



DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015

1. Introducción 2. Concepto de pornografía infantil 2.1 Ideas generales 2.2 Valoración jurídico penal de las imágenes de simples desnudos de menores 2.3 Pornografía virtual 2.4 Pornografía técnica 2.5 Pseudo pornografía infantil 3. La edad de los menores representados en el material pornográfico 4. Material con fines médicos, científicos o similares 5. Análisis de los tipos 5.1 Utilización de menores para fines pornográficos 5.2 Difusión de pornografía infantil 5.3 Posesión de pornografía infantil 5.4 Acceso a sabiendas a pornografía infantil 5.5 Asistencia a espectáculos pornográficos 5.6 Tratamiento de la posesión/difusión de pornografía infantil 5.7 Supuestos de ausencia de antijuridicidad material 6. Subtipos agravados de pornografía infantil 6.1 Introducción 6.2 Cuestiones comunes 6.3 Análisis de los diferentes subtipos agravados 6.3.1 Utilización de menores de 16 años 6.3.1.1 Ideas generales 6.3.1.2 Aplicabilidad del subtipo agravado a los supuestos de difusión de pornografía 6.3.2 Carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos 6.3.2.1 Concepto legal 6.3.2.2 Hechos incluíbles 6.3.2.3 Aplicabilidad del subtipo del carácter particularmente degradante o vejatorio a los supuestos de difusión 6.3.3 Representación de menores o personas con discapacidad víctimas de violencia física o sexual 6.3.3.1 Ideas generales 6.3.3.2 Hechos subsumibles 6.3.3.3 Aplicabilidad del subtipo a los supuestos de difusión 6.3.3.4 Compatibilidad del subtipo de violencia física o sexual con el de hechos especialmente degradantes 6.3.4 Puesta en peligro de la vida o salud de la víctima 6.3.5 Material pornográfico de notoria importancia 6.3.6 Pertenencia del culpable a una organización o asociación dedicada a la realización de tales actividades 6.3.7 Hechos cometidos por ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o encargado del menor 6.3.7.1 Ideas generales 6.3.7.2 Hechos subsumibles 6.3.8 Concurrencia de la agravante de reincidencia 6.3.9 Subtipo hiperagravado 7. La pena de inhabilitación 8. Otras medidas a instar por el Ministerio Fiscal 9. Vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado 10. Conclusiones

1. Introducción

La sucesiva agravación de la respuesta sancionadora y el progresivo ensanchamiento del radio de la tipicidad penal en los delitos de pornografía infantil, cuyos hitos han sido las reformas operadas en el CP por cuatro Leyes Orgánicas (las LO 11/1999, de 30 de abril, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo), hace imprescindible fijar pautas hermenéuticas para tratar de alcanzar una respuesta uniforme y respetuosa con los principios de igualdad ante la Ley, seguridad jurídica, proporcionalidad y culpabilidad, preservando la unidad de actuación.

Esta evolución ha venido impuesta en gran parte por los compromisos internacionales y supranacionales

asumidos por nuestro país.

La necesaria búsqueda de reacciones frente a la explotación sexual infantil se hizo ya evidente en el articulado de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 y en su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, a la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000.

La Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, fue un ambicioso instrumento para hacer frente a estos delitos.

Otros hitos lo fueron el Convenio sobre Cibercrimen de 23 de noviembre de 2001 (Convenio de Budapest) y la Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote).

La más reciente 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* ha condicionado y directamente inspirado la profunda reforma que experimentan los tipos de pornografía infantil tras la LO 1/2015, de 30 de marzo.

La reforma trae consigo un evidente adelantamiento de las barreras de protección penal, generando importantes problemas exegéticos. Lo novedoso de sus postulados exige un pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado.

La nueva redacción del art. 189 repetidamente equipara la pornografía infantil a la pornografía “en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección”. Aún asumiendo tal equiparación, con carácter general y por razones de sencillez expositiva, nos referiremos a la pornografía infantil, teniendo además en cuenta que, como han puesto de manifiesto los criminólogos que han estudiado este fenómeno delictivo, no existe tráfico de pornografía de adultos discapacitados.

2. Concepto de pornografía infantil

2.1 Ideas generales

La determinación del significado a atribuir al concepto de material pornográfico infantil presenta dificultades, variando según las distintas legislaciones.

El Consejo de Europa perfiló la definición de la pornografía infantil en 1989 como “cualquier material auditivo o visual en el que se emplee a un menor en un contexto sexual” (Recomendación (91) 11).

Tanto el Convenio de Budapest (art. 9.2) como el Convenio de Lanzarote (art 20.2) amplían el concepto de pornografía infantil. La Directiva 2011/93/UE sigue la línea iniciada por el Convenio de Budapest, por la Decisión Marco de 2004 y por el Convenio de Lanzarote y acuña un concepto expansivo, desbordando el que implícitamente regía en nuestro Derecho Penal. En efecto, aunque antes de la reforma operada por LO 1/2015, no existía un concepto legal de material pornográfico infantil, el Código Penal incorporaba una exigencia

normativa que proporcionaba ciertos asideros seguros a la hora de discernir este concepto: en todo caso, el material debía referirse a un menor real, existente. Tras la reforma tal nexo se desvirtúa.

A la hora de interpretar el concepto de material pornográfico infantil deben manejarse los informes explicativos de los Convenios de Budapest y de Lanzarote, para los que las conductas sexualmente explícitas deben abarcar al menos los siguientes actos reales o simulados: a) relaciones sexuales, incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital o oral-anal entre niños o entre un adulto y un niño, del mismo o de distintos sexos b) bestialismo c) masturbación d) abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual o e) exhibición lasciva de genitales o del área púbica de un niño. No es relevante si la conducta representada es real o simulada.

En todo caso, el material pornográfico escrito (novelas, relatos, etc) no puede incluirse en el radio típico.

La pornografía infantil necesariamente debe integrarse por representaciones visuales, no siendo suficiente el material de audio. En este sentido, el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 declara que “con la nueva definición... quedaría fuera del concepto de material pornográfico infantil el material de audio, que hasta ahora –no sin debate- se consideraba incluido”. No obstante, las pistas de audio podrían ser de interés a la hora de deslindar la naturaleza pornográfica o no del material de video.

El concepto que hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015 mantenía nuestro CP no incluía la pornografía virtual ni la técnica. Con las nuevas previsiones se incluyen estas modalidades como se analizará *infra*.

Como expresara el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 “cabe justificar la tipificación de la pornografía virtual y técnica en que este material también banaliza y puede contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto”. Con la asunción de este concepto ampliado podemos considerar que se protege en estos casos como bien jurídico supraindividual la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general, que la circulación de estas modalidades pornográficas puede poner en peligro. Desde luego el material virtual y técnico no protegería ni la indemnidad sexual ni la propia imagen de un menor concreto.

2.2 Valoración jurídico penal de las imágenes de simples desnudos de menores

La STS nº 271/2012, de 26 de marzo siguiendo al Consejo de Europa, ha definido la pornografía infantil como *cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual*.

En todo caso, es necesario que el material visual se centre bien en un comportamiento sexual de un menor, bien en sus órganos sexuales.

Siguiendo una línea restrictiva, la STS nº 376/2006, de 8 de marzo excluyó del concepto de material pornográfico el mero desnudo. Para las SSTS nº 803/2010, de 30 de septiembre y 264/2012, de 3 de abril por “elaboración de cualquier clase de material pornográfico” podemos entender tanto fotografías como videos, como cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una conducta sexual explícita, entendiendo por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos”. La STS nº 1342/2003, de 20 de octubre, considera que la imagen de un desnudo -sea

menor o adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse. Sigue esta estela la STS nº 105/2009, de 30 de enero.

Por el contrario, el desnudo con connotaciones sexuales sí puede integrarlo: así, para el ATS nº 521/2013, de 21 de febrero “las fotos realizadas por el acusado a la menor pueden considerarse como pornográficas ya que muestran la zona púbica de la niña, su imagen desnuda y del busto en actitud sugerente”.

Los Sres. Fiscales mantendrán el carácter pornográfico de las imágenes de niños desnudos cuando las mismas se enmarquen en un contexto lascivo (posados con contenido sexual e imágenes enfatizando los genitales). Para deslindar el desnudo relevante penalmente del irrelevante habrá de analizarse si el material visual se centra en un comportamiento sexual o en los órganos sexuales del menor.

Estos principios deben mantenerse tras la reforma operada por LO 1/2015, que dentro del concepto legal que acuña se refiere a *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.

A tales efectos habrán de entender los Sres. Fiscales que los “fines principalmente sexuales” que permiten calificar la representación de los órganos sexuales de un menor como pornografía, deberán tener reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde.

Distinto será el caso de quien elabora el material. En este supuesto, el *animus* del sujeto activo que entra en contacto directo con el menor y que obtiene del mismo fotografías o videos de sus órganos sexuales, puede ser determinante para calificar el resultado como pornográfico. Piénsese en el supuesto de quien con una motivación sexual, convence a una niña para que se desnude a fin de elaborar una película o un reportaje fotográfico.

2.3 Pornografía virtual

La denominada pornografía virtual es aquella en la que la imagen del menor es una creación artificial pero realista, elaborada por ordenador u otro medio.

El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se hace eco de que la expansión típica se ha justificado por razones prácticas: muy pronto –ya es difícil- será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador.

El art. 5 de la Directiva 2011/93/UE imponía la tipificación de la posesión, producción y difusión de pornografía infantil virtual.

El nuevo art. 189.1.d, tras la reforma 1/2015 da cumplimiento al mandato del art. 5 de la Directiva de 2011 y tipifica las conductas relativas a los materiales virtuales. Se entiende como tal en el nuevo precepto, asumiendo literalmente la definición de la Directiva, *las 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 (art. 189.1.d).

