritual conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como “encaminados al acercamiento”, no se distinguirían de los actos

digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los arts. 183 y 189.

**3.4.-** En el caso que nos ocupa sí concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal del art. 183 ter 1 CP. 1) comunicación por medio de las nuevas tecnologías (mensajes a través de las aplicaciones whatsapp e Instagram; 2) persona mayor de edad (39 años) con menor de 16 años; 3) finalidad de cometer acto constitutivo de delito contra la indemnidad sexual de un menor: agresión sexual, abuso sexual o producción de pornografía infantil, especialmente significativo es el mensaje del acusado al menor en el que le dice “tendremos que mostrarnos amor” “sé que es algo nuevo para ti... Pero es que sino... No avanzaremos” “sino... dime tú? Cómo lo quieres llevar”. “No te estoy pidiendo hacer el amor ya... Nooo pero poco a poco ir rompiendo el hielo sino”, “vale mi vida?”; 4) actos materiales a conseguir dicho encuentro.

El relato de hechos probados, como expresa la sentencia de apelación, describe una relación sentimental que lleva aparejados actos propios de contenido sexual como son abrazos, besos, tocamientos que se pretenden y sugieren en los textos literales remitidos por parte del recurrente al menor. Son mensajes de whatsapp insistentes hasta lo obsesivo, victimarios, de hostigamiento, reiterativos, culpabilizador hacia el menor por no responder a la exigencia de atención al recurrente. Es cierto que no son textos soeces, pero la sexualidad no se deriva exclusivamente de comentarios explícitos."

En el caso que nos ocupa, debemos compartir el informe del Ministerio Fiscal impugnando el motivo y considerar acertada la decisión del TSJ.

En efecto, la razón de ser del precepto, que tiene su origen en el artículo 23 de la Convención de Lanzarote del Consejo de Europa, hay que buscarla precisamente en el aprovechamiento por parte de los delincuentes sexuales de los mecanismos tecnológicos de comunicación y de las redes sociales para una más fácil y eficaz planificación y ejecución de sus actividades delictivas. A ello se refiere expresamente el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 en el que para justificar la incorporación de esta figura en nuestro Código Penal señala expresamente que la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual.

Como ocurre en nuestro caso y no es infrecuente que se den situaciones similares en otros supuestos, lo normal es que los contactos entre el agresor y la víctima no se desarrollen únicamente en el entorno virtual, sino que exista o un conocimiento esporádico previo o incluso fruto de una relación más estable en el ámbito familiar, deportivo, escolar, etc. Relaciones que incluso pueden mantenerse con aparente normalidad al mismo tiempo que se materializa la actividad de ciberacoso.

Estas circunstancias no deben impedir la aplicación del artículo 183 ter CP si los contactos específicos con el menor, con el objetivo delictivo de concertar un encuentro sexual con él o de embaucarle a fin de obtener material pornográfico se canalizan deliberadamente a través de esos mecanismos de comunicación. Es precisamente el medio tecnológico el que permite al agresor la planificación y ejecución de su acción criminal con mayor facilidad dadas las posibilidades que ofrecen las tecnologías para lograr un discreto acercamiento que de otra forma sería difícil de lograr.

Como señala el Preámbulo de la LO 5/2010, lo que se pretende sancionar con el precepto es el uso de tales medios para ganarse la confianza de menores con los objetivos indicados, de lo que resulta, a esos efectos, que sería irrelevante que el agresor tenga establecidas otro tipo de relaciones con la víctima ajenas a esta circunstancia, aun cuando indirectamente favorezcan sus ilícitos propósitos, siempre que el uso de las herramientas tecnológicas sea el factor determinante en la conducta de acoso sufrida por la víctima.

En el caso que nos ocupa, con independencia de la condena por los abusos sexuales cometidos, el abusivo empleo de este tipo de comunicación por medios tecnológicos ha de ser sancionado también a través del art. 183 ter 1.

Tal como resulta de los hechos probados, el acusado, entre el 20 de abril y el 18 de julio de 2020 tuvo 895 comunicaciones telefónicas con el menor, muchas de ellas a horas intempestivas de la noche y con una duración que a veces excedía de una hora. Además, en esas mismas fechas, pese al borrado, se pudieron detectar 143 videollamadas entre el usuario del teléfono del acusado y el identificado en los contactos del móvil, como JJJ. Esto bien a las claras nos sitúa ante un panorama en el que la comunicación telemática se ha empleado por el acusado, como el tipo penal contempla, con el fin de contactar con el menor y también de mantenerlo bajo su radio de influencia y poder así llevar a cabo los delitos que el precepto vigente a la fecha de los hechos señalaba (delitos de los arts. 183 y 189 CP), sorteando, como se ha dicho, el control de los padres. No es imaginable que el acusado sin esos medios hubiera podido mantener durante tan prolongado espacio de tiempo tan elevado número de comunicaciones, lo que sin duda acentuaba la dependencia del alumno con el profesor y que con el solo contacto físico hubiera resultado imposible de conseguir.

Así, incluso, resulta también de los propios términos que la sentencia de instancia, luego revocada, que en su fundamentación deja constancia de que si bien el acusado buscó a lo largo del tiempo un acercamiento personal al menor JJJ aprovechando su condición de profesor de música del colegio del niño, desde finales del año 2019 y hasta el mes de julio 2020, para conseguir un contacto permanente entre ellos como si de una pareja sentimental se tratara, hizo que el niño estuviera en contacto con él a través de conversaciones por el teléfono móvil, así como de videoconferencias y de mensajes de WhatsApp, y de este modo propiciar los múltiples contactos sexuales que tuvieron, convenciéndole también para que, casi todos los días, utilizando la video llamada se masturbaran enfocando con el teléfono a sus partes íntimas o para que se ducharan “juntos” de forma que se vieran desnudos mientras lo hacían.

