

DICTAMEN 1-18

Sobre la calificación jurídica de las conductas consistentes en la obtención en forma subrepticia de imágenes/grabaciones de actos de naturaleza sexual realizados sobre menores de edad

Con ocasión de las VII Jornadas de Fiscales Especialistas en Criminalidad Informática, celebradas en el mes de febrero de 2018, surgieron discrepancias entre los Fiscales Delegados acerca de la calificación jurídica procedente en los supuestos en los que una o más personas, aprovechando la circunstancia de que los menores de edad se encuentran dormidos o privados de conciencia por cualquier otro motivo, realizan sobre los mismos actos concretos de abuso y/o agresión de los que toman imágenes o son grabados por medios audiovisuales, obteniendo de esta forma material pornográfico, para el propio uso o para su ulterior difusión o distribución a terceras personas. Esta misma discrepancia se extendía también a aquellos casos en los que la víctima es consciente de la agresión sexual de que es objeto, si bien desconoce que el hecho está siendo grabada o filmada en el momento de su comisión.

Se trata de comportamientos que desgraciadamente llegan a conocimiento de los órganos de la jurisdicción penal cada vez con más frecuencia y que, sin duda, se están viendo favorecidos por las posibilidades que derivan de los avances científicos y técnicos que, aplicados a los modernos dispositivos electrónicos (teléfonos móviles, IPad, cámaras de video etc.), hacen de los mismos herramientas fácilmente transportables y dotadas de inmejorables cualidades técnicas para la toma de imágenes o grabaciones en todo tipo de circunstancias, lo que ha determinado resulte innecesaria la habilitación de espacios o condiciones específicas para obtener un producto de calidad aceptable.

Sin perjuicio de la tipificación procedente, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, de los actos directos y activos de contenido sexual ejecutados sobre los menores, aplicando a dicho fin las figuras delictivas contra la libertad e indemnidad sexual de los menores previstas en los artículos 179 a 183 quater del Código Penal, la controversia generada entre los Fiscales Delegados se suscitó en referencia a la valoración jurídica que habría de hacerse de la conducta consistente en grabar o tomar imágenes del acto concreto realizado sobre el menor y, por ende, de sus órganos sexuales expuestos en dicha circunstancia. Es decir, el objeto central del debate se centró en discernir si la calificación jurídica correcta de ese comportamiento debía ser la de delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 1º y 5º CP, en el entendimiento de que el bien jurídico lesionado es la intimidad del menor afectado o, por el contrario, si el tipo penal aplicable habría de ser el artículo 189 1º a) del mismo texto legal, al haberse producido la utilización de una o más personas menores de edad para la elaboración de material pornográfico, se produzca o no posteriormente la difusión a terceros del citado material

En buena medida, la controversia respecto de la calificación jurídica del hecho venía determinada por la vigencia de la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, de 29 de noviembre, *sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil*. Como es sabido, la citada Consulta, dedica una de sus

Conclusiones -concretamente la séptima- a resolver una posible concurrencia entre los delitos contra la intimidad/propia imagen y delitos de pornografía infantil en los siguientes términos: *Cuando la operación de captación de la imagen se hubiera llevado a cabo de manera subrepticia, de modo que el menor no hubiera sido consciente de la filmación o grabación, al no resultar lesionada la indemnidad sexual, habrían de calificarse los hechos conforme al artículo 197.1 CP, al resultar típicamente lesionada la intimidad y la propia imagen y no conforme al artículo 189.1ª*. Este criterio ha sido sostenido también, en términos generales y sin perjuicio de alguna resolución discrepante, como la STS 782/2007 de 3 de octubre, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que es un buen ejemplo la STS 445/2015 de 2 de julio en la que, con ocasión de la grabación incontestada y en el interior de un domicilio de imágenes que define como de *inequívoco contenido sexual y muestran a la menor en ropa interior o semidesnuda, mientras dormía*, considera el Alto Tribunal plenamente adecuada la tipificación de ese comportamiento en el artículo 197 del CP.