A fin de evitar indebidas extensiones del concepto de pornografía infantil, debe interpretarse restrictivamente el concepto “imágenes realistas”. Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua “realista” significa que “trata de ajustarse a la realidad”. Por tanto, “imágenes realistas” serán imágenes cercanas a la realidad, a la que tratan de imitar. Dicho de otro modo, serían imágenes que no son reales pero lo parecen. Podrían abarcar imágenes alteradas de personas existentes e incluso las imágenes generadas mediante ordenadores.

Por tanto, solo serán “imágenes realistas” potencialmente subsumibles en el concepto de pornografía infantil aquéllas que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales. Por ello, no deberán los Sres. Fiscales entender incluidos dibujos animados, manga o representaciones similares, pues no serían propiamente “imágenes realistas”, en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

2.4 Pornografía técnica

Puede definirse como aquel material que se integra por imágenes en las que aparecen personas presentadas como menores en un contexto sexual.

La Directiva 2011/93/UE en su art. 2 letra c) inciso iii conceptúa como pornografía infantil 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.

El apartado séptimo del art. 5 de la Directiva deja a la discreción de los Estados miembros decidir si procede sancionar penalmente las conductas en relación con este tipo de pornografía infantil “cuando la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las Imágenes”.

Tras la reforma 1/2015 se asume la definición contenida en el art. 2 letra c) inciso iii, fusionándola con la disposición contenida en el art 5.7 de la Directiva 2011/93/UE de manera que se entiende por pornografía técnica *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* (art. 189.1.c).

Los Sres. Fiscales interpretarán esta disposición en el sentido de que tendrá trascendencia penal el material pornográfico que presente a una persona como menor, atendido su aspecto externo y el contexto en el que se le coloca (vestimenta, etc), incluyendo el texto escrito o el audio que lo acompañe.

Será pues penalmente relevante el material que presente a personas como menores en un contexto sexual. Se

trata de supuestos en los que las personas que aparecen en el material pornográfico aparentan ser menores – bien porque son seleccionados por sus rasgos especialmente aññados y convenientemente maquillados – simulación analógica o real– o retocadas sus imágenes o fotogramas digitalmente, mediante el borrado de sus signos de madurez sexual (senos, vello púbico, etc.).

Si las investigaciones pueden determinar la minoría de edad de la persona representada en la fecha en que se produjo el material, la calificación habrá de referirse al material pornográfico infantil común.

La comprobación *a posteriori* de que el protagonista de la escena pornográfica tenía en realidad 18 años o más en el momento de producirse el material, excluiría la punibilidad de la conducta.

Si no puede determinarse la mayoría o minoría de edad de la persona representada y el material la “presenta” como menor de edad, el material deberá ser considerado como pornografía infantil.

Debe tenerse en cuenta que la Policía dispone de bases de datos de menores víctimas de pornografía infantil identificados. En este contexto, los Sres. Fiscales habrán de procurar en estos casos la determinación de la edad real de la persona representada, por lo que deberán –si no se ha hecho de oficio- interesar a la Policía que investigue este extremo. Sólo tras agotar las posibilidades razonables de determinación de edad sería operativo el tipo de pornografía técnica.

La vía de la pornografía técnica no puede utilizarse para criminalizar la posesión o difusión de imágenes de personas a las que no se les presenta como menores, a las que no se consigue identificar y respecto de las que existan dudas sobre si sobrepasan o no los dieciocho años.

La clave estará, pues, en determinar si los protagonistas del material pueden ser menores y se les presenta como menores. Si pueden ser menores y se les presenta como menores, el material será subsumible en el concepto de pornografía infantil, salvo que se acredite que eran adultos. Si pueden no ser menores y no se les presenta como menores, habrá de optarse por la no incriminación.

Tratando de ejemplificar este punto, para mayor claridad, la posesión o difusión de material que incorpore una escena sexual protagonizada por una persona no identificada de la que no está claro si es mayor o menor sin hacer mención a su minoría de edad y sin relacionarla con iconografía propia de menores (rasgos aññados, vestido, peinado, etc) no deberá perseguirse penalmente. Por lo demás, es fácil intuir los problemas, desde el punto de vista de la culpabilidad, que presentaría la persecución de este tipo de conductas.

2.5 Pseudo pornografía infantil

Hasta la reforma operada por LO 1/2015 el apartado séptimo del art. 189 CP castigaba con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

Como refiere el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 “este singular material pornográfico afecta a la

imagen y a la dignidad del menor pero no a su libertad ni indemnidad sexual, pues no se lleva a cabo ningún comportamiento —ni siquiera indirecto— con matiz sexual sobre el menor”.

En la llamada pseudo pornografía infantil (también denominada *morphing*) no se utiliza realmente al menor o incapaz sino que se abusa de su imagen o voz manipulándola con artificios técnicos.

Tras la reforma operada por 1/2015 se suprime formalmente el tipo de pseudo pornografía infantil. Sin embargo, ello no supone la sobrevenida atipicidad de estas conductas, pues eventualmente podrán castigarse como pornografía infantil virtual o técnica. Si se tipifican estas subespecies de pornografía, que no representan a menores reales, con más razón cabrá poder reaccionar contra la pseudo pornografía infantil, en la que se abusa de la imagen de un menor real. Ya el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se pronunciaba en el sentido de que entender que “su supresión obedece a que tal material pornográfico debe reconducirse ahora a los supuestos de pornografía virtual que el Anteproyecto considera material pornográfico infantil relevante penalmente”.

En todo caso, para poder considerar penalmente trascendente este tipo de material, será necesario, como en el caso de la pornografía virtual, que sea realista, que trate de aproximarse a la realidad, quedando excluidos del concepto de pornografía infantil los materiales que por su tosquedad revelen su condición de montaje.

3. La edad de los menores representados en el material pornográfico

Los tipos de pornografía infantil anteriores a la reforma de 2015 protegen a menores de dieciocho años. Este límite de edad se fijó en el Convenio de Budapest, aunque se permitía hacer reservas para rebajar la edad hasta los dieciséis años. En el Convenio de Lanzarote la edad se fija en menores de dieciocho años sin posibilidad de hacer reservas, al igual que en la Directiva 2011/93/UE.

Lógicamente, con la ampliación del concepto de pornografía infantil, la exigencia de que los representados tengan menos de dieciocho años queda fuertemente desdibujada tanto en relación con la pornografía virtual como en cuanto a la pornografía técnica. En estos dos supuestos lo definitivo será que las imágenes representen a personas como menores.

4. Material con fines médicos, científicos o similares

El considerando 17 de la Directiva 2011/93/UE establece que “en el contexto de la pornografía infantil, el término «de forma ilícita» permite a los Estados miembros establecer una excepción respecto de las conductas relacionadas con «material pornográfico» en caso de que tengan, por ejemplo, fines médicos, científicos o similares. También posibilita las actividades autorizadas por la legislación nacional, como la posesión lícita de pornografía infantil por parte de las autoridades con miras a llevar a cabo actuaciones penales o prevenir, detectar o investigar delitos. Por otra parte, no excluye las excepciones jurídicas o principios pertinentes similares que eximen de responsabilidad en determinadas circunstancias, como ocurre con las actividades realizadas mediante las líneas directas de teléfono o de Internet para denunciar tales casos”.

Aunque no se ha incorporado a nuestro Derecho interno una excepción expresa en tal sentido, por aplicación del

sistema de eximentes y de los principios generales de Derecho Penal, tal excepción será igualmente operativa. Deben excluirse del ámbito de la pornografía infantil los materiales que tengan una finalidad médica, científica o asimilada.

5. Análisis de los tipos

5.1 Utilización de menores para fines pornográficos

La letra a) del apartado primero del art. 189 CP castiga al que “captare o utilizare a menores de edad o a incapaces 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 financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas”.

La reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 mantiene la misma redacción, sustituyendo únicamente la mención a los incapaces por la de “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

La descripción típica dibuja, con profusión de verbos, unas conductas que, a diferencia de las descritas en la letra b) del mismo precepto, operan sobre la indemnidad sexual de menores concretos. Cabe mantener en síntesis que siempre que exista una conducta típica que tenga directa repercusión sobre un menor concreto (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de subsumirse conforme a la letra a) del art. 189 CP. En adelante, y a efectos de simplificación expositiva, se aludirá a las distintas modalidades comprendidas en el art. 189.1 a) con el verbo “utilizar”.

En la modalidad de utilización de menores en espectáculos, ha de entenderse que el menor debe intervenir en el mismo. No será subsumible en este tipo el desempeño por el menor de tareas subalternas como pudieran ser las de vendedor de entradas, camarero etc. La tipicidad requiere que el menor tenga un papel en el espectáculo sexual. Es ilustrativa la definición que aporta la letra e) del art. 2 de la Directiva 2011/93/UE conforme a la que por espectáculo pornográfico debe entenderse “la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: i) de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, o ii) de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales”.

En lo que se refiere a qué deba entenderse por espectáculo, habrá de operarse con un concepto amplio, pues el propio tipo incluye tanto los públicos como los privados, por lo que será irrelevante el modo de captar a la clientela o el número de asistentes. No obstante, habrá de considerarse *extra muros* del tipo como el propio Preámbulo de la Directiva establece “la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas”.

El espectáculo “privado” habrá de interpretarse como de acceso restringido a un número limitado de personas. Cuando el desarrollo de los hechos en el ámbito privado suponga tan solo la exhibición para el propio sujeto activo del delito, no se colmarán las exigencias del concepto “espectáculo”.

En la modalidad de utilización de menores para elaborar pornografía, debe plantearse cómo calificar la conducta de quien participando en la elaboración del material pornográfico, distribuye posteriormente el material elaborado.

La conducta habrá de calificarse exclusivamente conforme al art. 189.1 a), partiendo de que la ulterior acción de difusión habría de considerarse comprendida dentro de la fase de agotamiento. En este sentido se pronuncia la STS nº 947/2009, de 2 de octubre.

En cuanto al bien jurídico protegido, este se integra por el derecho al desarrollo equilibrado del menor, en concreto en relación a su desarrollo sexual, por eso, si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados (SSTS nº 264/2012, de 3 de abril, 803/2010, de 30 de septiembre y 947/2009, de 2 de octubre). En el mismo sentido se pronunció la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006, *sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil*.

