LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. ACTUALIZACIÓN TRAS LA REFORMA LO 8/2021, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

David Calvo López.

Delegado de Criminalidad Informática - Fiscalía Provincial de Almería.

Curso: "Las nuevas figuras típicas para la protección de los Menores en la Red introducidas por la LO 8/21 de 4 de junio de Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Medidas Cautelares y retirada de contenidos".

Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

Madrid, 6 y 7 de junio de 2022.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.

2. EL CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. DIFERENCIAS CON EL EROTISMO.

2.1. EL CONCEPTO LEGAL DE PORNOGRAFÍA INFANTIL CLÁSICA O COMÚN.

2.2. EL CONCEPTO LEGAL DE PORNOGRAFÍA INFANTIL VIRTUAL.

2.3 EL CONCEPTO LEGAL DE PORNOGRAFÍA INFANTIL TÉCNICA.

3. CONDUCTAS TÍPICAS BÁSICAS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

3.1. CAPTAR O UTILIZAR CON FINES O EN ESPECTÁCULOS EXHIBICIONISTAS O PORNOGRÁFICOS.

3.2 CAPTAR O UTILIZAR PARA ELABORAR PORNOGRAFÍA INFANTIL.

3.3. CONCURSOS DE NORMAS Y CONCURSOS DE DELITOS.

3.4 DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

3.5 POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

3.6 ACCESO ONLINE A PORNOGRAFÍA INFANTIL.

4. SUBTIPOS AGRAVADOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

4.1. UTILIZACIÓN DE MENORES DE 16 AÑOS DE EDAD.

4.2. HECHOS DE CARÁCTER PARTICULARMENTE DEGRADANTE O VEJATORIO.

4.3. MATERIAL REPRESENTANDO MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FÍSICA O SEXUAL.

4.4 USO DE VIOLENCIA FÍSICA O SEXUAL PARA LA OBTENCIÓN DEL MATERIAL PORNOGRÁFICO.

4.5. UTILIZACIÓN DE MENORES ESPECIALMENTE VULNERABLES.

4.6 PUESTA EN PELIGRO DE LA VIDA O SALUD DE LA VÍCTIMA.

4.7 MATERIAL PORNOGRÁFICO DE NOTORIA IMPORTANCIA.

4.8 CULPABLE PERTENECIENTE A ORGANIZACIÓN O ASOCIACIÓN, INCLUSO DE CARÁCTER TRANSITORIO, DEDICADA A LA REALIZACIÓN DE TALES ACTIVIDADES.

4.9 CULPABLE QUE SEA ASCENDIENTE, TUTOR, CURADOR, GUARDADOR, O CUALQUIER PERSONA ENCARGADA, DE HECHO O DE DERECHO, DEL MENOR.

4.10 CUANDO CONCURRA LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA.

5. SUBTIPO HIPERAGRAVADO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

6. MODALIDAD OMISIVA. NO IMPEDIMENTO A LAS CONDUCTAS DE CORRUPCIÓN DE MENORES.

7. RETIRADA DEL CONTENIDO ILÍCITO.

8. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA PORNOGRAFÍA INFANTIL.

8.1 COMISO DE EQUIPOS INFORMÁTICOS.

8.2 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

10. RELACIÓN CRONOLÓGICA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS.

Centro de Estudios Jurídicos

RESUMEN:

Los delitos relativos a la pornografía infantil gozan de preferente atención en nuestra institución debido a la implicación del Ministerio Fiscal en la protección de las víctimas, que se acentúa especialmente cuando se trata de menores de edad o personas con discapacidad.

Tras las sucesivas reformas operadas en nuestro Código Penal, se elaboró por la Fiscalía General del Estado la Circular 2/2015, sin duda un magnífico documento doctrinal que sirve de referencia interpretativa para nuestra carrera, los tribunales de Justicia y para cualquier operador jurídico.

Transcurridos 7 años, la finalidad del presente estudio es repasar las conclusiones más relevantes alcanzadas en dicho instrumento interpretativo de la Fiscalía, además de plantear aquellas cuestiones no tratadas en la Circular 2/2015 pero que nos parecen relevantes.

Finalmente, al haberse modificado de nuevo el Código Penal con ocasión de la LO 8/21, de 4 de junio, de Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en esta ponencia abordaremos algunas de las novedades introducidas en nuestra norma sustantiva que atañen a la pornografía infantil.

En concreto, este estudio se referirá a los reformados subtipos agravados previstos en el apartado 2 del artículo 189 del Código Penal, de los cuales algunos son de nuevo cuño y otros objeto de modificaciones.

1. INTRODUCCIÓN.

Dentro de los delitos informáticos y desde un punto de vista estrictamente cuantitativo, los focos recaen sobre las defraudaciones online pero, cualitativamente, si hay una materia que preocupa preferentemente a la Fiscalía sin duda es la pornografía infantil.

Durante el siglo XX[1] la pornografía infantil no era un problema o al menos no era un problema grave. Había poca, de escasa calidad, difícil de obtener, cara y con muchas dificultades en su distribución. Básicamente, existían unas cuantas fotografías a las que tan sólo se podía acceder a través de revistas.

Sin embargo, tras la aparición de Internet y especialmente con la revolución tecnológica del siglo XXI, cualquier persona teniendo a su disposición un smartphone puede grabar y por tanto elaborar pornografía infantil, ponerla inmediatamente a disposición de un número indeterminado de personas e igualmente, sirviéndose de motores de búsqueda, puede localizar y acceder en cualquier momento desde su terminal a pornografía en la que aparezcan menores de edad o personas con discapacidad. Es tal el caudal que se genera y tan diversas las posibilidades de producción y puesta a disposición de terceros que se ha llegado a una situación incontrolable: hay mucha pornografía infantil, de mucha calidad, muy barata o directamente gratuita, de fácil acceso y con innumerables mecanismos de distribución tal y como veremos más adelante.

En definitiva, lo que no era un problema ha pasado a serlo de primera magnitud y con una dimensión transnacional, lo cual ha generado la reacción de diferentes organismos internacionales preocupados por la dignidad de la infancia y la protección de los menores de edad. Por ello contamos con todo tipo de instrumentos normativos (Convenios, Acuerdos, Decisiones Marcos, Directivas, etc) que abordan esta problemática social y regulan el concepto de pornografía infantil así como las conductas que todos los estados firmantes deben adaptar a su normativa interna, homogeneizando así la respuesta penal a este tipo de comportamientos.

Fruto precisamente de los compromisos internacionales adquiridos, se han ido produciendo una serie de reformas en nuestro Código Penal que se plasman en un catálogo de infracciones que atacan el fenómeno de la pornografía infantil en sus diferentes perspectivas y fases, empezando por la elaboración, pasando por la distribución y finalizando con que en nuestro país es delictivo poseer para autoconsumo este tipo de material pornográfico e incluso el mero acceso online, lo cual ha generado no pocas reacciones adversas de la doctrina jurídica.

En concreto, el Código Penal se ha reformado en lo que atañe a esta materia a través de las Leyes Orgánicas 11/1999, 15/2003, 5/2010, 1/2015 y finalmente en la 8/2021, introduciendo conceptos y tipos penales que se derivan de la asunción de las pautas marcadas por la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, el Convenio de Cibercrimen del año 2001 de Budapest así como el

1 La pornografía documentada tiene inicio en el siglo XIX, coincidiendo con la invención de la cámara tal y como señala AGUSTINA, Jose Ramón, en "*¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting*". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 12-11, 2010.

Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de Lanzarote en 2007 y, muy especialmente, de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

La transposición de esta Directiva es la que explica la reforma trascendental de nuestro Código Penal del año 2015, modificación en la que se introducen los conceptos de pornografía clásica, virtual y técnica siguiendo las pautas de la citada norma europea.

Precisamente, con motivo de esta reforma y su evidente calado, por parte de la Fiscalía General del Estado se elaboró la Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre pornografía infantil que junto con la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, configuran la principal doctrina propia en esta materia, facilitando la unidad de actuación y auxiliando a los integrantes del Ministerio Público en los diversos problemas interpretativos que suscitan los preceptos penales.

La finalidad de esta ponencia es precisamente el repaso a estas directrices marcadas por la Fiscalía General del Estado, tratando de completarla en aquellos puntos relevantes que no se hayan tratado así como de su actualización tras la reciente reforma operada por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que afecta de nuevo a los delitos de pornografía infantil, concretamente a la regulación de los subtipos agravados.

Tal y como veremos más adelante, no es una reforma fácil de interpretar en cuanto a las novedades introducidas, de manera que trataremos de arrojar un poco de luz a la oscuridad de los nuevos preceptos, siempre partiendo de nuestro punto de vista personal ya que la Exposición de Motivos de la ley e incluso el debate parlamentario muy poco o nada esclarecen y, teniendo en cuenta el escaso tiempo desde que entraron en vigor las normas, no podemos apoyarnos en jurisprudencia que nos señale la interpretación judicial de la nueva normativa.

Para que no se desborde la extensión de esta ponencia, nos limitaremos a mencionar telegráficamente que la reforma LO 8/2021 incluye también una ampliación del plazo de prescripción de los delitos contra la pornografía infantil (cuyo cómputo se inicia, cuando la víctima sea menor de edad, al cumplir 35 años), así como una disposición común a todos los delitos del título VIII del Código Penal relativa a la preceptiva imposición de una pena de inhabilitación que impida ejercer profesiones u oficios que impliquen contacto regular y directo con menores (cuya tortuosa redacción parece adjudicar -por su pena en abstracto- la competencia para el enjuiciamiento en primera instancia de todos estos delitos a la Audiencia Provincial).

También un nuevo delito de compleja interpretación, regulado en el artículo 189 bis CP (lo cual desplaza al 189 ter CP los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas), que castiga la difusión o distribución de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de determinados delitos contra la libertad e indemnidad sexual, entre los que se encuentran los relacionados con la pornografía infantil.

2. EL CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. DIFERENCIAS CON EL EROTISMO.

Entrando ya en materia, lo primero que debemos abordar es el concepto de pornografía infantil, catalogación que en muchas ocasiones será evidente pero que en otras no será nada sencillo deslindar del simple erotismo.

Como punto de partida, tal y como ha señalado nuestra jurisprudencia, debemos descartar que un simple cuerpo desnudo pueda considerarse pornografía. No lo sería si los niños aparecen de forma natural sin ropa en las imágenes, sin que de ello se desprenda una finalidad de provocación sexual. De hecho, es frecuente que los padres publiquen en redes sociales fotografías en la playa o en la piscina donde los menores aparecen desnudos, pero sin un contexto que nos permita catalogar la imagen como de pornografía infantil.

Igualmente, debemos descartar como pornografía las imágenes cuya finalidad sea artística, reflexiva o filosófica puesto que ese cuerpo desnudo lo que pretende es desencadenar una serie de pensamientos o provocar sentimientos que nada tienen que ver con los libidinosos que caracterizan los delitos contra la libertad sexual. Pensemos por ejemplo en la mítica portada del disco "Nevermind" de Nirvana donde aparece un bebé de apenas unos meses de vida, completamente desnudo, nadando en una piscina y persiguiendo un billete de un dólar. Analizando el contexto no se puede concluir que esas imágenes tengan una finalidad lúbrica o de provocación sexual, por mucho que aparezca un menor de edad completamente desnudo.