Y es que, como sostiene la sentencia del Tribunal Superior ahora recurrida, de la lectura del precepto no resulta que para su aplicación sea determinante que no exista un previo conocimiento personal entre el autor y su víctima.

En muchos casos podrá ocurrir que aprovechando el anonimato que propician los medios de comunicación a distancia se contacte al azar con un menor para proponerle la comisión de alguno de los delitos que contemplan los arts. 183 y 189 CP. Pero nada debe impedir la protección penal, también, cuando atraído un adulto por un concreto menor al que previamente haya conocido en cualquier ámbito, (recreativo, educativo, deportivo, etc.), utilice Internet, el teléfono, o cualquier otra tecnología de la información o comunicación para contactar con él y hacerle las proposiciones a que se refiere el precepto.

Lo único que exige el tipo penal es que el medio tecnológico sea el utilizado para contactar y así obtener el control emocional del menor de cara

al abuso físico que se pretende. Exigencia derivada de la mayor vulnerabilidad y desprotección del menor al dificultarse el posible control que los adultos responsables de aquel pudieran ejercer sobre sus hábitos de vida. Pero nada dice el precepto de que ese contacto virtual haya de ser el medio para trabar el primer conocimiento de la potencial víctima. Si eso se exigiera quedarían, como se ha dicho, injustificadamente desprotegidos aquellos menores previamente seleccionados por quienes, por pertenecer a su círculo más cercano, hayan podido iniciar una relación personal pero que necesitan la ayuda de los medios de comunicación telemáticos para llevar a cabo sus proposiciones delictivas.

De ahí que en este caso resulte con claridad que el acusado, que ya conocía el menor como profesor de música, de no haber utilizado los medios tecnológicos de comunicación no hubiera podido iniciar con él los contactos de claro contenido sexual y tampoco someter al menor al constante control telefónico y desde luego no con la misma intensidad con que lo ejerció, eludiendo las barreras de protección de los padres durante el curso 2019/20, máxime en un período de pandemia y confinamiento como el que durante ese tiempo se padeció. Hasta entonces su atracción por el menor, para no levantar demasiadas sospechas, tan solo le permitió mostrar “en público” su aparente cariño con especiales atenciones y abrazos. Fue el empleo de las tecnologías de comunicación lo determinante para hacer llegar al menor sus propuestas y propiciar los encuentros de naturaleza sexual que luego de forma continua mantuvo con él.

**3.5.-** Debemos, por último, plantearnos si este delito puede ser aplicado junto con el delito de abusos sexuales. Como hemos dicho en STS 676/2024, de 27-6, la aplicación de ambos tipos delictivos resulta correcta, pues solo así se cubre el total de la acción. Hay un ataque directo a la indemnidad sexual de la menor y, además, independientemente se obtienen fotografías de la misma, desnuda o masturbándose, que se guardan en

dispositivos con posibilidad de ser exhibidas, compartidas o difundidas. Son, por tanto, acciones distintas que atacan bienes jurídicos diferentes: la libertad e indemnidad sexual de la víctima (art. 183 -hoy 181 CP-) y la indemnidad sexual, el libre desarrollo de su personalidad e intimidad (art. 189). Resulta evidente que no es lo mismo y no debe merecer el mismo tratamiento penal, agredir sexualmente a una menor de 13 años (actualmente 16 años) y distribuir fotografías pornográficas y un vídeo de la misma masturbándose - con el riesgo de su difusión indiscriminada en las redes-, que "únicamente" agredirla sexualmente.

En esta dirección la STS 244/2014, de 25-3, recuerda:

"... El tribunal parece argumentar sobre la existencia de un concurso de normas a resolver por el principio de absorción. Indica que los hechos, la grabación y disfrute personal de las fotografías y los vídeos, son actos subsumibles en el tipo penal del abuso continuado y absorbidos por éste. Esa argumentación, no desarrollada, obvia que esta modalidad comisiva no solo protege el libre desarrollo de la personalidad de un menor que es inducido y utilizado para la captación de su imagen para la satisfacción de apetencias de contenido sexual. El tipo protege también el derecho a la propia imagen y la potencialidad de un riesgo de posterior exhibición por terceras personas ajenas a la realización de las fotografías e incluso a la posesión del condenado. Una vez guardadas en archivos, como la memoria de un ordenador o de un teléfono, la potencialidad de difusión es un riesgo evidente. Pero es que, además, el delito de abuso sexual es un delito de propia mano que se consuma con la realización de actos típicos derivados de una conducta personal, en tanto que la producción gráfica permanece en el tiempo almacenada en soportes digitales y extravasa el mero contacto personal."

Se trata, en definitiva, de acciones distintas y dos delitos en concurso real, con bienes jurídicos diversos.

**CUARTO.-** Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente (art. 901 LECrim).

## **F A L L O**

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

**1º) Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **ÁNGEL FERNÁNDEZ HERRERO**, contra la sentencia nº 66/2023, de fecha 26 de julio de 2023, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el Rollo de Apelación nº 33/2023.

**2º) Imponer** al recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala, con devolución de la causa en su día remitida.

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.