Sujeto pasivo puede ser el menor de dieciocho años, esté o no emancipado, así como las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a la definición contenida en el nuevo párrafo segundo del art. 25 CP.

Es un delito esencialmente doloso, si bien el conocimiento de la minoría de edad de la persona utilizada puede serlo en la modalidad de dolo eventual.

Caben las formas imperfectas de ejecución y de participación (STS nº 947/2009, de 2 de octubre).

La realización en unidad de acto de varias escenas constituye un único delito (STS nº 947/2009, de 2 de octubre).

5.2 Difusión de pornografía infantil

En la letra b) del art. 189.1 se castiga al que “produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”.

La LO 1/2015, además de sustituir la referencia a los incapaces por “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, refiere el objeto material del delito no al *material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores* sino a *pornografía infantil*.

El cambio, más allá de lo meramente terminológico, es muy profundo, pues a continuación se incorpora, *ex novo*, el concepto legal de pornografía infantil, abarcando la representación visual de menores reales, de personas que parezcan ser menores y las imágenes realistas de menores.

Por tanto, tras la reforma de 2015 será delito difundir material pornográfico virtual o técnico.

La diferencia esencial de los tipos del art. 189.1 b) frente a los de la letra a) radica en que “hay que entender se refiere a las conductas del sujeto activo relativas al tráfico o difusión de imágenes pornográficas sin que el mismo haya participado previamente en la elaboración o filmación de las mismas, siendo indiferente la

conurrencia o no de ánimo de lucro” (STS nº 795/2009, de 28 de mayo).

Como establece la Consulta 3/2006 “dentro del 189.1 a), han de ubicarse todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración del material, filmando etc.) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando local, etc.). Por contra, tanto en el tipo de 189.1 b)... el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción incidido sobre la conducta sexual del menor. Siempre que exista una conducta que tenga repercusión sobre un menor (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de reconducirse la acción a la letra a)”.

La distribución es un concepto amplio, que puede abarcar distintas acciones dirigidas a poner a disposición de terceros material pornográfico

La conducta consistente en compartir archivos mediante la utilización en Internet de un programa de los denominados P2P puede ser constitutiva de difusión. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo. También la Consulta 3/2006 declara que estos supuestos de intercambio de archivos de material pornográfico infantil son claramente subsumibles en el concepto de distribución pues si bien el sujeto no envía material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo, poniéndolo por tanto a disposición de terceros.

No obstante, el propio Tribunal Supremo ha matizado, llegando a soluciones en las que no se aplica el tipo de distribución por el mero hecho de utilizarse un programa P2P. El TS profundiza y tiene en cuenta el cúmulo de circunstancias concurrentes para apreciar o no el dolo de difundir, teniendo muy presente el principio de proporcionalidad, que puede sufrir un grave quebranto si se opera con automatismos.

En este punto pueden consultarse resoluciones como la STS nº 105/2009, de 30 de enero o la nº 236/2009, de 30 de enero, en la que se declara que “...que el problema de la distribución (o, en otros términos, facilitar su difusión) de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores...debe ser analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros, (por ejemplo acreditando la llegada a terminales de usuarios concretos, ajenos al autor de la difusión, en la que debe enmarcarse la búsqueda aleatoria de la policía judicial)...”.

Esta nueva posición ha sido sancionada por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, celebrado el 27 de octubre de 2009, en donde se acordó que *una vez establecido el tipo objetivo del art. 189.1.b) del Código penal, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos.*

La Jurisprudencia ha consolidado la doctrina de la Consulta 3/2006 que, en relación con el art. 189. 1 b) estableció que se ha de apreciar un único delito aun cuando los archivos pornográficos distribuidos sean múltiples y/o afecten a una pluralidad de menores (SSTS nº 782/2007 de 3 de octubre; 785/2008 de 25 de noviembre y 829/2008 de 5 de diciembre).

5.3 Posesión de pornografía infantil

La tipificación de la posesión se produce tras la reforma operada por LO 15/2003. Pese a la polémica que tal novedad provocó y pese a lo discutida que fue en su trámite parlamentario, tanto la Decisión Marco 2004/68/JAI, la Directiva de 2011 y los Convenios de Budapest y Lanzarote optaron claramente por promover la punición de la posesión de pornografía infantil.

El art. 189.2 CP, en su redacción anterior a la reforma 1/2015, tipificaba la conducta del que *para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces*.

Tras la reforma se castiga en el art. 189.5 CP al que *para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección*.

La reforma -siguiendo con ello lo dispuesto en la Directiva en el art. 5.2- tipifica junto con la posesión la mera adquisición para uso propio de la pornografía infantil.

También en este tipo de posesión el concepto de pornografía infantil acuñado por la reforma 1/2015 supondrá una ampliación del radio de las conductas típicas relacionadas con la posesión, pues será delito adquirir o poseer material pornográfico virtual o técnico.

El tipo penal de posesión requiere, como establece la STS nº 105/2009, de 30 de enero la concurrencia de los siguientes elementos: a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía...junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual; b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines.... c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

Los subtipos agravados del art. 189.2 no se aplicarían a estas conductas (STS nº 795/2009, de 28 de mayo).

No obstante, la concurrencia de los presupuestos fácticos de alguno de los subtipos agravados puede y debe utilizarse a la hora de individualizar la pena del tipo de posesión.

A fin de calibrar la gravedad de la concreta conducta y motivar la pena específica a imponer, no solo debe valorarse el número de imágenes intervenidas, la edad de los menores o el tipo de acto sexual, sino también el mayor o menor tiempo durante el que se ha poseído el material, el mayor o menor grado de organización del material o cómo fue adquirido el mismo.

5.4 Acceso a sabiendas a pornografía infantil

Con el tipo de posesión anterior a la reforma 1/2015 no cabía incriminar conductas de simple visionado de la pornografía. La posesión implica una tenencia prolongada temporalmente, que con carácter general y operando

en Internet, implicará la correspondiente descarga del material. En este sentido se pronunciaron las SSTS nº 373/2011, de 13 de mayo y 105/2009, de 30 de enero.

La tendencia expansiva hacia la criminalización de cualquier comportamiento relacionado con la pornografía infantil ha llevado a defender la tipificación del visionado. Esta es la línea seguida por el art. 20.1. f) del Convenio de Lanzarote. También la Declaración del III Congreso Mundial de Río, en su punto II.-4 aboga por la tipificación del mero acceso a la pornografía infantil. La Directiva 2011/93/UE, siguiendo la misma orientación dispone en su art. 5 apartado tercero que el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año

La reforma 1/2015 amplía las conductas típicas para abarcar estos supuestos, castigando en el párrafo segundo del apartado quinto del art. 189 con la misma pena prevista para la posesión a *quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.*

Los Sres. Fiscales habrán de ser especialmente cuidadosos a la hora de acusar por este delito, teniendo en cuenta las graves dificultades probatorias que entraña. Habrá de optarse por no acusar cuando no esté suficientemente acreditada la intencionalidad del acceso a los contenidos pornográficos infantiles. La necesidad de que el acceso lo sea “a sabiendas” impone la exigencia de un dolo directo.

A tales efectos es esclarecedor el Preámbulo de la Directiva 2011/93/UE, que declara que debe tipificarse como infracción penal “el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil”, exigiendo que “para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago”.

En el mismo sentido, el art. 20 párrafo primero letra f) del Convenio de Lanzarote limita la relevancia penal a las conductas de acceso a páginas web que se realizan “a sabiendas”. La Exposición de Motivos del Convenio de Lanzarote también afirmaba que el carácter intencional del acceso puede demostrarse, por ejemplo, sobre la base de la frecuencia con la que el sujeto consulta en la red dicho material o si lo hace a través del recurso a los servicios de pago. De esta manera se minimizaría el riesgo de una a todas luces indeseable criminalización de los accesos fortuitos o imprudentes.

El verbo típico que utiliza la Directiva 2011/92/EU en su versión inglesa para describir esta conducta es el de *knowingly obtaining access* (art. 5.3), que más que equivalente a acceder lo sería a obtener o lograr acceder a espacios en los que se encuentra alojado el material pornográfico. Con carácter general la aplicación del tipo deberá referirse a conductas de acceso a espacios restringidos de la red, donde se encuentran alojados materiales pornográficos de menores. Ello no obstante, será subsumible en el tipo el visionado consciente y voluntario de pornografía infantil sea cual sea el espacio en red de que se trate, cuando estos extremos puedan

acreditarse cumplidamente.

5.5 Asistencia a espectáculos pornográficos

En la redacción anterior a la LO 1/2015 la asistencia a espectáculos de esta índole no estaba tipificada, aun cuando ello resultara contradictorio con la expresa punición de la posesión de pornografía infantil.

El Convenio de Lanzarote dispone en su art 21.1.c) que cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el *asistir, con conocimiento de causa, a espectáculos pornográficos en los que participen niños*.

Tras la reforma 1/2015 expresamente se tipifica la asistencia: conforme al apartado cuarto del art. 189 *el que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión*.

A efectos de concretar la pena imponible, deberá tenerse especialmente presente si los menores que participan en el espectáculo han alcanzado o no los dieciséis años. En este sentido, la Directiva 2011/93/UE promueve el castigo de la asistencia a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores proponiendo "penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad". Pese a que el art. 189 CP no distingue expresamente, a la hora de calibrar conforme al art. 66.1.6ª CP la mayor o menor gravedad de los hechos deberá valorarse especialmente la edad de los menores participantes en el espectáculo.

5.6 Tratamiento de la posesión/difusión de pornografía infantil

En los supuestos en los que al imputado se le ha intervenido material del que solo se ha acreditado posesión y material respecto del que se ha acreditado la difusión operaría el principio de absorción previsto en el art. 8.3 CP y solamente se castigaría la difusión. En este sentido se pronuncia la STS nº 1377/2011, de 19 de diciembre, en la que se afirma que la posesión guarda una relación de subsidiariedad de las conductas descritas en el apartado 1-b.