Y donde encontraremos mayores problemas interpretativos será sin duda para desmarcar lo que es pornografía de una simple imagen erótica. El erotismo, por mucho que pueda terminar provocando una reacción de similar naturaleza, es algo mucho más indirecto, sutil y sugerente que la pornografía, la cual se caracteriza por ser directa, explícita y por mostrar de forma evidente y descarnada la sexualidad, con la única posible interpretación de desencadenar una respuesta sexual.

Como veremos a continuación, tras la reforma del año 2015, en nuestro Código Penal ya disponemos de un concepto legal de lo que es pornografía infantil pero con anterioridad -por la necesidad de abordar la problemática- ya se produjeron pronunciamientos jurisprudenciales que la definían como "*cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual*" (STS 271/2012).

Igualmente, en ese estadio legal previo a la reforma de 2015, nos encontramos resoluciones judiciales que ya nos aclaraban que el mero desnudo no puede considerarse pornografía infantil, de manera que las imágenes han de centrarse en un comportamiento sexual del menor o de forma directa en sus órganos sexuales (SSTS 376/2006, 803/2010 y 264/2012).

En esta línea interpretativa se nos indicaba que el concepto de pornografía es aquel que desborda lo ético, erótico y lo estético con finalidad de provocación sexual, sin ninguna posible explicación o visión artística, científica o cultural (STS 10-10-2000, criterio que ha perdurado y que se replica en las recientes SSTS 240/2020 y 966/2021).

De forma muy clara y focalizando sobre el contenido explícito de la imagen, el auto del Tribunal Supremo 521/2013, de 21 de febrero, nos dice que "*es pornografía puesto que se muestra la zona pública de la niña, su imagen desnuda y el busto en actitud sugerente*". Por

lo tanto, una vez la menor aparece realizando un posado y no refleja simplemente una escena cotidiana o natural, nos encontraríamos ante pornografía infantil.

En un supuesto aún más evidente, la sentencia del Tribunal Supremo 967/2013, de 19 de diciembre, consideró que podríamos catalogar como tal las imágenes de una menor que ante la cámara se separaba las piernas e incluso sus labios mayores mostrando sus genitales de forma explícita y con evidente fin sexual.

Antes de abordar el concepto legal de pornografía infantil, siguiendo las directrices de la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, debemos mencionar que hay supuestos en que la posesión-distribución de pornografía infantil puede ser perfectamente lícita a pesar de que en la ley no se contemplan excepciones.

Por ejemplo, cuando esa posesión sea con fines médicos, científicos, docentes o de investigación criminal. Pensemos en ese grupo policial que necesita infiltrarse en una organización dedicada a la elaboración-distribución de material pedófilo y que sin aportar material de dicha naturaleza es imposible que sea aceptado en la comunidad delictiva. Igualmente, si en el ámbito docente y explicando el concepto de pornografía infantil - por ejemplo, un Fiscal en un curso del CEJ- se mostrasen imágenes tratando de ilustrar a los alumnos, por mucho que esa exhibición pueda encajar en algún tipo penal en ningún caso se podría considerar que exista antijuricidad material.

2.1. EL CONCEPTO LEGAL DE PORNOGRAFÍA INFANTIL CLÁSICA O COMÚN.

De todas las reformas operadas sobre esta materia en nuestro Código Penal sin duda la de 2015 es la más relevante y de mayor calado, con el añadido de que nos proporciona un concepto de pornografía clásica así como de pornografía técnica y virtual en el artículo 189 de nuestra norma sustantiva.

Así debemos considerar pornografía clásica 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*" y b) "*toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales*".

En la descripción del apartado a) hay que hacer especial énfasis en el hecho de que se trate de una co*nducta sexualmente explícita, real o simulada*, puesto que en caso de duda no podremos catalogar la imagen como pornografía infantil. Es preciso recordar en este punto que un simple desnudo no tiene por qué tener un simbolismo de naturaleza sexual.

Al referirse al material representado, el precepto exige que sea *de manera visual* de forma que en principio no encajarían en el concepto los relatos eróticos escritos[2] ni los audios que reproduzcan sonidos sugerentes de una escena de pornografía infantil, todo ello sin perjuicio de que esos textos y audios sirvan para contextualizar una imagen aparentemente dudosa o neutra y con ello otorgarle la condición de pornografía infantil.

[2] Que tal vez puedan encontrar encaje penal en el nuevo delito del artículo 189 bis CP (tras LO 8 /2021), tal y como indica DE LA ROSA CORTINA, Jose Miguel en su ponencia sobre este precepto. Portal Web Centro de Estudios Jurídicos 2022.

En cuanto al apartado b), resulta poco acertada la referencia a que deban representarse "*órganos sexuales*". En sentido coloquial o popular, la expresión órganos sexuales va más allá de los genitales o reproductivos, pudiendo incluirse los pechos o las nalgas, puesto que tienen un claro simbolismo sexual en la sociedad. Sin embargo, estas interpretaciones extensivas casan mal con los principios inspiradores del Derecho Penal, por lo que en principio debería quedar excluido del concepto toda parte de la anatomía humana que no sean el pene y la vagina. En cualquier caso, no olvidemos que el material en que aparezcan glúteos o pechos participando de una conducta sexualmente explícita sí encajaría en la definición del apartado a) al que anteriormente nos hemos referido.

Tal y como señala el precepto, no basta con que en la imagen representada aparezcan unos órganos sexuales, sino que es necesario el añadido de que lo hagan *con fines principalmente sexuales*. Esa finalidad tendrá que deducirse de la propia imagen o bien de su contexto, de manera que si tenemos una fotografía de los órganos sexuales de un menor y posteriormente se localizan en poder del productor otros archivos de ese mismo menor pero en posturas corporales abiertamente provocadoras, en ese caso esa imagen inicial ya podría catalogarse -por el conjunto de evidencias obtenidas- como de pornografía infantil. Igualmente, una fotografía en que aparezcan los órganos sexuales de un menor podría pasar por una escena natural o artística que perdería dicha condición si se descubre que el menor había mantenido conversaciones con un adulto y que éste le había dirigido para obtener precisamente esos archivos con la finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso. Por lo tanto, la consideración de pornografía infantil se desprende de la suma interpretativa de imagen más contexto.

Siguiendo con el desarrollo del concepto legal de pornografía, serían sujetos pasivos las personas menores de edad así como las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, cuyo concepto está desarrollado en el párrafo segundo del artículo 25 del Código Penal[3]. Aunque la presente ponencia se va a centrar en la pornografía que tiene como víctimas a las personas menores de edad, no podemos olvidarnos de este segundo colectivo vulnerable por mucho que en ocasiones lo omitamos por razones de economía lingüística y por la escasa incidencia práctica en nuestros tribunales[4].

Resulta llamativo que la pornografía infantil venga referida a menores de 18 años cuando el umbral de la edad de consentimiento sexual en nuestro país es de 16 años, de manera que un joven de 17 años puede legalmente consentir una relación sexual completa pero no puede autorizar que ese mismo acto sexual sea filmado o grabado. Ello se debe sin duda al afán del legislador de proteger a la infancia, considerando que hasta los 18 años no se tiene la suficiente madurez para tomar la decisión de que nuestra sexualidad se incorpore a un archivo informático susceptible de ser reproducido en innumerables ocasiones, algo que podría causar un perjuicio personal, profesional o de cualquier otra índole en un futuro.

---

[3] "*Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente*".

[4] Aunque infrecuente, la STS 287/2022, de 23 de marzo, aborda un supuesto de elaboración de pornografía con personas discapaces.

DE LA ROSA CORTINA[5] señala con acierto que esta misma perspectiva tuitiva del Estado la encontramos en el artículo 4 de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, que establece que los medios de comunicación no podrán publicar ni la imagen, ni el nombre, ni dato personal alguno que permita la identificación de un menor en circunstancias y condiciones que puedan causarle un perjuicio, por mucho que el mismo menor y sus representantes legales expresamente lo hayan autorizado.

2.2. EL CONCEPTO LEGAL DE PORNOGRAFÍA INFANTIL VIRTUAL.

En la era del máximo apogeo y precisión de la tecnología ya resulta de muy difícil distinción una escena en la que aparezcan personas reales, de carne y hueso, de otra creación artificial elaborada por ordenador. Por ello nos podemos encontrar con imágenes o vídeos en los que se representen artificialmente escenas sexuales en las que aparezcan menores de edad, elaboradas a partir de un programa informático pero que se muestren ante el ojo humano como auténticas.

El bien jurídico protegido en este caso sería supraindividual, consistiendo en la dignidad de la infancia, como colectivo, y en evitar la banalización de la sexualidad con menores de edad.

El artículo 189.1. párrafo tercero letra d) del Código Penal define la pornografía virtual como "*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*". Como podemos comprobar, el concepto se asemeja mucho al de pornografía clásica pero introduce el término "*realistas*" de manera que nos encontramos ante imágenes que sin ser reales, lo parecen.

Llama la atención el hecho de que el tipo penal se refiera únicamente a imágenes realistas de menores de edad, omitiendo a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. A la vista del bien jurídico protegido y teniendo en cuenta que nada impide hacer por medio de un ordenador una imagen de naturaleza sexual en la que aparezcan personas con discapacidad, no entendemos el sentido de que la pornografía virtual se límite como sujeto pasivo al colectivo de los menores de edad. Por muy incoherente que parezca, conforme al principio de taxatividad de la norma no es posible hacer una interpretación extensiva a cualquier otro colectivo por mucho que sea igual de vulnerable y la equivalencia aparezca en otros apartados del artículo 189 del Código Penal.

Dentro de la pornografía virtual nos podemos encontrar también con supuestos de la denominada pseudo-pornografía infantil, que hasta la reforma del año 2015 se regulaba en el artículo 189.7 del Código Penal refiriéndose al que "*produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitarle 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*".

Ejemplo paradigmático de pseudo-pornografía infantil serían los fotomontajes en los que mediante un sencillo corta-pega se puede colocar el rostro del menor en otro cuerpo de

[5] DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: "*Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*". Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

forma que aparezca en un contexto sexual. El mero hecho de que este apartado haya desaparecido de nuestra norma no quiere decir que se haya despenalizado la pseudo-pornografía infantil, puesto que en el concepto de pornografía infantil virtual encajarán alguno de los supuestos que anteriormente se regulaban de la citada forma hasta 2015.

Insistiendo en la incomprensible omisión de que el concepto legal de pornografía virtual no se refiera personas con discapacidad, debe observar el lector que el precedente 189.7 del Código Penal se refería tanto a la utilización de menores de edad como de personas con discapacidad, algo mucho más coherente con el bien jurídico protegido.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2015 se encarga de advertir que hay ausencia de antijuricidad material, siempre y cuando esté excluído el riesgo de difusión, en aquellos casos de posesión del productor de la pornografía virtual para uso privado de la misma, siempre y cuando no haya empleo o reutilización de un material pornográfico previo que represente a menores. Estas creaciones, siempre y cuando se queden en el ámbito reservado del productor, no generan peligro para el bien jurídico y con esta interpretación se alcanza un razonable equilibrio con el respeto a las libertades artísticas y creativas.