Ahora bien, lo primero que ha de plantearse es si la citada Consulta es aplicable a los supuestos que nos ocupan. El análisis detallado de dicho documento nos lleva a considerar que las conductas que en la misma se analizan, y por tanto a las han de aplicarse las Conclusiones en ella adoptadas y entre otras la Conclusión séptima antes citada-, difieren esencialmente de las que se analizan en el presente Dictamen. Efectivamente el apartado VIII de la citada Consulta señala claramente que cuando directamente se elabora el material pornográfico, *incidiendo sobre menores concretos*, resulta aplicable el tipo del artículo 189.1º a), si bien establece como excepción el supuesto *en el que la captación de la imagen se hubiera llevado a cabo de manera subrepticia, de modo que el menor no hubiera sido consciente de la filmación o grabación* indicando que, en este caso, el precepto aplicable sería el artículo 197.1º CP, dado que *el bien jurídico protegido no sería otro que la intimidad y propia imagen del sujeto pasivo, no resultando lesionada la indemnidad sexual del mismo*. Es decir, parece evidente que los supuestos a los que se refiere la Consulta, como excepción a la regla general, son aquellos en los que el menor permanece completamente ajeno a la actuación del delincuente no solo por desconocer que su imagen está siendo objeto de filmación o grabación sino, también, porque no se ejecuta ninguna otra acción directa sobre el mismo, circunstancia que no concurre en los casos que planteamos en los que se realizan, de forma previa o coetánea, actos de abuso/agresión sexual sobre la víctima para generar deliberadamente la imagen incuestionablemente pornográfica- que se pretende obtener. Nótese que la Consulta delimita la aplicación de la mencionada conclusión a aquellas conductas que solo afecten a la intimidad del menor *no resultando lesionada la indemnidad sexual del mismo*

En los últimos años, se han publicado diversas resoluciones del Alto Tribunal relativas a supuestos en los que el autor del hecho obtiene el material ilícito grabando, sin conocimiento de sus víctimas menores de edad, los tocamientos o actos de abuso que él mismo realiza sobre ellos. El Tribunal Supremo considera que, en esas circunstancias, dichas conductas han de ser calificadas jurídicamente -al margen de la consideración que merezcan en sí mismos los actos de abuso- como un delito de utilización de menores con fines pornográficos del artículo 189.1º a) o en su caso 2º, del C. penal, en el entendimiento de que el bien jurídico lesionado en estos supuestos es la indemnidad sexual de los menores y no, en exclusiva, su intimidad personal.

Al respecto ha de ser mencionada -aunque el supuesto fáctico presenta diferencias sustanciales- la doctrina recogida en la STS 459/2015 de 13 de Julio, en la que, entre otros comportamientos, analiza la conducta de quien, aprovechando que estaba al

cuidado de dos menores de edad las grabó, sin su conocimiento, con la zona genital descubierta o efectuándose tocamientos en dichos órganos. Aplicado por el Tribunal de instancia a esta conducta, el artículo 189. 1a) y 3a) - en su redacción anterior a la reforma efectuada por LO 1/2015 - dicha decisión fue confirmada por la Sala Segunda que, frente a las protestas del recurrente acerca de la falta de conciencia del hecho por parte de las menores, argumenta que *el verbo típico “utilizar” que (contempla) esa conducta se satisface por el mero “aprovechamiento”, trayendo a colación a dicho fin el propio razonamiento del Ministerio Fiscal según el cual los comportamientos activos directos sobre las víctimas, no están excluidos en el hecho probado. Ni es imaginable la mera captación subrepticia de tales imágenes sin tal actuación preparatoria dirigida a los menores de manera directa.*

Más recientemente, la STS 988/2016 de 20 de diciembre, acogiendo un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, casa la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León y rechaza la aplicación del delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.1º del Código penal -sin perjuicio de los correspondientes delitos de abusos sexuales- para aplicar los artículos 189 1 a) y 189 3º a) y f) del mismo texto legal. Se trata de un supuesto en el que el condenado, con ocasión del desempeño de sus tareas como monitor en campamentos infantiles, en horas de la madrugada, y aprovechando que los niños se encontraban dormidos, les hizo objeto de tocamientos en los genitales, ano y nalgas, al tiempo que grababa, con una cámara Sony con infrarrojos de visión nocturna, los actos realizados para su posterior visionado. En la resolución de este recurso el Tribunal Supremo consideró que los hechos habían de incardinarse en los tipos penales que sancionan la utilización de menores para la elaboración de material pornográfico por considerar que se encontraba afectada la indemnidad sexual de los menores pues, como se explica en la citada resolución, *es claro que las grabaciones en un soporte adecuado para su posterior visionado, de actos notoriamente sexuales, realizados sobre los genitales de menores dormidos o casi dormidos, constituye un material de naturaleza pornográfica, preparado concienzudamente por el acusado, que escogió el momento oportuno, se aprovisionó del instrumental procedente y utilizó sus propias maniobras abusivas sobre los menores para obtener un material apto para ser reproducido indefinidamente, en el que los menores eran víctimas pasivas, cosificadas y condenadas a que sus imágenes en situaciones de obligada indignidad y sumisión sexual, pudiesen ser reproducidas indefinidamente por y ante cualquiera.*