En cuanto a qué trascendencia pudiera tener el hecho de que parte del material en estos casos fuese degradante o representara violencia contra los menores, deberán los Sres. Fiscales distinguir si se han acreditado actos de difusión (o de posesión para la difusión) respecto de este material cualificado o si solo se ha acreditado su posesión.

Si solamente se han acreditado actos de posesión, este material cualificado no puede fundamentar la aplicación de subtipos agravados ni puede generar una exasperación punitiva a la hora de concretar la pena del delito de difusión de pornografía infantil, teniendo en cuenta que la pena privativa de libertad asignada al delito de posesión no puede superar el año de prisión y que la pena privativa de libertad asignada al delito de difusión va de un año a cinco años de prisión.

Si, por el contrario, respecto de ese material degradante o violento se han acreditado actos de difusión podrá, en su caso, apreciarse el correspondiente subtipo agravado (*vid. infra* los epígrafes sobre subtipos agravados 6.3.2 y 6.3.3), y si no se entiende procedente tal apreciación, podrá tenerse en cuenta a la hora de concretar la pena dentro del límite mínimo (un año) y el límite máximo (cinco años) prevista para el delito de difusión de pornografía infantil.

5.7 Supuestos de ausencia de antijuridicidad material

La Directiva 2011/93/UE en el apartado 8 del art 5 deja a la discreción de los Estados miembros decidir si es punible la adquisición, posesión y producción de pornografía infantil virtual cuando ha sido producida y está en posesión del productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico que represente a menores o a personas que parezcan menores y que el acto no implique riesgo de difusión del material.

El Proyecto de 2103 disponía en el apartado sexto del art. 189 que *la producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trata del material pornográfico al que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo.*

Este apartado no llegó a incorporarse al texto definitivamente aprobado. No obstante, los Sres. Fiscales ponderarán en estos supuestos la posibilidad de interesar el sobreseimiento de las actuaciones, pues este tipo de conductas, cuando esté excluido el riesgo de difusión de un material que no representa a menores reales, carece de un mínimo contenido de antijuridicidad material.

Esta misma pauta será aplicable a los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros. De nuevo aquí, pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, desde un punto de vista de antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, no produciéndose lesión al bien jurídico protegido. La propia Decisión Marco 2004/68/JAI (art. 3.2 b) preveía la posibilidad de excluir la respuesta penal en supuestos en los que el protagonista de la imagen producida o poseída sea un menor que hubiera alcanzado la edad de consentimiento sexual, que hubiera consentido y que la imagen se destinara a exclusivo uso privado.

Piénsese en una relación entre un adulto y una menor de 17 años sin ningún tipo de engaño o abuso, en condiciones tales en que la intranscendencia penal de la conducta subyacente no dejara dudas. Si en el curso de la relación se lleva a cabo una grabación en las condiciones antedichas, formalmente se cometería el delito del art 189.1 a), aunque parece claro, materialmente no concurriría el contenido de antijuridicidad que fundamenta la punición de tal conducta.

Las acciones que solo formalmente contradicen la norma no pueden ser consideradas antijurídicas. La contradicción con la norma es meramente formal cuando no se ofende el bien jurídico protegido.

6. Subtipos agravados de pornografía infantil

6.1 Introducción

La previsión de subtipos agravados en los delitos relacionados con la pornografía infantil ha sido promovida desde numerosas instancias internacionales.

Nuestro Código Penal asume la incorporación de subtipos agravados y así, el apartado segundo del artículo 189 recoge ocho supuestos.

Debe repararse en que la penalidad prevista para los subtipos genera una consecuencia inmediata: a diferencia de lo que ocurre con los tipos básicos de pornografía infantil, la apreciación de un subtipo agravado supone el ineludible ingreso en prisión del condenado, pues queda automáticamente fuera de la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución de la pena.

El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de 2012 critica el mantenimiento de la “aplicabilidad genérica de los subtipos agravados tanto a las conductas de utilización de menores para la pornografía (letra a) como a la difusión de material pornográfico (letra b). Debe aquí recordarse que tal previsión ha dado lugar a graves discrepancias doctrinales y jurisprudenciales que deberían zanjarse vía legislativa, estableciendo claramente qué subtipos son aplicables tanto a la utilización de menores como a la difusión de material y qué subtipos son solo aplicables a la utilización de menores...Entendemos, por tanto, que la reforma no puede obviar la necesidad de clarificar a qué conductas son aplicables cada uno de los subtipos. Piénsese además, que con la incorporación al concepto de material pornográfico infantil de la pornografía virtual que se realiza en el Anteproyecto la cuestión puede adquirir niveles de confusión aún más intensos que los que ya en la actualidad se han generado.”

Pese a la atinada observación del Consejo Fiscal, el Legislador continúa sin determinar expresamente qué subtipos agravados se aplican a uno y otro tipo básico. La duda surge en relación con la aplicabilidad de los subtipos a las conductas de simple difusión de material sin utilización directa de menores (art. 189.1 b). Por ello, se exponen a continuación una serie de criterios hermenéuticos para garantizar la unidad de actuación en un punto en el que las repercusiones del seguimiento de una u otra interpretación son extremas.

6.2 Cuestiones comunes

Por expresa referencia legal a los actos previstos en el art. 189.1 CP queda claro que en ningún caso deben aplicarse los subtipos a las conductas de mera posesión de material pornográfico (art. 189.5).

Aunque no se prevé un tratamiento específico para los supuestos en los que concurra más de un subtipo, tal circunstancia habrá de tenerse en cuenta a la hora de determinar la concreta pena a imponer dentro de esa horquilla amplia de cinco a nueve años. En este sentido se pronuncia la STS nº 588/2010, de 22 de junio.

Está fuera de dudas que la aplicación de los tipos básicos del art. 189.1 CP exige que el sujeto activo capte con el dolo los elementos que integran el tipo objetivo, entre los que se incluye, claro es, la minoría de edad de quien

es utilizado para la elaboración del material pornográfico. No es necesario dolo directo, siendo suficiente que concorra dolo eventual, pudiendo entenderse colmadas las exigencias del tipo subjetivo con la concurrencia del denominado dolo de indiferencia (STS nº 342/2013, de 17 de abril).

Pero una cosa es dar por acreditado que el acusado conocía que operaba sobre material pornográfico infantil y otra distinta es dar por acreditado que operaba sobre material pornográfico cualificado. Para acreditar este extremo agravatorio es necesario un nivel de exigencia mayor. Así, el ATS nº 1697/2013, de 26 de septiembre declara que “por el nombre de los archivos que obran en poder del acusado, se infiere que este introdujo parámetros de búsqueda relacionados con actuaciones sexuales con menores, pero ello no es suficiente para fundamentar que conociera el contenido exacto de cada uno de los videos y que pudiera saber que uno de ellos tenía un contenido particularmente degradante, por lo que, precisamente aplicando el principio "in dubio pro reo", la Sala resolvió conforme a la tutela de los derechos de acusado”.

En este mismo sentido –mayores niveles de exigencia para apreciar los subtipos- se pronuncian las SSTS nº 674/2010, de 5 de julio y 1299/2011, de 17 de noviembre.

6.3 Análisis de los diferentes subtipos agravados

6.3.1 Utilización de menores de 16 años

6.3.1.1 Ideas generales

El art 189.2 a) castiga a los que realicen los actos previstos en el apartado primero del mismo precepto (que se refiere a la utilización de menores y a la difusión de material) *cuando se utilice a menores de dieciséis años*.

Para aplicar el subtipo será necesario la utilización de menores reales, por su propia configuración, por lo que, no podrá integrarse por pornografía virtual o técnica.

El subtipo persigue fortalecer la protección penal para los menores de 16 años de edad, partiendo de que tal edad es la que –en principio- se fija en nuestro ordenamiento para tener capacidad de consentimiento sexual, tras la reforma operada por LO 1/2015.

El dolo del sujeto activo debe abarcar la minoría de 16 años del menor, al menos en su modalidad eventual.

6.3.1.2 Aplicabilidad del subtipo agravado a los supuestos de difusión de pornografía

En relación con la aplicabilidad del subtipo agravado a los supuestos del artículo 189.1.b) CP (difusión de pornografía) la Fiscalía del TS la ha fundado en tanto se agrava la pena a quienes *realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo*, siendo así que el número 1 incluye los apartados a) (utilización directa de menores) y b) (difusión de pornografía), por lo que abarcaría ambos, conforme al principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. También alega que las dos letras del número 1 del artículo 189 CP contienen conductas a las que el legislador señala la misma penalidad, lo que acredita que se consideran de equivalente gravedad, y ello pese a que las conductas del apartado a) protegen la indemnidad sexual de menores concretos y las del apartado b) defienden la indemnidad sexual de los menores en general como tipo de peligro.

Sin embargo, existe una jurisprudencia muy asentada contraria a la aplicación de este subtipo a las conductas de difusión tipificadas en el art. 189.1 b). En este sentido cabe citar las SSTS nº 1110/2009, de 16 de noviembre, 1055/2009, de 3 de noviembre, 674/2010, de 5 de julio y 1299/2011, de 17 de noviembre.

Pese a excluir la aplicación al caso de este subtipo agravado a un supuesto de difusión, la STS nº 1055/2009, de 3 de noviembre tiene en cuenta que el material intervenido se refiere a menores de 13 años a efectos de imponer mayor pena en el proceso de individualización. También en este sentido se pronuncia la STS nº 873/2009, de 23 de julio.

La reforma operada por LO 1/2015 zanja definitivamente la cuestión, debiendo entenderse que solamente cabe aplicar el subtipo agravado previsto en el art 189.2 a) a quienes operan sobre menores de dieciséis años, pero no a quienes lo que hacen es difundir material relativo a menores de dieciséis años, pues otra interpretación, además de contrariar el sentido del verbo utilizar, supondría una quiebra del principio de proporcionalidad, al generar una exasperación punitiva de gran intensidad frente a prácticamente todas las conductas de difusión.