Igualmente, la doctrina de la Fiscalía señala que la gran mayoría de los cómics tipo "Manga" no cubren el requisito de tipicidad puesto que no se trata de imágenes realistas y es fácil percibir su condición artificial.

2.3 EL CONCEPTO LEGAL DE PORNOGRAFÍA INFANTIL TÉCNICA.

En la industria pornográfica se busca, por una parte, eludir posibles responsabilidades penales sirviéndose de protagonistas mayores de edad pero también satisfacer una creciente demanda de material pedófilo en el que se representen a menores de edad.

Fruto de ello hay una incesante búsqueda de actores y actrices que superen la mayoría de edad pero que presenten rasgos físicos que permitan presentarles como si fueran menores, bien a través de la ropa, el peinado o el contexto relacionado, situándoles en escenas y ambientes habituales en niños y adolescentes (especialmente escolares).

El artículo 189.1. párrafo tercero letra c) del Código Penal define la pornografía técnica como "*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 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes*".

Sobre este precepto hago extensiva la crítica al hecho de que se vuelva a dejar fuera al colectivo de las personas con discapacidad necesitadas especial protección, puesto que nada impide mediante maquillaje, vestimenta o simplemente con imitaciones de sus rasgos y comportamientos característicos, presentar a una persona como si tuviese una discapacidad y dentro de una escena de naturaleza sexual.

Al igual que ocurre con la pornografía virtual o con los delitos de distribución o posesión de pornografía infantil, el bien público protegido en el caso de la pornografía técnica es la salvaguarda de la imagen y la dignidad de la infancia como colectivo. Precisamente por el bien jurídico protegido llama poderosamente la atención la salvedad a la tipicidad de los hechos que encontramos en el propio precepto, de manera que si la persona que parezca ser un

menor resulta tener en realidad 18 años o más en el momento de elaborarse las imágenes, los hechos no encajarían en la conducta típica.

Esta excepción proviene de la libertad que deja la Directiva 2011/93/UE a los estados firmantes para establecer una salvedad en el caso de que los partícipes fueran mayores de edad. Pero si se trata de proteger la dignidad de la infancia como colectivo y evitar que circulen imágenes en las que unos sujetos aparentemente menores de edad participan en conductas sexuales explícitas, precisamente por el impacto y perjuicio causado a un conjunto especialmente vulnerable de nuestra sociedad, no se entiende que para el caso de que los actores sean personas mayores de edad se deje de perseguir esta conducta[6].

De hecho, la mencionada excepción obliga a los órganos judiciales instructores a apurar la investigación para identificar a la persona que aparece en las imágenes. Si resultase ser menor de edad nos encontraríamos ante material pornográfico clásico o común. Si resultase ser mayor de edad, los hechos serían atípicos conforme a la salvedad del precepto. Y si no se le puede identificar pero se le presenta como menor de edad (rasgos físicos, maquillaje, vestimenta, peinado, contexto proporcionado por el audio y los escritos que acompañan a la imagen o por el comportamiento mantenido en la escena) nos encontraríamos, entonces sí, ante pornografía técnica.

Nos recuerda con muy buen criterio la Circular de la FGE que no es aplicable el concepto de pornografía técnica cuando por las imágenes tengamos dudas de si la persona que aparece en las mismas es mayor o menor de edad. Tienen que parecer menores de edad y que por el contexto se les presente como tales. En caso de duda sobre la mayoría de edad de quienes aparecen en las imágenes, siempre y cuando no se les presente como menores, esa inconcreción nos debe llevar -en beneficio del reo- a entender que no es pornografía infantil.

Por último, comentar que este concepto de pornografía técnica sirve tanto para personas reales como personas simuladas, ya que con el estado actual de la tecnología es perfectamente posible proceder al borrado de signos de madurez sexual con un programa informático.

3. CONDUCTAS TÍPICAS BÁSICAS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

Tal y como adelantábamos en la introducción de esta ponencia, el artículo 189 del Código Penal recoge un catálogo de delitos que prevén las diferentes conductas que inciden en la problemática de la pornografía infantil de manera que tanto la elaboración, como la distribución o la mera tenencia o acceso en línea son infracciones penales en nuestra vigente normativa.

Como veremos a continuación, estos tres grandes bloques delictivos (elaboración, distribución y posesión-acceso on line) obedecen a bienes jurídicos distintos lo cual encuentra su reflejo en materia de resolución de concursos, así como a la diferente penalidad de los ilícitos puesto que no todas las conductas revisten la misma gravedad.

---

[6] Esta opinión de que se desnaturaliza el propio contenido de la pornografía técnica con dicha salvedad es coincidente con la expresada por DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola en su obra "*Aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015*". Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº13, enero 2015.

El apartado a) del artículo 189.1 del Código Penal castiga al que "*captare o utilizare a personas menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare de cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas*".

El empleo por el legislador de los verbos típicos "*captar*" o "*utilizar*" nos llevan a la consecuencia de que todas las conductas descritas deben recaer sobre menores concretos, de manera que en las figuras delictivas del apartado a) del artículo 189.1 del Código Penal el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual. A diferencia de la libertad sexual (que parte del ejercicio por un sujeto cuya edad y facultades psíquicas le capaciten legalmente para tomar decisiones sobre su cuerpo), la indemnidad debe ser entendida como una vertiente del libre desarrollo de la personalidad, lo cual supone el derecho del menor a conocer de forma paulatina, espontánea y natural la sexualidad, sin interferencias de adultos ni experiencias traumáticas que marquen o puedan marcar su desarrollo psíquico, tal y como señala la sentencia de la SAP Barcelona 381/2009, entre otras muchas.

Recientemente y expresado de forma nítida, la STS 331/2022, de 31 de marzo expone que "*el bien jurídico protegido no es otro que el derecho del menor a no sufrir injerencias no deseadas en una esfera de la intimidad tan exclusiva de su persona, a no verse, por tanto, inmersa en una acción o escena sin su consentimiento, con posible perjuicio en su indemnidad sexual y en el ejercicio futuro de su libertad en este aspecto de su intimidad. Debe señalarse que el precepto, el artículo 185 del Código Penal, en contra de lo que ocurría con sus precedentes legislativos, no trata ya de proteger la decencia pública, el pudor, como concepto general, sino que actualmente tiende a proteger a la infancia, pues, tratándose de personas cuya personalidad se encuentra aún en formación, la contemplación o la realización de actos de elevada proyección sexual -masturbación en presencia de las menores- puede serles tremendamente perjudicial, incluso traumático, en su desarrollo evolutivo, dado que no cuentan con móviles de desarrollo, habilidades psicológicas o madurez adecuada para manejar la situación o cuadro sensorial que determinada realidad les impone, es decir, para establecer, sin perjuicio propio y en su justa medida, el alcance y significado de su contexto determinado en que se ven inmersos.*

Se protege al menor, por ello, de una descarga cognitiva que evolutivamente no puede asimilar, pues aunque, ciertamente, para personas mayores de edad, aunque no tengan por qué soportar estos excesos, los actos de referencia pueden resultar indiferentes incluso patéticos, cuando de unas menores de edad se trata se pone en juego su equilibrio psíquico, sus parámetros valorativos y en suma, su adecuado desarrollo y maduración personal."

Precisamente porque el bien jurídico protegido es personalísimo e individual nos encontramos, en concurso real, con tantos delitos como menores hayan sido usados para elaborar pornografía o para participar en un espectáculo exhibicionista o pornográfico. Así lo señala la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006 así como numerosas resoluciones judiciales de entre las que son representativas las sentencias del Tribunal Supremo 264/2012 y 803/2010.

Dentro de las conductas descritas en el artículo 189.1 a) del Código Penal, podemos subdistinguir por una parte la captación o utilización de menores o personas con discapacidad para espectáculos exhibicionistas o pornográficos de la captación o utilización para elaborar con ellos pornografía. Por último, habría un tercer bloque relativo a la financiación o lucro de cualquiera de estas actividades.

Por *captar* debemos entender cualquier acción encaminada a seleccionar y convencer al menor para que participe en la conducta prohibida, ejerciendo un contacto persuasivo sobre la víctima. La fase de captación es anterior a la de utilización, por lo que el legislador amplía la tipicidad hasta abarcar actos meramente preparatorios, tal y como señala MUÑOZ CONDE[7].

Si además de una presión psicológica se le ofreciera al menor dinero o dádivas para vencer su resistencia, entiendo que los hechos encajarían también en un delito de prostitución infantil (art.188 CP) a resolver a igualdad de especificidades en favor de la conducta que tenga una penalidad más grave (8.4 del CP)[8].

El verbo *utilizar* sugiere que la conducta recaiga sobre menores reales y concretos, equivaliendo a usar o emplear al menor con dichos fines, lo cual es compatible tanto con el desarrollo de los hechos en el ámbito privado -comprendiéndose la exhibición sólo para el sujeto activo del delito- como para la realización de reportajes cuyo destino ulterior sea la cesión o transmisión a terceros, con independencia del número de personas destinatarias[9].

Por financiar[10] debemos entender cualquier tipo de inyección económica relevante que permita o explique el desarrollo de la actividad, tanto con la aportación de dinero como de medios materiales (pagando actores, cediendo local etc.). Aunque el verbo típico sea "*financiar*", a secas, considero que por razones de proporcionalidad debe matizarse en el sentido de que la aportación sea determinante, con un relevante dominio del hecho.

Precisamente la relevancia de la financiación es lo que nos impide entender que la mera adquisición de una entrada para presenciar un espectáculo de esta naturaleza encaje en la conducta típica, de forma que para estos supuestos queda reservada la figura atenuada del artículo 189.4 del Código Penal, relativa a quienes asistan a espectáculos exhibicionistas o pornográficos a sabiendas de que participan menores.

Finalmente, por obtención de lucro debemos entender cualquier tipo de remuneración económica o ganancia en especie.

3.1. CAPTAR O UTILIZAR CON FINES O EN ESPECTÁCULOS EXHIBICIONISTAS O PORNOGRÁFICOS.

Aunque nuestro Código Penal no define lo que debemos considerar por espectáculo, la Directiva 2011/93 se refiere a dicho concepto como "*la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las nuevas tecnologías, de un menor participando en una*

---

7 MUÑOZ CONDE, Francisco. "*Derecho Penal. Parte Especial*". Valencia. Tirant lo Blanch, 2013.

8 PILLADO QUINTAS, Víctor se decanta sin embargo por la aplicación preferente del art. 189. 1 a) CP, al que considera más especial en su ponencia "*Pornografía infantil: regulación de estos delitos en el Código Penal. Dificultades en su investigación*", consultada en Portal CEJ 2015.