En igual sentido, la STS nº 23/2017, de 24 de enero, analiza la conducta de quien habiendo mantenido contactos sexuales prolongados en el tiempo con persona de entre 11 y 12 años de edad, hija de su pareja sentimental, en tres ocasiones, con una cámara oculta y sin conocimiento de la víctima, grabó las relaciones sexuales con penetración que mantuvo con ella. En este caso la Sala Segunda del Tribunal Supremo mantuvo el criterio del Tribunal de instancia, en el sentido de que resulta de aplicación el artículo 189 apartados 1º a) y 3º f) del C. Penal, si bien casa la sentencia de instancia al no considerar aplicable la figura del delito continuado, dado que el objeto de la conducta típica es la elaboración, producción o distribución de *material pornográfico*, expresión que hace referencia a una pluralidad de componentes¹

¹ Finalmente ha de mencionarse a los efectos que nos ocupan, aun cuando el supuesto de hecho presenta diferencias sustanciales con los anteriores, la STS nº 705/2016 de 14 de septiembre en la que se confirma la condena por un delito de elaboración de material pornográfico del artículo 189.1.a) en un caso en el

Como se constata claramente, ambas sentencias se refieren a grabaciones de actos de contenido claramente sexual sobre menores de edad que se realizan de forma subrepticia. En el primer caso, porque las víctimas se encontraban dormidas y, al parecer, no fueron conscientes ni del ataque físico del que fueron objeto ni mucho menos de que las imágenes se estaban captando con una cámara preparada al efecto y, en el segundo porque la grabación se efectuó con un dispositivo, apto para ello y oculto en un bolígrafo, que la menor abusada no percibió. Es decir, en los dos supuestos las imágenes se obtienen sin conocimiento de la víctima, pero, en ambas situaciones, la grabación se produce de forma coetánea o sucesiva a actos directos y activos contra la indemnidad sexual del menor o menores afectados. Como se razona en la STS 988/2016 antes citada -recogiendo el planteamiento del recurso interpuesto por la Fiscalía- el hecho de que las víctimas menores de trece años estuviesen dormidas no excluye la comisión del delito de elaboración de material pornográfico, dado que la grabación se llevó a efecto respecto de *actos notoriamente sexuales, realizados sobre los genitales de los menores dormidos o casi dormidos, que en el caso concreto grababa con una cámara de rayos infrarrojos de visión nocturna que recogía con gran definición sus acciones sobre las partes íntimas de los jóvenes agraviados*. Dicho razonamiento se completa con la argumentación utilizada por el Ministerio Fiscal para justificar la aplicación del artículo 183-1º C. Penal respecto de los actos de abuso según la cual *la actuación del acusado, efectuando tocamientos en las partes íntimas de los menores mientras éstos dormían afecta a su indemnidad sexual, pues el sueño no excluye totalmente la sensibilidad, ni cabe excluir que los tocamientos les despertasen o, en cualquier caso, les dejasen recuerdos y sentimientos que perjudicasen su desarrollo, generando temores más o menos conscientes, que vinculasen la sexualidad con la indefensión y el abuso*

Indudablemente nos encontramos antes supuestos en los que el autor del hecho persigue claramente la obtención de material pornográfico para su propio uso o para su distribución a terceros y, a dicho fin, *utiliza* a personas menores de edad realizando sobre las mismas acciones directas de contenido sexual. Por tanto, parece incuestionable que dichos comportamientos tiene su encaje específico en el artículo 189.1º a) del CP que castiga con pena de prisión de uno a cinco años a *el que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte o financie cualquiera de estas actividades o se lucre con ellas*. Ciertamente cabría plantearse que con esta clase de acciones criminales se lesiona, a través de una misma acción, no solo la indemnidad sexual sino también la intimidad y propia imagen del menor afectados. Ello nos llevaría a la apreciación de un concurso de leyes a resolver de conformidad con lo establecido en el artículo 8, apartados 1º y 4º del Código Penal y, en definitiva, a la calificación jurídica del hecho como delito del artículo 189 de dicho texto legal.

que el acusado grabó por propia iniciativa no constando si el afectado era o no consciente de ello- a un menor masturbándose mientras estaba viendo una película pornográfica en el ordenador que le había facilitado el propio acusado.

En consecuencia, y por los razonamientos antes expuestos, las conductas consistentes en la grabación o filmación de imágenes de actos de abuso/agresión sobre personas menores de edad, aun cuando se realicen de forma subrepticia y/o sin que la víctima sea consciente de ello, se calificarán jurídicamente como delitos de utilización de menores para la elaboración de pornografía infantil en aplicación del artículo 189.1º del C Penal, sin perjuicio de la imputación que corresponda por los actos directos sobre los menores en aplicación de los artículos 178 y ss del mismo texto legal.