6.3.2 Carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos

6.3.2.1 Concepto legal

La letra b del art. 189.2 CP exaspera la sanción *cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*.

Este subtipo tampoco podría integrarse con pornografía virtual o técnica, pues al referir lo degradante o vejatorio a “los hechos” entendemos exige afectación de menores reales.

La STS nº 1299/2011, de 17 de noviembre analiza los requerimientos que el principio acusatorio impone para la aplicación de este subtipo: es necesario que el escrito de acusación especifique los datos concretos que lo integran, es decir, los datos fácticos que hacen que revista un carácter particularmente degradante o vejatorio, o como dice el TS los “hechos específicos insertables en el subtipo agravado”. Ello se conecta con la exigencia, para la aplicación de este subtipo, de una explicación justificativa específica. En este sentido, se pronuncia la STS nº 130/2010, de 17 de febrero, declarando que en relación con tal explicación “la Sala no puede sustituir al órgano de enjuiciar sin lesionar la posibilidad de defensa del recurrente quien se vería imposibilitado de discutir la aplicación del derecho ante una instancia superior”. En este mismo sentido el ATS nº 1299/2011, de 29 de septiembre, exige “...motivación expresa y detallada por parte del órgano enjuiciador”.

Los Sres. Fiscales deberán, pues, describir cumplidamente en la conclusión primera del escrito de acusación qué circunstancias justifican la calificación de los actos como particularmente vejatorios y degradantes.

6.3.2.2 Hechos incluíbles

Se utilizan conceptos indeterminados que dificultan la tarea exegética. No obstante existen ciertos supuestos en los que la aplicación de este subtipo no debería generar dudas (sodomismo, zoofilia, coprofilia, prácticas sexuales con bebés y otros hechos análogos especialmente vejatorios para con los niños).

Se discute si la penetración debe automáticamente dar lugar a la apreciación de este subtipo. Rechazan tal automatismo las SSTS nº 588/2010, de 22 de junio y nº 184/2012, de 9 de marzo.

Son varias las resoluciones que exigen para aplicar la agravación “una especialidad superadora de la normal repulsión que provoca un archivo pornográfico con menores” (SSTS nº 1299/2011, de 17 de noviembre, nº 130/2010, de 17 de febrero y ATS nº 1299/2011, de 29 de septiembre).

En un supuesto de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, la STS nº 803/2010, de 30 de septiembre introduce criterios para interpretar este subtipo, resaltando su similitud con la agravación contenida en el art. 180.1.1 para las agresiones sexuales: “el trato degradante o vejatorio equivale a realizar acciones con el fin de humillar, deshonrar, hacer despreciar o envilecer a alguien afectado a su dignidad humana, siempre y cuando ese especial salvajismo o brutalidad refleje un grado tan llevado a perversión del sujeto que justifique la exasperación de la pena tan notable como la que establece el subtipo agravado del art. 189.3”. Esta misma resolución admite la aplicación del subtipo ante un supuesto de coprofilia.

La zoofilia claramente integraría el subtipo. En este sentido se pronuncia la STS nº 340/2010, de 16 de abril.

La STS nº 12/2015, de 20 de enero considera también particularmente degradante, a los efectos de la aplicación de la agravación prácticas como *la urolagnia, undinismo o "lluvia dorada", al obrar entre los soportes difundidos videos de adultos orinando en el rostro de los niños.*

6.3.2.3 Aplicabilidad del subtipo del carácter particularmente degradante o vejatorio a los supuestos de difusión

El subtipo es evidentemente aplicable a los supuestos en los que la conducta base se integra por la utilización de menores. Sin embargo, la aplicabilidad de este subtipo a los supuestos de difusión de material (art. 189.1 b) genera dudas.

La STS nº 340/2010, de 16 de abril es terminante en la exclusión de la aplicación del subtipo agravado a quienes no han participado en la elaboración del material, declarando que “aunque el material pudiera considerarse merecedor de la especial agravación...ya que, pese a la escasa argumentación, los hechos probados refieren situaciones de bestialismo, tal elemento no puede considerarse en relación con el acusado que, autor de la modalidad típica del artículo 189.1, b), no ha participado en la elaboración del material pornográfico”.

Por contra, la STS nº 674/2010, de 5 de julio abre el portillo a la posible aplicación de este subtipo a supuestos en los que la acción se limita a la difusión. Así, esta resolución declara que “no resulta fácil excluir la aplicación del tipo agravado a aquellos casos en los que el usuario que no ha participado en el proceso de creación o producción de esos archivos...opta conscientemente por su distribución...pese a conocer el carácter singularmente degradante y vejatorio de su contenido. Esa mayor intensidad de la ofensa al bien jurídico, producida por una acción en la que no ha de faltar el dolo directo o eventual, justificaría la aplicación del tipo agravado, sin que exista argumento gramatical -como acontece en el apartado a) del mismo precepto, que emplea el vocablo utilicen a niños - o contextual que lo impida. Conviene reparar, además, en que el bien jurídico

protegido en supuestos como el que ahora es objeto de enjuiciamiento, tiene mucha más relación con el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los menores...y, en fin, a su dignidad constitucionalmente protegida...Y desde la perspectiva de la protección del bien jurídico, parece evidente que quien, conociendo el contenido de esos archivos, pese a su carácter particularmente vejatorio los difunde, intensifica la ofensa a esos bienes tutelados. Los efectos lesivos que para esos bienes jurídicos tiene la incorporación indiscriminada a la red de tales imágenes, resultan prácticamente irreparables. De ahí la procedencia de mayor pena”.

El ATS nº 1299/2011, de 29 de septiembre y la STS nº 12/2015, de 20 de enero admiten igualmente la aplicación de este subtipo en supuestos de difusión del material degradante.

La STS nº 674/2010, de 5 de julio aún admitiendo la posibilidad de aplicar el subtipo a los meros difusores, exige no obstante la concurrencia de un dolo específico: “no se puede agravar la conducta de quien difunde archivos particularmente vejatorios -por así permitirlo la tecnología del programa de intercambio utilizado- si no consta acreditado el conocimiento del autor respecto del contenido de tales archivos. De ahí la importancia de que, tanto en la investigación inicial como en la resolución de instancia, se precise si los archivos alojados en alguno de los discos empleados por el imputado fueron efectivamente abiertos, acto del que queda reflejo en el sistema y que puede ser objeto de descripción en el correspondiente informe pericial”.

En esta misma línea de exigir un dolo cualificado puede citarse el ATS nº 1697/2013, de 26 de septiembre.

En el análisis de la concurrencia de este dolo específico la STS nº 1299/2011, de 17 de noviembre analiza un supuesto en el que de entre casi tres mil videos pornográficos solo uno puede considerarse especialmente vejatorio, sopesando tal dato para concluir con que no puede afirmarse con que el dolo lo abarcara.

Conforme a lo expuesto, los Sres. Fiscales defenderán la aplicabilidad del subtipo a los supuestos de difusión siempre que se acredite el dolo específico en relación con los concretos materiales degradantes difundidos y en tanto no se consolide otro criterio jurisprudencial opuesto.

6.3.3 Representación de menores o personas con discapacidad víctimas de violencia física o sexual.

6.3.3.1 Ideas generales

La letra c) del art. 189.2 agrava la pena *cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.*

Este subtipo tampoco podría aplicarse al material virtual o técnico, pues en ellos no habría propiamente víctimas.

6.3.3.2 Hechos subsumibles

Las SSTS nº 674/2009 de 20 de mayo, 795/2009 de 28 de mayo y 340/2010 de 16 abril), al igual que acaecía con el subtipo de *carácter particularmente degradante o vejatorio*, exigen para aplicar la agravación una especialidad, superadora de la normal repulsión que provoca un archivo pornográfico con menores.

Para el TS se contemplan de forma alternativa “dos formas de violencia: una, equivalente a la fuerza material o maltrato de obra; y otra... con la naturaleza misma del acto o actos sexuales practicados, susceptibles de despertar un mayor grado de satisfacción de esta índole (sadismo...etc)” (SSTS nº 588/2010, de 22 de junio, 1098/2010, de 13 de diciembre y 12/2015, de 20 de enero).

Para la STS nº 588/2010, de 22 de junio la violencia física “ha sido considerada como la que supone el empleo de medios violentos destinados a vencer la resistencia del ofendido. El tema estriba no tanto en constatar si ha existido algún tipo de fuerza física por mínima que sea, como si esa fuerza estaba destinada a vencer una resistencia exteriorizada...”

Se entiende por violencia sexual acciones o situaciones de forzamiento equiparables a una violación o agresión sexual o casos de niños que aparecen atados de pies y manos, supuestos de especial sometimiento e inmovilización que excedan de la “simple” relación sexual con un menor -incluso de menores de 13 años (STS nº 1377/2011, de 19 de diciembre).

Con la redacción anterior se defendió por un sector doctrinal que este subtipo solo se debía aplicar respecto de niños, no respecto de todos los menores de edad.

Tras la reforma operada por LO 1/2015, la referencia a los niños ha sido sustituida por la de menores, por lo que claramente abarcará a todos los menores de edad.

6.3.3.3 Aplicabilidad del subtipo a los supuestos de difusión

El subtipo se refiere no a la utilización de niños sino al material pornográfico, lo que apuntaría a la aplicabilidad tanto a conductas de utilización de menores como de distribución.

La STS nº 588/2010, de 22 de junio, de forma un tanto confusa parece decantarse por reservar el subtipo a los tipos de utilización de menores.

En la duda deberán los Sres. Fiscales decantarse por aplicar este subtipo respecto a conductas de mera difusión, siempre trasladando las garantías y requisitos que se exigen para calificar los hechos como particularmente degradantes o vejatorios y aplicarlo a los que difunden material, pues se aprecia *eadem ratio*. Habrá, en definitiva, de exigirse un dolo específico, debiendo estar acreditado el conocimiento del autor del contenido agravado de ese concreto material y su ánimo de difundirlo.