9 STS 1632/2000, ponente Juan Saavedra Ruíz y STS 1143/2011, ponente Manuel Marchena Gómez. Resoluciones citadas por Felipe Bauer Bronsgtrup en su proyecto de investigación "*Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno Derecho Penal*". Sevilla, 2015.

10 Conducta de la que el legislador podría haber prescindido, salvo que se quisiera excluir la posibilidad de que se interpretase como complicidad .

conducta sexualmente explícita real o simulada, o de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales".

Por lo tanto debemos considerar que el espectáculo puede desarrollarse bien en su modalidad presencial (por ejemplo en un teatro o local) bien online -será hoy en día lo más frecuente- a través de una webcam. Igualmente el espectáculo puede ser tanto público como privado (con asistencia restringida) y con la doble posibilidad de gratuidad para los asistentes o con la exigencia del previo pago de una entrada.

Lo que genera más dudas es que el propio precepto se refiere tanto los espectáculos *pornográficos* como *exhibicionistas*. El primer concepto viene definido legalmente pero ¿qué entendemos por espectáculo exhibicionista? Aunque en muchas ocasiones será irrelevante porque la conducta encajará en ambos términos, consideramos necesario trazar las fronteras de los mismos, que más allá de la mera semántica necesitan de una interpretación jurídica.

La STS 331/2022, de 31 de marzo, juzgando un supuesto de exhibicionismo ante menores de edad (art. 185 CP, adulto que se masturba ante una menor) acude a la definición del DRAE de esta práctica consistente en "*perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales*". Según el Diccionario, pornografía es aquella "*obra literaria o artística de carácter obsceno*" (es decir, impúdico, torpe, ofensivo al pudor) y erotismo consistiría en el "*carácter de lo que excita el amor sensua*l".

A nivel doctrinal, siguiendo a CARMONA SALGADO[11], podríamos entender por espectáculos exhibicionistas aquellos en los que se muestran los cuerpos de los menores, total o parcialmente desnudos, sin necesidad de participar en prácticas sexuales. MORALES PRATS considera que deben incluirse los actos obscenos que incorporen conductas de contenido lúbrico como la exhibición de los genitales o la práctica de masturbación[12]. ESCOBAR JIMÉNEZ, apunta que para calificar un material de exhibicionista no llega a ser necesario que el menor o incapaz muestre sus órganos sexuales o aquellas partes de su cuerpo susceptibles de provocar una reacción sexual[13].

Desde mi punto de vista, el concepto de exhibicionismo puede incluir tanto la muestra de los cuerpos desnudos -siempre con las connotaciones lascivas que exige la jurisprudencia- como algunos supuestos en que el "modelo" aparezca en ropa interior, bailando sensualmente o desvistiéndose, cuando el mensaje que se trate de transmitir sea inequívocamente sexual.

Igualmente, si haciendo una interpretación estricta dejamos fuera del concepto "*órganos sexuales*" a los pechos y los glúteos, su muestra o representación podría encontrar encaje penal a través de la captación con fines o uso en espectáculos exhibicionistas.

Centrándonos en la conducta relacionada con la implicación de menores en espectáculos de esta naturaleza, la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado aclara que para la concurrencia del tipo penal es necesario que el menor tenga una participación activa y directa

---

11 CARMONA SALGADO, C, en COBO DEL ROSAL, M. *Compendio de Derecho Penal*, 2004.

12 MORALES PRATS, F. "*El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet*". Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal nº8. Navarra, 2002.

13 ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael. "*Análisis de los delitos de pornografía infantil (comentarios, jurisprudencia y reforma venidera)".* Portal Web CEJ, 2014.

en el espectáculo, quedando extramuros del Derecho Penal cuando desempeñan funciones subalternas como la mera venta de entradas o el servicio de consumiciones a los asistentes del espectáculo.

El espectáculo puede ser tanto público como privado pero señala la Circular de la Fiscalía que 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". De esta interpretación discrepan autores como Luis M. Uriarte Valiente[14] puesto que considera que la acción para el sujeto pasivo es la misma con independencia de que se ejecute ante una única persona como varias.

En cualquier caso, a efectos de persecución de la conducta, consideramos irrelevante el debate puesto que la mera exhibición del cuerpo desnudo de un menor de edad (p.ej mediante una webcam ante un solo espectador) encajaría en la conducta típica de "*captar o utilizar con fines exhibicionistas o pornográficos*", aunque no constituya la modalidad de hacerlo en un espectáculo.

Como subtipo atenuado, el artículo 189.4 del Código Penal establece que "*el que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en el 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*".

Esta modalidad delictiva, introducida por la reforma LO 1/2015, necesariamente ha de ser dolosa, abarcando el conocimiento de la participación de menores o personas con discapacidad en el espectáculo, al no existir una modalidad imprudente y por el uso inequívoco de la expresión "a sabiendas".

¿Cómo se puede demostrar que el asistente conocía de la participación de estos colectivos vulnerables en el espectáculo? Sin duda lo más habitual será acreditar el dolo a través de prueba indiciaria, por ejemplo si el cartel que anunciaba el espectáculo o la entrada ya contenía dicha información. Igualmente entendemos que puede haber dolo sobrevenido si la persona que acude al espectáculo desconocía de la participación de menores o personas con discapacidad pero al comprobar que aparecían en el escenario o detrás de la cámara optan por permanecer en el local o con el visionado online del espectáculo.

Tal y como hemos comentado con anterioridad, basta para colmar el tipo delictivo la asistencia al espectáculo con independencia de si es gratuito o de pago, sin que el abono de una entrada equivalga a la financiación, la cual se castiga con una pena muy superior en el artículo 189.1 apartado a) del Código Penal.

Finalmente, la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado nos indica que si en el espectáculo los menores partícipes superan los 16 años sigue existiendo delito, pero insta a los integrantes del Ministerio Público a que traten de moderar las penas en estos casos por ser menor la lesión del bien jurídico protegido.

3.2 CAPTAR O UTILIZAR PARA ELABORAR PORNOGRAFÍA INFANTIL.

[14] URIARTE VALIENTE, Luis M. "*Delitos de pornografía infantil: Regulación actual y perspectivas de futuro*". Portal Web del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

Dentro del apartado a) del artículo 189.1 del Código Penal, nos corresponde ahora analizar el siguiente inciso: "*El que captare o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección… para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte*".

En primer lugar debemos interpretar lo que debe considerarse "*elaborar*". En una aproximación inicial debemos equiparar "*elaborar*" a la confección, filmación, grabación o captación encaminada a registrar la imagen en cualquier tipo de soporte.

La sentencia del Tribunal Supremo 966/2021, de 10 de diciembre, establece que la remisión de archivos pornográficos por parte del menor a requerimiento y siguiendo las indicaciones de un adulto es también elaborar. Por lo tanto, las autograbaciones del menor, siempre y cuando sean dirigidas y no espontáneas, estando encaminadas a registrar su sexualidad en un soporte que permita su reproducción en sucesivas ocasiones en un futuro, encajan también en el concepto de elaboración de pornografía infantil.

Igualmente, basta la mera grabación de las imágenes con un teléfono móvil para considerar que se ha ejecutado el verbo típico de elaborar, sin necesidad de que sea necesario un posterior acto de edición o manipulación del material previamente captado.

A esta conclusión llega la sentencia del Tribunal Supremo 987/2021, de 15 de diciembre, en la que se confirma esta interpretación del TSJ de Cataluña que había rectificado la previa y discrepante valoración de la Audiencia Provincial de Barcelona. En el supuesto de hecho, unos chicos se habían reunido con una menor en una masía apartada y allí la habían sometido a todo tipo de actos de naturaleza sexual, grabando directamente con sus teléfonos móviles alguna de las secuencias. Además de la condena por agresión sexual, puesto que el tribunal consideró que había intimidación ambiental, la Audiencia Provincial de Barcelona falló que esa filmación encajaba en los delitos contra la intimidad y no en el concepto de elaboración de pornografía infantil. En su opinión era necesario que hubiera un acto posterior de tratamiento de esas imágenes grabadas por teléfono móvil. Ese punto de vista, no compartido por la Fiscalía y atacado a través del correspondiente recurso de apelación, fue corregido por el TSJ de Cataluña y finalmente por nuestro Alto tribunal.

Señala la Circular de la Fiscalía General del Estado -siguiendo la doctrina emanada de la STS 947/2009- que si la misma persona que ha elaborado la pornografía infantil luego la distribuye, no nos encontramos ante dos infracciones distintas sino que la distribución supone la fase de agotamiento del primer delito.

Precisando la conclusión de la Fiscalía, debemos hacer dos salvedades en las que sí se puede defender que nos encontramos ante sendas infracciones en concurso real. En primer lugar cuando no coincidan material elaborado con material distribuido, es decir, que los menores que aparezcan en el material confeccionado no sean los del puesto a disposición de terceras personas. Del tratamiento de este supuesto se ocupan las sentencias del Tribunal Supremo 795/2009 y 342/20213, de 28 de mayo y de 17 de abril respectivamente.

Igualmente, debemos considerar el supuesto de que se traten dos acciones muy distanciadas en el tiempo. Supongamos el transcurso de varios años entre elaboración y distribución de un mismo material, en cuyo caso difícilmente podemos entender que nos encontremos en la fase de agotamiento del primer delito. Ya estaríamos hablando de acciones claramente diferenciadas, con impacto separado en los sujetos pasivos del delito y nueva lesión del bien jurídico protegido. No se trata de una elaboración como preparación o con

finalidad de distribución, sino de dos dolos estancos, nacidos y ejecutados en momentos distintos.

Siendo uno de los elementos fundamentales de la pornografía infantil que la víctima sea menor de edad, el dolo debe comprender el conocimiento de dicha circunstancia, pudiendo plantearse situaciones de error de tipo. Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo 342/2013 y 25/2022 nos señalan que debemos valorar la concurrencia del llamado *dolo de indiferencia*, modalidad del dolo eventual para los supuestos en los que el autor sospecha que la persona que va a participar en la escena pornográfica puede ser menor de edad y, a pesar de ello y colocándose en situación de ignorancia deliberada, decide ejecutar el hecho sin realizar sencillas comprobaciones que le permitirían salir de la duda (por ejemplo, solicitándole documentación para comprobar su fecha de nacimiento).

Señala también la Circular de la Fiscalía que en esta figura penal caben las formas imperfectas de ejecución. Sin embargo, considero que en algunos supuestos y por su configuración nos encontramos ante delitos de resultado cortado. Así, cuando se produzca la acción típica de *captación con finalidad de uso pornográfico o exhibicionista*, bastaría completar dicho acto -captar más propósito específico- para consumar la infracción, aunque finalmente el resultado pretendido no se produzca (o el mismo acontezca cuando la víctima ya ha cumplido la mayoría de edad).

También debe puntualizarse que, en el supuesto específico de captaciones de menores de 16 años a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación en los que no logre su propósito el sujeto activo, será de aplicación la figura penal del embaucamiento prevista en el artículo 183 ter CP, que en definitiva regula como un delito autónomo lo que de otra forma sería una tentativa o acto preparatorio de elaborar pornografía infantil.