La STS nº 184/2012, de 9 de marzo claramente admite que al delito de la distribución de pornografía infantil, previsto en el artículo 189.1.b), pueda aplicársele el subtipo de representación de menores víctimas de violencia física o sexual. En el mismo sentido se pronuncia la STS nº 12/2015 de 20 de enero.

Desde luego, si se entendiera no aplicable el subtipo a la mera difusión, habría de ser tenida en cuenta en estos casos para la graduación de la pena conforme al art. 66 CP la naturaleza especialmente abyecta de este material.

6.3.3.4 Compatibilidad del subtipo de violencia física o sexual con el de hechos especialmente

degradantes

Unas mismas circunstancias no pueden dar lugar a la aplicación simultánea de este subtipo y del subtipo relativo a hechos particularmente degradantes o vejatorios. En este sentido se pronuncia la STS nº 184/2012, de 9 de marzo.

Cabrá defender no obstante la compatibilidad cuando uno y otro subtipo se apliquen en razón a distintas sevicias (v.gr. además de someter al menor a prácticas de bestialismo, antes o después se le somete a prácticas sadomasoquistas). Desde luego, cabe aplicar ambos subtipos cuando el material difundido comprende archivos con escenas degradantes y archivos con escenas violentas (en este sentido, STS nº 12/2015, de 20 de enero).

6.3.4 Puesta en peligro de la vida o salud de la víctima

La reforma operada por LO 1/2015 incorpora un subtipo de nuevo cuño en la letra d: *cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

Su incorporación deriva directamente de la Directiva 2011/93/UE que prevé la inclusión como tal en su art 9 f) *que el autor de la infracción haya puesto en peligro la vida del menor de forma deliberada o negligente.* En este sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013.

El subtipo de mera actividad se castigará con independencia del delito de resultado doloso o culposo que hubiera provocado.

Este nuevo subtipo solo podrá aplicarse al tipo de utilización de menores (189.1 a) y no al de difusión de pornografía (189.1 b). Tampoco podrá aplicarse a supuestos de pornografía virtual, pues se requiere una víctima real.

6.3.5 Material pornográfico de notoria importancia.

El subtipo agravado de la letra e) intensifica la sanción penal *cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.*

El Legislador asume las sugerencias del informe del Consejo Fiscal y sustituye el anterior subtipo *cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.* El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 propuso la supresión o la reformulación de este subtipo: *creemos que debiera bien suprimirse este subtipo, bien sustituirlo por uno que agravara la responsabilidad de quien distribuyera material pornográfico en cantidad de notoria importancia (con lo que se eludiría el espinoso problema de la valoración del material)... Si se optara por este nuevo subtipo de notoria importancia, debiera introducirse alguna pauta restrictiva, teniendo en cuenta que desde un punto de vista criminológico, los consumidores-difusores de pornografía infantil caen frecuentemente en patrones de lo que se ha denominado collecting behaviour, acumulando gran cantidad de material.*

El subtipo se refiere al material pornográfico, por lo que parece claro que podrá aplicarse al tipo de difusión.

Se orillan pues las dificultades inherentes a valorar económicamente el material pornográfico. No será ya necesaria la tasación del valor del material.

En todo caso, el mayor reproche derivaría de la constatación de que se han realizado actos de difusión respecto del material pornográfico de notoria importancia. Por contra, no será el subtipo aplicable ni a los simples poseedores ni a quienes habiendo acumulado material de notoria importancia no han difundido “en notoria importancia”. Por tanto, la exasperación penológica no debe activarse para los que simplemente acumulan material sino solo para los que difunden masivamente material.

Este subtipo sí podría integrarse con material virtual o técnico, siempre que hubiera sido objeto de difusión o estuviera dispuesto para la difusión.

6.3.6 Pertenencia del culpable a una organización o asociación dedicada a la realización de tales actividades.

El art. 189.2 f) incorpora un subtipo del siguiente tenor: *cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.*

Este subtipo será también aplicable a organizaciones o asociaciones dedicadas a la producción de pornografía virtual o técnica.

Ha sido apreciado en un supuesto en el que el delito es cometido a través de redes informáticas (STS nº 1444/2004, de 10 de diciembre). Esta resolución aplica el subtipo en un supuesto de pluralidad de usuarios que, coincidentes en un “lugar de encuentro” virtual en Internet, coordinan sus acciones para potenciar las posibilidades de consumo de las imágenes dañinas para los derechos de los menores, permitiendo, además, su difusión incluso a otras personas ajenas al grupo organizado...”

El TS concluye con que concurre el subtipo de organización “toda vez que no sólo el recurrente actuó en colaboración con los otros integrantes del “grupo” de proveedores y consumidores del material pornográfico prohibido, con una específica atribución de funciones, cual la confección y aporte de “álbumes” de fotografías por él elaborados a un “depósito” centralizado en una específica página “web”, sino que, además, con ello posibilitaba también el acceso de terceros a esa oferta...ampliando la agresión al derecho a la indemnidad sexual de las víctimas de la infracción que es, en definitiva, la razón de ser esencial y el fundamento de la previsión legal agravatoria de la conducta”.

En sentido contrario se pronuncia la STS nº 913/2006, de 20 de septiembre, en la que se desestima la concurrencia del subtipo de organización al no considerar a las llamadas ‘comunidades de Microsoft’ verdaderas organizaciones o asociaciones de delincuentes de pornografía infantil.

No es admisible una interpretación que aplicara el subtipo al mero intercambio *peer to peer* de archivos, pues sería claramente extensiva y contraria al principio de proporcionalidad. En este sentido cabe citar la STS nº 107/2010, de 16 de febrero, que rechaza aplicar el subtipo declarando que “sobre esta cuestión tampoco aparece dato alguno que vincule al recurrente con tales organizaciones, a no ser, como acertadamente señala el Tribunal

a quo que se tenga por tal las redes de intercambios masivos de archivos en Internet que, precisamente, constituyen el vehículo para la comisión de las acciones típicas del art. 189.1.b) CP.”

No merecería este juicio crítico la aplicación del subtipo en supuestos de comunidades virtuales en las que realmente existe un reparto de papeles y una coordinación en circunstancias tales que se incremente el potencial lesivo de la conducta. En este sentido se pronuncia el ATS nº 25/2011, de 10 de febrero: “...el recurrente además de proporcionar material de pornografía infantil a terceros pertenecía a un foro, ocupando una posición jerárquica descrita como "nobles del reino" que le permitía tener acceso a zonas específicas de la red a las que no podían acceder otros usuarios. El hecho de que el acusado alcanzara una posición relevante en dicho foro se debió al número de imágenes que aportó, tanto tomadas por él mismo como procedentes de otras descargadas por él previamente realizadas de Internet. Se estima correcta pues, la subsunción de esta conducta en el art. 189.3 e) del Código Penal bajo la referencia a la integración del recurrente en una organización, incluso de carácter transitorio, que se dedica a este tipo de actividad...”

Este supuesto también puede ser aplicado tanto al tipo de utilización como al de difusión, pues el precepto no distingue.

Debe tenerse presente que el subtipo agravado entrará en concurso de leyes en relación con los tipos del Capítulo VI del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos criminales o, en su caso, con el delito de asociación ilícita del art. 515.1º.

Con independencia de cualquier otro planteamiento, dicho concurso de leyes entre los arts. 189.2.f) y 570 bis y 570 ter CP habrá de resolverse conforme al criterio de alternatividad, toda vez que el párrafo segundo del apartado segundo del art. 570 quáter opta por tal solución, al establecer que *en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8.*

El Legislador ha decidido que en el ámbito de las organizaciones y grupos criminales el mayor desvalor del hecho de pertenecer a una organización criminal justifica la aplicación de la sanción más grave, con el objeto de evitar sanciones atenuadas derivadas de la eventual existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales.

Aunque el expresado concurso de leyes entre los arts. 189.2.f) y 570 bis y 570 ter CP se produce porque la pertenencia a una organización o grupo está tipificada en ambas disposiciones, sin embargo, hay que tener en cuenta que el primero de estos artículos castiga conjuntamente dos conductas: la relativa a la pornografía infantil y la de pertenecer a una organización incluso de carácter transitorio (incluyendo en el tipo el desvalor de ambas); mientras que los tipos de organización o grupo únicamente tipifican esta última conducta.

En su virtud, para resolver el expresado concurso de normas, determinando qué disposición tiene señalada sanción de mayor gravedad, habrán de compararse por un lado las penas imponibles conforme al art. 189.2 CP (cinco a nueve años de prisión) y por otro lado con las que resulten de aplicar el tipo del art. 570 bis, o en su caso, del art. 570 ter CP, y el delito de pornografía infantil (tipo básico o subtipo agravado, si concurre otra

circunstancia cualificante distinta de la de pertenecer a una organización (pues su apreciación duplicada supondría la vulneración del principio *non bis in idem*).

A efectos del cálculo de la pena imponible al concurso de delitos entre el delito de pornografía infantil y el delito de organización o grupo criminal debe tenerse presente que, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, el concurso puede ser real o ideal.

El subtipo del art. 189.2.f) CP admite su aplicación a estructuras transitorias. Tal modalidad no podría incardinarse en el concepto de organización y asociación, pero sí podría subsumirse en el concepto de grupo criminal, toda vez que se corresponde con una agrupación de personas no suficientemente estructurada para perpetuarse en el tiempo. De nuevo en estos casos habrá de aplicarse el principio de alternatividad, calificando los hechos bien como delito de pornografía infantil en su modalidad agravada, bien como delito de pornografía infantil en su modalidad no cualificada en concurso ideal con un delito de integración en grupo criminal.

6.3.7 Hechos cometidos por ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o encargado del menor

6.3.7.1 Ideas generales

También se construye un subtipo agravado *cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad* (art 189.2 g).

La mayor antijuridicidad y culpabilidad de la conducta es evidente, toda vez que quien así actúa quebranta la posición de garante y los deberes específicos que el ordenamiento jurídico le atribuye respecto del menor.