Si se elaboran varias escenas en unidad de acto nos encontraríamos ante un solo delito, tal y como concluye la sentencia del Tribunal Supremo 947/2009. Sin embargo, se plantean serias dudas en aquellos supuestos en los que en días sucesivos el adulto va elaborando diferente material pornográfico con un mismo menor. ¿Es posible aplicar la figura de la continuidad delictiva?

Se trata de una cuestión muy compleja que daría sobradamente para una ponencia específica[15], pero resumidamente podemos concluir que el Tribunal Supremo la aplica de forma muy restrictiva y para aquellos supuestos en los que se va utilizando al menor a lo largo de varias etapas educativas y de formación psicológica, de forma que el impacto que tiene sobre el desarrollo de la personalidad del menor es diferente a la mera reiteración en días sucesivos del mismo tipo de conductas consistentes en la grabación del menor en un contexto sexual.

Al respecto, son especialmente ilustrativas las conclusiones alcanzadas en las jornadas de Fiscales especialistas de delitos informáticos del año 2021, en las que se cita la STS 395/2021, de 6 de mayo. Esta resolución concluye que "*la reiteración de la conducta de abuso puede también potenciar el injusto en algunas ocasiones"*. Es por ello que la Sala

15 Recomiendo al respecto la lectura de "*Presupuestos para la aplicación de la continuidad delictiva en los delitos de elaboración de pornografía infantil*". FARRERO RUA, Ana Belén. Portal Web Centro de Estudios Jurídicos 2022.

entiende que "*el delito continuado es predicable en todos aquellos supuestos en los que la repetición de la acción presenta una entidad autónoma y claramente diferenciada, de modo que la conducta nuevamente desplegada introduce la capacidad de tallar el comportamiento futuro del menor de manera profunda y significativamente superior a como lo hubieran hecho las prácticas anteriores*".

Por lo tanto, cabe la apreciación del delito continuado, si bien "*ha de exigirse un plus que debe ser valorado con criterios restrictivos en cada caso concreto. De tal forma que, solo cuando la reiteración de actos homogéneos ofrezca una antijuridicidad que resienta el bien jurídico de manera sustancialmente diferenciada a la que resultaría de cada acto individualmente considerado, puede apreciarse la existencia de una continuidad delictiva del artículo 74 del Código Penal*"**.**

Cuando la relación sexual grabada se produzca entre un adulto con un menor de entre 16 y 18 años, ambos pueden consentir libremente la acción carnal pero técnicamente se estaría elaborando pornografía infantil puesto que incluso en dicha franja de edad el menor de edad no puede autorizar que se registre en soporte audiovisual la escena sexual. Además, recordemos que no hay una figura equivalente a la llamada "*cláusula Romeo y Julieta*" del artículo 183 quater del Código Penal para los supuestos de elaboración de pornografía, cuando las personas participantes sean próximas en edad y madurez.

Por ello, con buen criterio, la doctrina de la Fiscalía General del Estado nos indica que siempre y cuando haya consentimiento del menor de más de 16 años de edad y sin riesgo de difusión, debemos considerar que hay ausencia de antijuricidad material.

El problema se plantea cuando finaliza la relación de noviazgo y ese material pornográfico en el que participaba un menor de entre 16 y 18 años es difundido. ¿Nos encontraríamos entonces ante un sexting del artículo 197.7 del Código Penal o tal vez ante una distribución de pornografía infantil del apartado b) del artículo 189.1 del Código Penal?

Esta cuestión, no resuelta por nuestra Circular, es abordada por la sentencia del Tribunal Supremo 37/2021 de 21 de enero. Si bien se trata de una resolución aislada y debemos esperar a futuras resoluciones para considerar consolidado un criterio jurisprudencial, trata un supuesto en el que -en contexto de noviazgo- una menor de edad se graba y remite a su pareja mayor de edad fotografías y archivos de vídeo en los que aparece desnuda, masturbándose e introduciéndose objetos en la vagina. Una vez ha cesado la relación, el chico se encuentra con unos amigos que al decirle "ya nos hemos enterado de que te has peleado con tu novia" provocan en este la reacción de mostrarles uno de aquellos videos antiguos que la menor le había remitido voluntariamente, con la finalidad de demostrarles que esa información no era cierta.

La Audiencia Provincial de Cáceres consideró que esa acción de exhibición encajaba en la distribución de pornografía infantil y condenó conforme al artículo 189.1 b) del Código Penal. Sin embargo, en la citada resolución judicial de 21 de enero de 2021, el Tribunal Supremo casa la sentencia y califica los hechos como un delito contra la intimidad del artículo 197.7 del Código Penal. En concreto, razona el alto tribunal que en este supuesto los hechos enjuiciados parecen encajar mejor en la figura del sexting puesto que la menor -en un contexto de confianza- le había remitido voluntariamente esos archivos y su novio la había traicionado exhibiéndolos de forma puntual a terceros, tratándose de un pueblo de pequeñas dimensiones en que todas las personas se conocen y donde el bien jurídico de la privacidad tiene especial relevancia.

Sin embargo hay un dato relevante que hemos reservado para el final y es que la menor en cuestión tenía 15 años por lo que no sería aplicable la conclusión de nuestra Circular 2/2015 relativa a los supuestos de ausencia de antijuricidad material. Por lo tanto, o bien el Tribunal Supremo no ha reparado en este dato esencial o bien no comparte el criterio de la Fiscalía General.

En cualquier caso, tratándose de una resolución aislada y de un supuesto que sin duda llegará de nuevo al Tribunal Supremo, habrá que estar a futuros pronunciamientos antes de alcanzar a una conclusión pacífica a la que nos debamos ajustar.

3.3. CONCURSOS DE NORMAS Y CONCURSOS DE DELITOS.

Son varios los supuestos de concursos de leyes y delictivos que pueden producirse en relación con la elaboración de pornografía infantil. Ya vimos con anterioridad el concurso de leyes con los delitos de prostitución infantil, cuando se captan y reclutan menores a través de pagos o cualquier tipo de remuneración.

También se darán situaciones concursales con el llamado "*child grooming*", figura penal recogida en el artículo 183 ter del Código Penal. Debido a la tortuosa redacción de dicho precepto y por no alargar excesivamente esta ponencia, nos limitaremos a mencionar sintéticamente dos cuestiones sobre el tratamiento concursal cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su indemnidad sexual:

1) El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del día 8-1-2017 establece que "*el delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189".*

2) El art. 183 ter 2º, a diferencia del ter 1º, no contiene cláusula concursal ad hoc ("s*in perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos*"). Y el art. 183 ter 2º no deja de ser un acto preparatorio que decide penar el legislador respecto de un delito de elaboración de pornografía de menores del art. 189 CP. Así, si el autor del embaucamiento recibe el material pornográfico ya no será de aplicación el 183 ter 2º sino el 189 por el principio de consunción del art. 8.3 CP**.**

Desgraciadamente, será frecuente que la elaboración de pornografía infantil concurra con agresiones o abusos sexuales. Al respecto, la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006 señala que nos encontraremos ante un concurso real, debiendo castigarse las infracciones por separado. Sin embargo, partiendo de la sentencia del Tribunal Supremo 116/2019, en la reunión de Fiscales especialistas de delitos informáticos del año 2020 se alcanzó la conclusión de que debemos valorar la concurrencia del concurso ideal distinguiendo las diferentes posibilidades que se pueden ofrecer.

Así, no es lo mismo que se abuse de un menor y a continuación se aproveche la situación para hacerle fotografías o vídeos de naturaleza sexual, en cuyo caso estaríamos claramente ante dos acciones diferenciadas y por lo tanto ante un concurso real, que el supuesto de hecho en que se coloca una cámara fija para grabar precisamente el acto sexual que se va ejecutar con el infante o adolescente, puesto que en este caso habría un solo hecho con dos resultados delictivos y por lo tanto la figura aplicable sería el concurso ideal.

Aunque también daría para ponencia individualizada, no podemos dejar de señalar -siguiendo la STS 437/2021 de 26 de mayo, entre otras- la posibilidad de que se produzcan

agresiones sexuales online de forma que se conmine a través de la intimidación, en un entorno digital y sin contacto físico entre el agresor y víctima, a que el sujeto pasivo realice actos sexuales sobre su propio cuerpo.

Por último se plantea un serio problema en los supuestos de las grabaciones subrepticias de actos de naturaleza sexual en los que participen menores de edad, de manera que no sean conscientes de que se está produciendo una filmación. Imaginemos el supuesto en el que dos menores de 17 años se citan en un hotel para mantener relaciones sexuales y alguien que tiene la información decide colocar una cámara oculta que registre todo lo acontecido en ese ámbito de privacidad ¿En ese caso estaríamos ante un delito contra la intimidad o un delito de elaboración de pornografía infantil?

Según la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, al no percibir los menores que están siendo grabados no quedaría afectada su indemnidad sexual. En la misma línea, considera la sentencia del Tribunal Supremo 459/2015 que el bien jurídico afectado es exclusivamente la intimidad.

Sin embargo, en la reunión del año 2018 de Fiscales especialistas sobre delitos informáticos, analizando las sentencias del Tribunal Supremo 988/2016 y 23/2017 (relativas a grabaciones a niños dormidos, que por lo tanto no eran conscientes de lo que estaba aconteciendo) se alcanzó la conclusión de que en estos casos no solamente resulta afectada la intimidad sino también de indemnidad sexual de los menores. Hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una finalidad expresa de recoger actos de contenido sexual, creando material apto para ser reproducido indefinidamente y en el que aparecen menores cosificados y sometidos a comportamientos lúbricos.

Personalmente considero que estos supuestos de hecho deben tratarse como un concurso de leyes a resolver conforme al artículo 8.4 del Código Penal (alternatividad) puesto que se trata de dos preceptos en igualdad de especialidad y por lo tanto debemos acudir al criterio de la mayor pena imponible.

3.4 DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

Dispone el artículo 189.1 b) lo siguiente: "*el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitarle la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido*".

Todos estos verbos típicos -que describen resumidamente la actividad de distribución- se refieren a conductas que operan sobre material pornográfico previamente elaborado, de manera que el bien jurídico protegido sería supraindividual, relativo a la protección de la dignidad sexual de los menores como colectivo.

Precisamente por el bien jurídico protegido y a diferencia de lo que ocurre en la elaboración de material pornográfico (ataques individuales a la indemnidad sexual de los menores y por lo tanto concurso real con tantos delitos como víctimas utilizadas), nos encontraremos con un único delito aunque se comparta material en el que aparezcan varios menores. Así lo establece la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006 y las sentencias del Tribunal Supremo 785/2008 y 929/2008 entre otras muchas.

En cuanto a las acciones típicas, señala la Consulta de la Fiscalía que "*produjere*" debe interpretarse respecto a material previamente elaborado. "*Vendiere*" equivale a entregar a cambio de precio; "*exhibiere*" supone enseñar (p.ej a través de una web), bastando la mera muestra a terceros de las imágenes; "*ofrecer*" equivale a brindar o proponer y luego el tipo penal hace referencia a "*facilitar*" tanto la producción como la venta, la difusión o la exhibición, agotando prácticamente todas posibilidades en relación con esta modalidad delictiva. Es por lo tanto difícil concebir la complicidad cuando ya se tipifican como autoría meras conductas habitualmente interpretadas como indirectas o periféricas, de acompañamiento o auxilio a quienes ejecuten las acciones más relevantes[16].

Me detendré un momento en los otros dos verbos típicos que sin duda son los más relevantes a efectos prácticos: la distribución y la posesión para estos fines. En cuanto a la distribución, debemos entenderla referida a cualquier forma de compartir o poner a disposición de terceros en sus diferentes modalidades como pueda ser una publicación en redes sociales, la creación de un grupo de WhatsApp o Telegram para intercambiar los archivos, el envío directo a través de correo electrónico, nubes de almacenamiento con contraseña compartida, etc.

Mención aparte merecen las famosas redes P2P (Red *peer-to-peer*, red de pares o red entre iguales). Se trata de programas -siendo los que gozan de mayor popularidad Emule o Ares- específicamente confeccionados para compartir archivos entre numerosos usuarios interconectados[17]. Expone la Consulta 3/2006 FGE que, aunque no se envíen directamente los archivos a otro usuario, a través de las redes P2P se ponen a disposición de terceros, conducta que encajaría en la descrita en el artículo 189.1 b) CP.

Sin embargo, el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo celebrado el 27 de octubre de 2009 indica que el elemento subjetivo "*deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descarga de los archivos*". Efectivamente, para un usuario inexperto es posible que exista desconocimiento de que conforme se está descargando un archivo a la carpeta configurada por el sistema, de forma automática lo está poniendo a disposición de terceras personas. En definitiva, hay que acreditar el conocimiento del contenido descargado (y compartido) y el dolo de difusión (ser consciente de la forma de funcionar del programa informático usado).

Por lo tanto, a efectos de apuntalar la figura típica de la distribución, es preciso valorar las circunstancias concurrentes en cada caso como los conocimientos informáticos del investigado, el tiempo que llevaba usando el programa, los criterios de búsqueda directamente relacionados con la pornografía infantil, etc. Al respecto, nos parece muy ilustrativa la STS 53/2021, de 29 de diciembre, en que se consideró acreditado el dolo puesto que el usuario compartió a través de la red P2P más de 6000 archivos, estando completamente familiarizado

---

16 Por ejemplo, la conducta de quien simplemente proporcione soporte tecnológico (p.ej proveedores o prestadores de servicios de Internet o cesión de la web donde se realizará la distribución de pornografía) encontraría acomodo en el verbo "facilitar".

17 GUARDIOLA GARCÍA, Javier en su ponencia "*Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución*" (Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194), define estas redes como aquellas en las que todos los participantes son servidores y sus archivos conforman una enorme base de datos global accesible a todos los conectados a la red, pudiendo descargarlos en su ordenador y, a su vez, compartir con los demás.

con el programa -debido al tiempo transcurrido desde la instalación y su constante uso- y por tener los archivos un nombre explícito conectado con la pedofilia, razonando además el alto tribunal que tampoco hace falta una cualificación especial para conocer el funcionamiento de estas redes, aunque no se debe caer en presunciones absolutas ni automatismos.

En cuanto a la posesión para distribución, debemos distinguirla de la mera posesión con fines de autoconsumo que regula el artículo 189.5 del Código Penal. No es cuestión baladí: la posesión para distribución en su tipo básico tiene una penalidad de uno a cinco años de prisión y sin embargo la tenencia para el propio uso prevé una penalidad alternativa de multa o prisión que no supera el año, de ahí que sea importante distinguir ambas conductas delictivas.

En materia de delitos contra la salud pública contamos con criterios orientativos, de manera que para cada sustancia tóxica se establece una dosis de consumo diario que multiplicada por 5 nos lleva a la cantidad a partir de la cual se entiende preordenada al tráfico, y multiplicada por 500 a la consideración de cantidad de notoria importancia.

Sin embargo, no disponemos de datos equivalentes en relación con la pornografía infantil con lo cual habrá que deducir que la posesión estaba destinada a un posterior tráfico en base a las circunstancias concurrentes en cada caso particular. Por ejemplo, podemos atenernos al número de archivos de pornografía infantil poseídos, a la forma de almacenamiento, a la intervención de libretas con anotaciones que sugieran intercambios o la participación por parte del sujeto en chats de los específicamente destinados a organizar el envío y distribución de material pedófilo.

3.5 POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

Introducida en nuestro Código Penal con la reforma del año 2003, el delito de posesión de pornografía infantil es controvertido y muy discutido tanto a nivel doctrinal[18], como incluso jurisprudencial[19].

Por una parte se cuestiona que el Derecho Penal tenga que entrar -a modo de escarnio público de una determinada desviación sexual- a castigar conductas que difícilmente lesionan el bien jurídico protegido o que lo ponen en peligro de una forma muy remota e hipotética. Sin embargo, son al menos tres las razones que justificarían la inclusión de esta figura delictiva en nuestro Código Penal, además de las recomendaciones internacionales que regulan esta materia: en primer lugar por razones prácticas, puesto que si se ataca el consumo también se está causando un perjuicio indirecto -poniéndole obstáculos- a la oferta; en segundo lugar porque con el consumo de pornografía infantil se perpetúan imágenes de explotación sexual de forma que hay una lesión a ese bien jurídico protegido colectivo y relativo a la dignidad sexual de la infancia al que hemos aludido con anterioridad; finalmente, hay estudios que concluyen que el consumo de pornografía infantil incrementa o genera ex

[18] De entre muchísima literatura jurídica, podemos destacar el compendio doctrinal que aparece en la tesis de MORENO ACEVEDO, Rosario, sobre "*Los delitos de Pornografía infantil*", Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2021.

[19] Sirvan como muestra las afirmaciones de la STS 913/2006: "*la satisfacción de un placer solitario se convierte en delito*", "*se utiliza un Derecho Penal en que la culpabilidad es más moral que jurídica*" o "*de lo que se trata con esta política criminal es recriminar al sujeto y someterlo a la vergüenza pública*".

novo un deseo sexual hacia menores de edad, pudiendo despertarse fantasías con el riesgo de que se quieran llevar a la realidad con menores concretos, de forma que se les protegería de estos hipotéticos ataques adelantando las barreras de protección[20].

Polémicas aparte y bajando al suelo del derecho positivo, el artículo 189.5 del Código Penal castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años 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*".

Lógicamente, entre la posesión de pornografía infantil y su distribución hay una relación de subsidiariedad puesto que es imposible el envío o puesta a disposición de terceros sin poseer previamente dicho material (STS 1377/2011). El mismo argumento es de aplicación a la concurrencia inevitable de elaboración y posesión: el creador del material se convierte automáticamente en poseedor primario del mismo.

Anteriormente ya hemos explicado las pautas que razonablemente deberíamos seguir para distinguir la posesión para autoconsumo de la posesión para distribución, teniendo siempre como criterio final el hecho de que en caso de duda debemos optar por lo más favorable para el reo, que a efectos penológicos sería el 189.5 CP.

Dentro del delito de posesión de pornografía debemos incluir la virtual y la técnica y por supuesto el dolo debe abarcar el conocimiento del contenido poseído, de forma que los supuestos de tenencia breve y esporádica o descarga accidental[21] de material pornográfico infantil no deberían ser perseguidos penalmente (STS 373/2011).

Por último, aprovechamos este epígrafe para destacar que no encuentran acomodo en los subtipos agravados del artículo 189.2 del Código Penal a los supuestos de mera posesión puesto que dicho apartado se remite expresamente a las conductas del 189.1 del Código Penal. Por lo tanto, los subtipos agravados serán de aplicación a todos los supuestos de elaboración de pornografía infantil (bien protegido individual) y también a aquellos de distribución en que sea compatible con el bien jurídico colectivo que protege.

3.6 ACCESO ONLINE A PORNOGRAFÍA INFANTIL.

Si ya era polémico sancionar penalmente la mera posesión de pornografía para el consumo propio, todavía lo es más la novedad introducida por la reforma LO 1/2015 que castiga en el artículo 189.5.2º del Código con la misma pena "*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*".

Poniendo la lupa sobre el precepto, debemos destacar que el acceso se tiene que producir "*por medio de las tecnologías de la información y la comunicación"*. El desvalor de

---

20 Se trata en definitiva de una reacción penal contra el potencial estímulo de la explotación sexual de los niños que estas conductas implican, tal y como señala URIARTE VALIENTE, Luis M. Ponencia Portal Web CEJ "*Pornografía infantil: regulación actual y perspectivas de futuro*".

21 Suele ser criterio de las FFCCEE en sus ciberpatrullajes no iniciar diligencias penales frente a usuarios que se han descargado cantidades insignificantes de archivos ilícitos, precisamente por la posibilidad de que se trate de situaciones accidentales y no buscadas.

la conducta es cuanto menos equiparable a los supuestos de acceso a la pornografía infantil "impresa" -por ejemplo ojeando una revista en papel- puesto que debe considerarse el impacto sobre la infancia que tiene su exposición en los "mass media" por el potencial número de personas que pueden ver los archivos, la cantidad acumulada de los mismos y su sencilla accesibilidad.

El acceso, en definitiva, no deja de ser una "modalidad digital de posesión", por mucho que sea fugaz y online. Es lógico y coherente que se castiguen, con igual pena, ambos comportamientos.

En el caso de la posesión de pornografía infantil normalmente encontraremos (con motivo de la entrada y registro) archivos pedófilos en carpetas alojadas en ordenador, en discos duros externos, pendrives o CDs, pero en los supuestos de simple acceso el sujeto activo no se descarga el material sino que procede a un simple visionado online o en streaming. Por lo tanto, las acusaciones tendrán la carga probatoria de que ha habido un acceso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación y que además se produjo de forma intencional y no fortuita.

Esto se deducirá con nitidez en los supuestos en los que dicho acceso se haya producido de forma recurrente, o cuando se hayan introducido en el motor de búsqueda términos sugerentes de pornografía infantil (lolita, teen, etc) o por el hecho de que se haya optado por un servicio de pago, teniendo incluso las credenciales, contraseñas y datos de la tarjeta de crédito introducidos y grabados en el sistema o anotados en una libreta intervenida en la vivienda del investigado.

Para terminar con este apartado, al igual que ocurre con la posesión de pornografía infantil, debemos recordar que también es delictivo el mero acceso a pornografía técnica o virtual.

4. SUBTIPOS AGRAVADOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

El artículo 189.2 del Código Penal, que ha sido objeto de reforma por la ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, regula una serie subtipos agravados respecto de las conductas previstas en artículo 189.1 del Código Penal, de manera que no son aplicables a los supuestos de mera posesión o acceso a material pornográfico infantil del apartado 5 del mismo artículo.