La nueva configuración del subtipo incorporada por la LO 1/2015, inspirada a su vez por la Directiva, le dota de unos contornos más amplios, pudiendo entenderse aplicable a profesores, educadores o asimilados que, aunque no estén encargados del menor, hayan abusado de su posición de confianza o autoridad.

El subtipo agravado de la letra g) tampoco podría aplicarse a la pornografía virtual o técnica.

6.3.7.2 Hechos subsumibles

El ATS nº 1839/2010, de 14 de octubre considera aplicable este subtipo “porque en los hechos probados se indica que se elaboró material pornográfico con una menor con la que convivía y ejercía autoridad paterna (como se indica en los hechos el recurrente la estima como su hija, considerándola como hija adoptiva y cuidándola como tal aunque no haya formalizado la adopción y la niña le ha considerado su padre)”.

Debe también entenderse aplicable este subtipo a las personas que ejercen de “canguros”, cuanto cometen los hechos con los menores cuyo cuidado les ha sido encomendado.

El subtipo sería aplicable tanto a la producción como a la difusión, pues en ambos casos antijuridicidad y

culpabilidad presentan una especial intensidad.

6.3.8 Concurrencia de la agravante de reincidencia

La letra h) incorpora un nuevo subtipo agravado: cuando concurra la agravante de reincidencia.

El Legislador trata de dar cumplimiento a la Directiva 2011/93/UE pese a que lo único que la misma exigía era que se agravara la responsabilidad en el supuesto de que el autor de la infracción hubiera sido condenado con anterioridad por infracciones de la misma naturaleza. Esto se cumple con la previsión de la agravante genérica de reincidencia.

Constatada la concurrencia de reincidencia, habrá de apreciarse este subtipo agravado. En ningún caso cabrá apreciar simultáneamente la agravante de reincidencia y el subtipo agravado de reincidencia, pues se incurriría en una flagrante doble valoración sancionadora.

Debe tenerse presente que el art. 190 CP equipara en estos supuestos la condena de un Juez o Tribunal extranjero a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.

6.3.9 Subtipo hiperagravado

La Directiva 2011/93/UE prevé agravar la responsabilidad cuando se emplee coacción, fuerza o amenazas con un menor, imponiendo una pena que permita alcanzar los ocho años de prisión (art. 4.3).

El apartado tercero del art. 189 tras la reforma operada por LO 1/2015 dispone que si los hechos a que se refiere la letra a) del apartado primero (utilización de menores con fines pornográficos) se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.

El subtipo hiperagravado puede, pues operar sobre la pena prevista en el apartado primero (prisión de uno a cinco años) y sobre la pena prevista en el apartado segundo (prisión de cinco a nueve años). En este último caso la pena pues pivotaría entre los nueve años y un día y los trece años y seis meses.

Debe en primer lugar delimitarse el subtipo agravado, que castiga la aparición de la violencia física (o sexual) en el material pornográfico, del subtipo hiperagravado, que castiga la concurrencia de esa violencia física (o intimidación) en la elaboración del material, independientemente de que posteriormente aparezca o no en el material elaborado. Por tanto, si se utiliza violencia para elaborar el material y la violencia aparece reflejada en el mismo, debiera en principio apreciarse un delito del art. 189.1 a) con la concurrencia del subtipo agravado del art. 189.2 c) y con la concurrencia del subtipo hiperagravado del art. 189.3.

En el supuesto en que se emplee violencia o intimidación para conseguir elaborar el material pornográfico pero no se utilice para consumar el acto sexual podrá aplicarse el subtipo hiperagravado sin que se planteen problemas concursales. Piénsese en supuestos en que se utilice intimidación sobre un menor para lograr elaborar una filmación centrada en sus genitales pero sin obligarle a llevar a cabo ningún acto sexual.

Si la violencia o intimidación se emplean para consumir el acto sexual reflejado en el material pornográfico la aplicación del subtipo hiperagravado planteará problemas concursales.

Hasta la reforma 1/2015 se venía entendiendo que los actos sexuales perpetrados para elaborar el material pornográfico debían castigarse autónomamente, en régimen de concurso de delitos con el tipo de utilización de menores para fines pornográficos.

En este sentido, la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, *sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil* considera que “en relación con el tipo previsto en el art. 189.1 a), si además de la utilización del menor para elaborar material pornográfico, los actos grabados, filmados o fotografiados son en sí constitutivos de abuso sexual o agresión sexual, también deberán ser aplicados estos tipos en régimen de concurso real”. El Tribunal Supremo asume la exégesis de la aplicación simultánea de tipos: “no forman parte del tipo, ni por tanto quedan absorbidos en él los actos sexuales efectuados y grabados, los que seguirán siendo actos de agresión sexual o abuso sexual” (STS nº 947/2009, de 2 de octubre). También en esta línea cabe citar la STS nº 795/2009, de 28 de mayo.

Tras la reforma operada por LO 1/2015 deberán los Sres. Fiscales entender que no será posible apreciar el subtipo hiperagravado en relación con el tipo de utilización de menores para elaborar material pornográfico y además apreciar simultáneamente el correspondiente tipo de agresión sexual, cuando la violencia o intimidación se hubieran utilizado para hacer ejecutar al menor el acto sexual grabado, fotografiado o filmado. De proceder a tal aplicación simultánea se incurriría en un claro *bis in idem*.

Por ello, los Sres. Fiscales, hasta tanto no se consolide una línea jurisprudencial opuesta, optarán en estos casos por aplicar las normas que para resolver el concurso de leyes se contemplan en el art. 8 CP, de modo que bien aplicarán el tipo del art. 189.1 a) con la agravación contemplada en el art. 189.3, bien aplicarán el tipo del art. 189.1 a) en concurso real con el tipo correspondiente a la agresión sexual en el que pudieran subsumirse los hechos que generaron la elaboración del material. Serán las concretas circunstancias en cada caso concurrentes las que orienten a la hora de seleccionar el principio aplicable para resolver el concurso de leyes. En principio, no habría relación de especialidad, subsidiariedad o absorción, por lo que salvo que tales circunstancias aconsejen otra solución habrá de optarse por el principio de alternatividad.

Todo ello sin perjuicio de que la prolongación temporal de la actuación violenta, y con ella, de la privación de libertad sobre el menor, podrá generar eventualmente la apreciación de otras modalidades concursales.

7. La pena de inhabilitación

Conforme a la nueva previsión del apartado tercero del art. 192 CP, en sus conclusiones los Sres. Fiscales habrán de interesar además de las penas principales correspondientes, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias

que concurren en el condenado.

8. Otras medidas a instar por el Ministerio Fiscal

Tras la reforma operada por LO 1/2015, se prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste con carácter cautelar la retirada o bloqueo del acceso a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil (apartado octavo del art. 189 CP). En este punto la reforma también sigue la línea marcada por la Directiva 2011/92/UE en su artículo 25.

Esta previsión se conecta tanto con la norma básica del 13 LECrim como con el art. 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* que prevé la retirada de aquellos datos que atenten contra los principios que se relacionan en el propio artículo entre los cuales se encuentran el respeto a la dignidad de la persona y la protección de la juventud y de la infancia.

Como quiera que en los primeros momentos podrá no ser conocido si cabe la retirada o únicamente el bloqueo, los Sres. Fiscales, cuando sea necesario, instarán la medida cautelar de retirada y, alternativamente la medida cautelar de bloqueo de tales páginas o aplicaciones.

De no haberse acordado esta medida con carácter cautelar, los Sres. Fiscales interesarán que se adopte en sentencia.

Por otro lado, conforme a las previsiones del Convenio de Lanzarote, se añade el artículo 129 bis para la inclusión de perfiles de condenados en la base de datos de ADN.

En virtud de este precepto el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial respecto de condenados por delito grave contra la libertad o indemnidad sexual, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva. El art. 129 bis abre la previsión legal, ante la negativa del sujeto a cumplir la orden judicial, del uso de medios coactivos para su ejecución forzosa.

Cuando en el tipo de utilización de menores o de difusión de pornografía infantil concorra algún subtipo agravado se superaría el umbral del delito grave, por lo que los Sres. Fiscales, ponderando las circunstancias concurrentes, si se considera que concurre un peligro relevante de reiteración delictiva podrán interesar la toma de muestras, realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción.

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que, en el curso de la investigación, sin esperar a la condena, en el momento de la detención o de la imputación por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, ya sean delitos graves o menos graves, los Sres. Fiscales, procuren que los perfiles de ADN de estos imputados sean incorporados a la base de datos prevista en la LO 10/2007, de 8 de octubre, *reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN* (art. 3.1 a).

9. Vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado

Se recuerda la expresa vigencia de la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, *sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil* y la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, en relación con el epígrafe III.2 sobre tratamiento de los delitos de pornografía infantil cometidos por menores.

10. Conclusiones

1. Concepto de pornografía infantil

1.1 La pornografía infantil necesariamente debe integrarse por representaciones visuales, no siendo suficiente el material de audio.

1.2 El material pornográfico escrito no puede estimarse incluido en el radio típico.

1.3 El puro y simple desnudo no puede integrarse en el tipo.

1.4 Pornografía técnica: el material al que se refiere el art. 189.1 c) habrá de entenderse integrado por representaciones visuales de personas presentadas como menores de edad. Los Sres. Fiscales previamente a aplicar esta disposición legal habrán de agotar las posibilidades de determinar la edad real de la persona representada, por lo que deberán –si no se ha hecho de oficio- interesar a la Policía que investigue este extremo.

La vía de la pornografía técnica no puede utilizarse para criminalizar la posesión o difusión de imágenes de personas a las que no se les presenta como menores, a las que no se consigue identificar y respecto de las que pueda existir duda sobre si sobrepasan o no los dieciocho años.