La pena en abstracto para los tipos básicos de elaboración y distribución de pornografía infantil va de uno a cinco años de prisión, reproche penal que se eleva considerablemente con los subtipos agravados (desde cinco y hasta nueve años de prisión). Por ello, es especialmente necesario que el dolo abarque al conocimiento de que se está operando sobre material pornográfico cualificado, de manera que quede justificado ese plus de antijuricidad y el añadido reproche penal, obligando a las acusaciones a hacer en sus escritos de conclusiones un relato detallado con descripción específica de las circunstancias que nos llevan a aplicar el subtipo penal[22].

22 Véase al respecto la STS 1299/2011.

El artículo 189.2 del Código Penal ha sido criticado porque no distingue si, además de a todos los supuestos de elaboración, se puede aplicar también a los de distribución cuando es evidente que por su redacción en muchas ocasiones será incompatible.

Por ello tiene un gran valor la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2015, puesto que va concretando caso por caso para cada uno de los subtipos si el mismo es acomodable únicamente a la elaboración de material pornográfico o por su naturaleza jurídica lo es también a los supuestos de distribución.

Igualmente, la doctrina de la Fiscalía General del Estado especifica para cada uno de los subtipos agravados si son adaptables únicamente a la pornografía clásica o también a la que antes hemos definido como pornografía técnica o pornografía virtual.

Contiene el artículo 189.2 del código penal los siguientes apartados:

a) *Cuando se utilice a menores de dieciséis años.*

b) *Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, se emplee violencia física o sexual para la obtención del material pornográfico o se representen escenas de violencia física o sexual.*

c) *Cuando se utilice a personas menores de edad que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.*

d) *Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

e) *Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.*

f) *Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*

g) *Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, de la persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier persona que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.*

h) *Cuando concurra la agravante de reincidencia.*

Antes de pasar a comentar cada uno de los apartados, debemos aclarar que el precepto no contiene ninguna agravación específica en caso de concurrencia de varios incluso todos los subtipos, de manera que la exasperación punitiva no vendrá impuesta legalmente sino por la vía de la individualización de la pena que hagamos en el caso concreto.

4.1. UTILIZACIÓN DE MENORES DE 16 AÑOS DE EDAD.

El primer subtipo agravado parte de la presunción lógica de que no es lo mismo elaborar pornografía infantil con menores adolescentes de entre 16 y 18 años que con menores por debajo de esa edad, que son claramente más vulnerables al encontrarse recién nacidos, en la infancia o a lo sumo en la preadolescencia.

En este caso sí que se hace coincidir la edad de consentimiento sexual con el subtipo agravado, que con motivo de la reforma del Código Penal del año 2015 se elevó desde los 13 años hasta los 16, lo cual provoca no pocos problemas en la práctica puesto que el comportamiento sexual real de nuestros menores se muestra más precoz y avanzado que el establecido como idílico por el legislador.

El artículo 189.2 a) CP establece la primera agravación "*cuando se utilice a menores de 16 años*". El hecho de que el legislador haya optado por el verbo *utilizar* nos lleva a excluir los supuestos de pornografía técnica y virtual, teniendo que tratarse de menores de edad reales.

Por el mismo motivo, como con la distribución no se utilizan a menores concretos sino que se dispone de un material previamente elaborado con los mismos, no sería compatible este subtipo agravado con los supuestos del artículo 189.1 b) CP. A esta conclusión llega la Circular de la Fiscalía así como numerosas sentencias del Tribunal Supremo de entre las que citaremos la 1110/2009, 1055/2009, 674/2010, 1299/2011 o más recientemente la 132/2020.

Si respecto del tipo básico ya comentábamos que era necesario acreditar el dolo y el conocimiento de que se operaba sobre menores de edad, con el subtipo agravado lo que se debe demostrar es que el autor era plenamente consciente de que estaba tratando con un menor de 16 años. Reiteramos en este punto lo ya manifestado respecto a los posibles errores de tipo y el llamado dolo de indiferencia, concentrándose el esfuerzo probatorio de las acusaciones en demostrar el conocimiento del dato de la edad del menor. Para ello puede ser un buen punto de partida la apariencia física de la víctima (si es evidente por sus rasgos y constitución que no supera los 16 años), pero como ocurrirá en muchas ocasiones en la práctica, deberá apuntalarse con la revelación expresa del dato al sujeto activo en conversaciones mantenidas en redes sociales o chats, las cuales serán aportadas como prueba documental durante el proceso.

4.2. HECHOS DE CARÁCTER PARTICULARMENTE DEGRADANTE O VEJATORIO.

El artículo 189.2 b), tras la reforma operada por LO 8/2021 refunde dos apartados previos que hacen referencia al contenido especialmente duro del material pornográfico (carácter particularmente degradante o vejatorio y representación de violencia física o sexual) con uno de nueva creación que se refiere a la forma de obtención de dicho material (mediante violencia física o sexual).

Empezando por los supuestos en que los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio partiremos de la consideración de que la pornografía infantil ya es de por sí desagradable, por lo que debemos reservar la aplicación del subtipo agravado para los supuestos especialmente repugnantes y de extrema dureza.

Señala la Circular de la Fiscalía General del Estado que para la aplicación del subtipo se requiere la participación de menores reales por lo que quedaría excluida la pornografía técnica y virtual. Sin embargo, siguiendo lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 674/2010, 12/2015, 132/2020 y 53/2021, entre otras), la Fiscalía concluye que esta modalidad agravada es compatible con la distribución siempre y cuando demostremos que el autor de los hechos era plenamente conocedor de que estaba poniendo a disposición de terceros material pornográfico especialmente sensible.

Sirva como ejemplo ilustrativo la Sentencia del Tribunal Supremo 1299/2011, que condena por el tipo básico de distribución -descartando el cualificado- puesto que de entre un total de 3000 videos tan sólo uno tenía carácter especialmente degradante o vejatorio, con lo cual no se pudo demostrar que el sujeto activo conociese el contenido específico de ese archivo.

En el terreno jurisprudencial son varias las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo que se pronuncian sobre este subtipo agravado, entendiendo que encaja perfectamente en los supuestos de coprofilia (sentencia 803/2010 de 30 de septiembre), lluvia dorada (sentencia 12/2015 de 20 de enero) y zoofilia (sentencia 340/2010 de 16 de abril)[23].

Con mucha frecuencia nos encontraremos escenas especialmente impactantes en las que se penetran a bebés, se eyacula en el rostro o en boca de niños de muy corta edad o incluso aparecen en las imágenes infantes enjaulados y atados, con objetos introducidos en sus cavidades corporales. Aunque inicialmente recayeron resoluciones del Tribunal Supremo en las que se resolvía rechazar la aplicación de la agravación de forma automática en este tipo de circunstancias por exigirse un carácter significativamente degradante en las imágenes (SSTS 588/2010 y 184/2012), lo cierto es que su dureza ya no se cuestiona en sentencias mucho más recientes como la 132/2020 de 5 de mayo o la 53/2021 de 29 de diciembre.

4.3. MATERIAL REPRESENTANDO MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FÍSICA O SEXUAL.

El artículo 189.2 b), tal y como hemos comentado en el apartado anterior, viene motivado en dos de sus incisos por el carácter especialmente duro de las imágenes. Una vez descrito el carácter degradante o vejatorio, ahora nos corresponde analizar "*cuando se representan escenas de violencia física o sexual*", según la redacción que se introduce con motivo de la reforma LO 8/2021.

Con anterioridad a esta reforma el subtipo agravado se recogía en el art.189. 2 c) del Código Penal, cuya previsión era "*cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual*".

En el análisis comparativo, sin duda sutil, llego a la conclusión de que tras la reforma el precepto se refiere a lo que representa la escena, con independencia de que el menor o persona con discapacidad sea o no víctima directa de la violencia física o sexual. Seguramente lo que pretende el legislador es ampliar la conducta de manera que sea indiferente que el menor sea objeto de la violencia representada o que el mismo ostente en la escena un papel activo. Piénsese en una escena sadomasoquista en la que el menor podrá desempeñar tanto el papel de proporcionar dolor o castigo (amo) como de sometimiento a los mismos (sumiso). Lo determinante es que el sexo representado sea violento y en el mismo participe, con cualquier rol relevante, un menor o persona con discapacidad.

---

[23] En mi opinión, se produciría un concurso con un delito de maltrato o explotación sexual del animal previsto en el artículo 337 CP puesto que además de degradar a un menor a la condición de un animal, conduciéndole a mantener sexo con el mismo, se lesiona también el otro bien jurídico protegido en relación con el animal doméstico o amansado.

Por violencia física y siguiendo lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo 182/2012 de 22 de junio, podemos entender cualquier tipo de fuerza material o maltrato de obra para vencer la resistencia que presenta la víctima[24].

Por violencia sexual podríamos entender la que se deriva tanto de la naturaleza misma del acto (sadismo) como aquellos supuestos en los que la conducta sexual sea especialmente desproporcionada, anormal o excesiva por diferencia de edad y tamaño de los órganos sexuales, lo cual en muchas ocasiones coincidirá también con el inciso agravado relativo al trato degradante o vejatorio.

Este subtipo es perfectamente compatible con aquellas escenas que simulan o representan violaciones pudiendo servir de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 204/2020, Sección Tercera, de 20 de julio, en que se condenó a un sujeto por distribución de un vídeo en el que aparecía una menor inmovilizada -para impedir su resistencia- al ser atada con una cuerda de pies y manos, con la cabeza boca abajo formando un ángulo recto con el sofá, presionando su cara contra el cojín del mismo, siendo penetrada por la espalda sin que pudiera moverse.

Al igual que hemos mencionado con el material pornográfico especialmente degradante o vejatorio, la Circular de la Fiscalía destaca que este subtipo agravado no sería aplicable al material técnico o virtual pero sí a la conducta de distribución, siempre y cuando se acredite un dolo específico consistente en el conocimiento del contenido que representaba violencia física o sexual del material (SSTS 184/2012, 12/2015, 132/2020 y 53/2021).

4.4 USO DE VIOLENCIA FÍSICA O SEXUAL PARA LA OBTENCIÓN DEL MATERIAL PORNOGRÁFICO.

Como comentábamos con anterioridad, el artículo 189.2 b), tras la reforma operada por LO 8/2021, refunde dos apartados previos que hacen referencia al contenido especialmente duro del material pornográfico (carácter particularmente degradante o vejatorio y representación de violencia física o sexual) con uno de nueva creación referido a "*cuando se emplee violencia física o sexual para la obtención del material pornográfico*".

Llama poderosamente la atención que se haya introducido un nuevo subtipo agravado relativo a la obtención coactiva del material pornográfico cuando ya existía un subtipo hiperagravado (con pena superior en grado) en el apartado tercero del artículo 189 del Código Penal relativo a "*si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación*".