1.5 Pornografía virtual: el material al que se refiere el art. 189.1 d) habrá de integrarse por “imágenes realistas” de modo que se aproximen en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales. Por ello, no deberán entenderse incluidos dibujos animados, manga o similares, pues no serían propiamente “imágenes realistas”, en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

1.6 Pseudo pornografía infantil: tras la reforma operada por LO 1/2015 se suprime formalmente el tipo de pseudo pornografía infantil. Sin embargo, ello no supone la sobrevenida atipicidad de estas conductas, pues eventualmente podrán castigarse como pornografía infantil virtual o técnica.

1.7 Materiales excluidos: aunque no se ha incorporado a nuestro Derecho interno una excepción expresa en tal sentido, por aplicación del sistema de eximentes y de los principios generales de Derecho Penal, deben excluirse del ámbito de la pornografía infantil los materiales que tengan una finalidad médica, científica o asimilada.

2. Utilización de menores para fines pornográficos

2.1 En la modalidad de utilización de menores en espectáculos, ha de entenderse que el menor debe intervenir en el mismo. No será subsumible en este tipo el desempeño por el menor de tareas subalternas como pudieran

ser las de vendedor de entradas, camarero etc.

2.2 En lo que se refiere a qué deba entenderse por espectáculo, habrá de operarse con un concepto amplio, pues el propio tipo incluye tanto los públicos como los privados, por lo que habrá de ser irrelevante el modo de captar a la clientela o el número de asistentes.

2.3 En la modalidad de utilización de menores para elaborar pornografía, la conducta de quien participando en la elaboración del material pornográfico distribuye posteriormente el material elaborado habrá de tipificarse exclusivamente conforme al art. 189.1 a), partiendo de que la ulterior acción de difusión habría de considerarse comprendida dentro de la fase de agotamiento.

2.4 En relación con el tipo del art. 189.1 a), si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados.

2.5 Sujeto pasivo puede ser el menor de dieciocho años, esté o no emancipado, así como las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a la definición contenida en el nuevo párrafo segundo del art. 25 CP.

2.6 La realización en unidad de acto de varias escenas constituye un único delito.

3. Difusión de pornografía infantil

La conducta consistente en compartir archivos mediante la utilización en Internet de un programa de los denominados P2P será subsumible en el art. 189.1 b) cuando pueda acreditarse el dolo de difusión.

4. Posesión de pornografía infantil

4.1 El concepto de pornografía infantil acuñado por la reforma operada por LO 1/2015 supone una ampliación del radio de las conductas típicas relacionadas con la posesión, pues será delito poseer material pornográfico virtual o técnico.

4.2 Los subtipos agravados del art. 189.2 no se aplicarían a estas conductas.

4.3 La concurrencia de los presupuestos fácticos de alguno de los subtipos agravados puede y debe utilizarse a la hora de individualizar la pena del tipo de posesión.

5. Acceso a sabiendas a pornografía infantil

Los Sres. Fiscales habrán de ser especialmente cuidadosos a la hora de acusar por meros accesos, teniendo en cuenta las graves dificultades probatorias que esta nueva modalidad entraña. Habrá de optarse por no acusar cuando no esté suficientemente acreditada la intencionalidad del acceso a los contenidos pornográficos infantiles.

6. Supuestos en los que no concurre antijuridicidad material

6.1 Ante supuestos en los que la pornografía infantil virtual ha sido producida y está en posesión del productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico que represente a menores o a personas que parezcan menores y que el acto no implique riesgo de difusión del material, los Sres. Fiscales ponderarán la posibilidad de interesar el sobreseimiento de las actuaciones, pues este tipo de conductas, cuanto esté excluido el riesgo de difusión de un material que no representa a menores reales, carece de un mínimo contenido de antijuridicidad material.

6.2 Esta misma pauta será aplicable a los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros. Pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, desde un punto de vista de antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, al no lesionarse el bien jurídico protegido.

7. Subtipos agravados de pornografía infantil

7.1 Aunque no se prevé un tratamiento específico para los supuestos en los que concurra más de un subtipo, tal circunstancia habrá de tenerse en cuenta a la hora de determinar la concreta pena a imponer dentro de los límites mínimo y máximo (cinco a nueve años).

7.2 Mientras que para la aplicación de los tipos básicos del art. 189.1 del CP no es necesario dolo directo, siendo suficiente que concurra dolo eventual y pudiendo entenderse colmadas las exigencias del tipo subjetivo con la concurrencia del denominado dolo de indiferencia, para la aplicación de los subtipos agravados es necesario un nivel de exigencia mayor.

7.3 Utilización de menores de 16 años

7.3.1 Para aplicar el subtipo será necesario la utilización de menores reales, no pudiendo integrarse por pornografía virtual o técnica.

7.3.2 Tras la reforma operada por LO 1/2015, al ampliarse la aplicación del subtipo agravado a la utilización de menores de dieciséis años, queda claro que solamente cabe aplicar este subtipo agravado a quienes operan sobre menores de dieciséis años, y nunca a quienes lo que hacen es difundir material relativo a menores de dieciséis años, sin haber actuado sobre los mismos.

7.4 Carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos

7.4.1 Este subtipo no puede integrarse con pornografía virtual o técnica, pues al referir lo degradante o vejatorio a “los hechos” exige afectación de menores reales.

7.4.2 Los Sres. Fiscales deberán describir cumplidamente en la conclusión primera del escrito de acusación, qué circunstancias justifican la calificación de los actos como particularmente vejatorios y degradantes.

7.4.3 Los Sres. Fiscales defenderán la aplicabilidad de este subtipo no solo a los supuestos de utilización (art. 189.1 a), sino también a los supuestos de difusión (art. 189.1 b). Para ello será necesario acreditar que el autor tenía pleno conocimiento respecto del contenido de tales archivos y que los mismos se difundieron o se

poseían para difundirlos.

7.5 Representación de menores o personas con discapacidad víctimas de violencia física o sexual.

7.5.1 Este subtipo no podría aplicarse a materiales virtuales o técnicos, pues en ellos no habría propiamente víctimas.

7.5.2 Los Sres. Fiscales promoverán la aplicación de este subtipo respecto a conductas de mera difusión siempre que esté acreditado un dolo específico, consistente en el pleno conocimiento del autor respecto del contenido de tales archivos.

7.5.3 No cabe apreciar simultáneamente el subtipo de violencia física o sexual con el de hechos especialmente degradantes, salvo que uno y otro subtipo se apliquen en razón a distintas sevicias.

7.6 Puesta en peligro de la vida o salud de la víctima

Este nuevo subtipo solo podrá aplicarse al tipo de utilización de menores (189.1 a) y no al de difusión de pornografía (189.1 b). Tampoco podrá aplicarse a supuestos de pornografía virtual.

7.7 Material pornográfico de notoria importancia.

7.7.1 El subtipo se refiere al material pornográfico, por lo que podrá aplicarse al tipo de difusión.

7.7.2 No será necesaria la tasación del valor económico del material.

7.7.3 La exasperación penológica no debe activarse para los que simplemente acumulan material sino que ha de reservarse para los que difunden masivamente material.

7.7.4 Este subtipo podrá integrarse con material virtual o técnico, siempre que hubiera sido objeto de difusión o estuviera dispuesto para la difusión.

7.8 Pertenencia del culpable a una organización o asociación

7.8.1 Este subtipo puede también ser aplicado a organizaciones dedicadas a la producción de pornografía virtual o técnica.

7.8.2 No es admisible una interpretación que aplicara el subtipo al mero intercambio de archivos, pues sería claramente extensiva y contraria al principio de proporcionalidad.

7.8.3 Procederá la aplicación del subtipo en supuestos de comunidades virtuales en las que realmente existe un reparto de papeles y una coordinación en circunstancias tales que se incremente el potencial lesivo de la conducta.

7.8.4 Este supuesto puede ser aplicado tanto al tipo de utilización como al de difusión.

7.9 Hechos cometidos por ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o encargado del menor

7.9.1 Puede entenderse aplicable a profesores, educadores o asimilados, aunque no estén encargados del menor, cuando hayan abusado de su posición de confianza o autoridad.

7.9.2 El subtipo agravado de la letra g) no podrá aplicarse a la pornografía virtual o técnica.

7.9.3 El subtipo sería aplicable tanto a la producción como a la difusión.

7.10 Concurrencia de la agravante de reincidencia

No cabrá apreciar simultáneamente la agravante de reincidencia y el subtipo agravado de reincidencia, pues se incurriría en una flagrante doble valoración sancionadora.

8. Subtipo hiperagravado

8.1 El subtipo agravado del art. 189.2 c) castiga el reflejo de la violencia física o sexual en el material pornográfico, mientras que el subtipo hiperagravado del art. 189.3 castigaría la concurrencia de esa violencia física (o intimidación) en la elaboración del material, independientemente de que posteriormente aparezca o no en el material elaborado. Por tanto, si se utiliza violencia para elaborar el material y en el material tiene reflejo la misma, debiera apreciarse un delito del art. 189.1 a) con la concurrencia del subtipo agravado del art. 189.2 c) y con la concurrencia del subtipo hiperagravado del art. 189.3.

8.2 Cuando la violencia o intimidación se hubieran empleado para realizar el acto sexual grabado, filmado o fotografiado no será posible apreciar el subtipo hiperagravado en relación con el tipo de utilización de menores para elaborar material pornográfico y simultáneamente apreciar el correspondiente tipo de agresión.

8.3 En tales casos deberá operarse con las normas del concurso de leyes conforme al art. 8 CP, por lo que bien se aplicará el tipo del art. 189.1 a) con la agravación contemplada en el art. 189.3, bien se optará por aplicar el tipo del art. 189.1 a) en concurso real con el tipo correspondiente a la agresión sexual en el que pudieran subsumirse los hechos que generaron la elaboración del material, operando en principio conforme al criterio de la alternatividad.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regulación de los delitos de pornografía infantil, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 19 de junio de 2015.

LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda

EXCMOS/AS. E ILMOS/AS. SRES/AS. FISCALES DE SALA, FISCALES SUPERIORES, FISCALES JEFES PROVINCIALES Y DE ÁREA.