Aunque más adelante abordaremos el subtipo hiperagravado del 189.3 CP, es en este punto donde debemos mencionar que la Circular de la Fiscalía aclara que viene referido a aquellos supuestos en que la captación o utilización de menores o personas con discapacidad se produce *mediante violencia o intimidación*. El subtipo agravado introducido por la reforma se refiere a *violencia física o sexual*, algo que ya comprendía de forma genérica el subtipo del 189.3 CP pero es que el precepto preexistente especialmente agravado contempla además los

[24] Serían representativas las llamadas cintas Snuff, tal y como señala SANZ MULAS, Nieves en "*Pornografía en Internet*". Revista Penal nº23 de La Ley, grupo Wolters Kluwer, enero de 2009.

hechos cometidos con intimidación, de manera que al ser una figura penal más amplia y con más pena siempre será de aplicación preferente al nuevo 189.2 b) CP.

Buscando la cuadratura del círculo y viendo en qué ha podido pensar el legislador como novedad que se debía introducir en el Código Penal, podríamos precisar que la remisión que hace el 189.3 CP al 189.1. a) CP obligaría a que recayese directamente la violencia o intimidación sobre los menores o personas con discapacidad y en cambio en el subtipo agravado nuevo (189.1 b) CP) bastaría el empleo genérico de violencia sobre cualquier otra persona, sea o no el menor empleado para confeccionar el material.

Sin embargo, este razonamiento quiebra con la evidencia de que la violencia o intimidación que recaiga sobre terceros (p. ej una madre para que así el menor colabore en la elaboración de la pornografía) supondría también violencia o intimidación (indirecta) sobre el propio menor, con lo cual volveríamos a la aplicación preferente del subtipo hiperagravado.

Por último, a la vista de la redacción del precepto y por la referencia a la "obtención" del material, nos parece claro que el subtipo tan solo sería aplicable a las conductas de elaboración, debiendo descartarse las de distribución. Precisamente, el subtipo hiperagravado limita su campo de acción al 189.1 a) CP (elaboración), por lo que no es de aplicación a los supuestos del 189.1 b) CP (distribución).

4.5. UTILIZACIÓN DE MENORES ESPECIALMENTE VULNERABLES.

El artículo 189.2 c) CP contiene un subtipo agravado de nuevo cuño, también introducido por la reforma LO 8/2021, reservado a "*cuando se utilice a personas menores de edad que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia*".

La primera conclusión a la que llegamos es que el sujeto pasivo tiene que ser un menor de edad pero en la franja que va de los 16 a los 18 años puesto que el artículo 189.2 letra a) ya regula como subtipo *cuando se utilicen a víctimas menores de 16 años*. Por lo tanto, la vulnerabilidad no vendrá determinada por la edad inferior a 16 años sino por otra serie de circunstancias que el precepto concreta en la enfermedad o discapacidad y, finalmente, con una fórmula abierta referida a "*o por cualquier otra circunstancia*".

En cuanto al concepto enfermedad, por razones de proporcionalidad de la pena y el carácter fragmentario del Derecho Penal debemos entender aquellas que sean relevantes, que condicionen la vida de una persona y que por lo tanto justifiquen o expliquen una situación de especial vulnerabilidad.

Respecto de la discapacidad, teniendo en cuenta que ya son sujetos pasivos en el tipo básico tanto los menores de edad como las personas con dicha deficiencia necesitadas de especial protección, podríamos en mi opinión entender que concurre este subtipo agravado cuando en la víctima se cumpla la doble condición de tener entre 16 y 18 años de edad y además una discapacidad (doble factor de vulnerabilidad).

Sobre las otras circunstancias que genéricamente cita el precepto, atendiendo a las frecuentes noticias y sucesos que salpican la actualidad mediática, entiendo que en la "*mens legislatoris*" se encuentran determinados colectivos vulnerables como pueden ser los MENAS o menores tutelados por la Administración.

Finalmente, el empleo del verbo *utilizar* nos debe llevar a idénticas conclusiones que las alcanzadas por la Circular de la Fiscalía General del Estado respecto a las víctimas menores de 16 años, de manera que el subtipo penal exige menores reales y concretos por lo que no sería aplicable a la distribución de pornografía infantil ni a las modalidades de pornografía técnica o virtual.

4.6 PUESTA EN PELIGRO DE LA VIDA O SALUD DE LA VÍCTIMA.

Este subtipo introducido tras la reforma del año 2015 está previsto en el artículo 189.2 d) CP con el siguiente tenor literal:"*cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima*".

En esta agravación lo que se castiga como plus de antijuricidad es una situación peligrosa para la víctima que, de concretarse en un resultado lesivo, produciría un concurso real -a castigar de forma independiente- con el delito contra la vida o la integridad, tanto física como psíquica, de la víctima.

Dentro del dolo tendría cabida el eventual, si bien la imprudencia -por mandato legal- queda reservada para los supuestos de imprudencia grave, por lo que quedan fuera del supuesto agravatorio los resultados producidos por imprudencia menos grave o leve.

Pensemos por ejemplo en escenas en las que se representan violaciones y por lo tanto sometimiento físico y psicológico de la víctima o, de forma aún más perversa, en penetraciones a niños de muy corta edad, de manera que la desproporción genital o entre el objeto introducido y la capacidad de la cavidad corporal supongan un riesgo evidente de que se va a producir una lesión a la víctima.

Tal y como señala la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, en estos casos se requiere que participe una víctima real con lo cual no sería aplicable ni a los supuestos de distribución ni a las modalidades de pornografía virtual o técnica.

No obstante, si el uso de la violencia física o sexual encuentra reflejo en las imágenes podría tener encaje en el subtipo agravado de la letra b) del artículo 189.2 CP, que como vimos más arriba sí que es aplicable a los supuestos de distribución de pornografía infantil siempre y cuando se acredite el dolo y el conocimiento sobre el contenido -especialmente brutal y extremo- difundido.

4.7 MATERIAL PORNOGRÁFICO DE NOTORIA IMPORTANCIA.

El artículo 189.2 e) CP regula este subtipo agravado con la siguiente redacción: "*cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia* ".

Esta modalidad cualificada fue modificada en el año 2015 debido a los problemas interpretativos que ofrecía la anterior redacción relativa a la *"especial gravedad atendiendo al valor económico el material pornográfico*" la cual había sido fuertemente criticada a nivel doctrinal debido a la dificultad de tasar el material pornográfico.

Como punto de partida debemos valorar el perfil criminológico de la delincuencia relacionada con la pornografía infantil puesto que muy frecuentemente se trata de personas solitarias, que pasan mucho tiempo en casa y que suelen ser coleccionistas de material pedófilo, haciendo acopio de cientos y en ocasiones miles de archivos de esta naturaleza. Por

lo tanto, sin olvidarnos de que la simple tenencia de material pornográfico impide la aplicación de cualquier subtipo agravado del apartado dos del artículo 189 del Código Penal, debemos partir de la exigencia de que la cantidad de material pornografíco para los casos de elaboración y distribución sea muy relevante.

¿Cuáles serían esos criterios? Aunque nada nos aclara la Circular de la Fiscalía lo cierto es que además de la cantidad (criterio más evidente y que nunca debe faltar en la ponderación) podemos considerar a efectos de aplicar la agravación la variedad del material intervenido así como la escasez de imágenes y vídeos sobre la temática dentro de la pornografía infantil (dificultad de obtención). Igualmente se puede valorar la edad de las víctimas y, aunque sea precisamente el criterio derogado, no se puede descartar que se pueda hacer cierta valoración económica del material, especialmente si la difusión fue a través de una plataforma a las que únicamente se puede tener acceso previo pago de cantidades de dinero.

Por la naturaleza de esta agravante entendemos que sería perfectamente aplicable tanto a la difusión de pornografía infantil como a la pornografía técnica o virtual, criterios confirmados por la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado.

Como muestra jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Supremo 53/2021, de 29 de diciembre, aplicó este subtipo a un sujeto que había compartido más de 6000 archivos, cantidad que no ofrece dudas en cuanto a la consideración de notoria importancia.

4.8 CULPABLE PERTENECIENTE A ORGANIZACIÓN O ASOCIACIÓN, INCLUSO DE CARÁCTER TRANSITORIO, DEDICADA A LA REALIZACIÓN DE TALES ACTIVIDADES.

El artículo 189.2 f) CP establece que se aplicará la agravación "*cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*".

Pensemos en la situación paradigmática en que una pluralidad de personas, de forma sistemática, reiterada y coordinada, se reparten papeles para que uno capte a menores, otro proceda a grabar escenas pornográficas con los mismos y un tercero se encargue de la distribución, e incluso otras personas a la financiación de dicha actividad. Lógicamente, es mayor el peligro para el bien jurídico cuando varias personas, de forma organizada, se dedican a esta actividad criminal. De ahí que esta mayor antijuricidad provoque la exasperación punitiva, que según indicaciones de la Circular de la Fiscalía General del Estado es aplicable también al supuesto de distribución y de pornografía virtual y técnica.

El primer problema que se nos plantea es el de la proporcionalidad y el de evitar la confusión con supuestos de simple coautoría, especialmente en la era de las comunicaciones virtuales donde, para facilitar el intercambio de archivos, se generan todo tipo de comunidades telemáticas en cuya esencia está la puesta a disposición de varias personas simultáneamente de todo tipo de información[25].

[25] No parece que la mera creación de un grupo de WhatsApp o Telegram sea suficiente para justificar la exasperación punitiva, ni tan siquiera para el creador o administrador del mismo.

En este sentido, nos encontramos sentencias que interpretan de forma restrictiva el subtipo hasta el punto de considerarlo inaplicable a las redes P2P (STS 107/2010) o con un nivel muy alto de exigencia, descartándolo en las ocasiones en que nos encontremos ante sujetos que tan solo comparten parafilia y cuyos únicos medios puestos a disposición del resto de la comunidad virtual son su ordenador y conexión Internet (STS 913/2006).

Sin embargo, en el ATS 25/2011 y la STS 1444/2004 se considera que es perfectamente posible la aplicación de esta agravación siempre y cuando se acredite un una coordinación que incremente el potencial lesivo de la conducta.

Por su parte, la Circular 2/2015 FGE se encarga de analizar el concurso de leyes tras la reforma del Código Penal del año 2010 que regula la figura típica de la organización y grupo criminal (570 bis y 570 ter CP), así como la coexistencia con un delito de asociación ilícita previsto y penado en el artículo 515.1º CP.

Señala el propio artículo 570 quater CP que debemos acudir al criterio de la alternatividad para construir la figura penal combinada que nos proporcione una mayor respuesta punitiva. Para realizar dicha operación matemática, debemos partir de la base de que las estructuras criminales transitorias (que encajan también en el subtipo agravado ahora analizado) son compatibles con el concepto de grupo criminal aunque no cumplan todos los requisitos del delito de organización criminal.

4.9 CULPABLE QUE SEA ASCENDIENTE, TUTOR, CURADOR, GUARDADOR, O CUALQUIER PERSONA ENCARGADA, DE HECHO O DE DERECHO, DEL MENOR.

El artículo 189.2 g) CP tiene una nueva redacción tras la reforma de la ley de protección de la infancia (LO 8/2021) siendo su tenor literal el siguiente:

"*Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, de la persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier persona que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad*".

Respecto de la redacción anterior tan sólo nos encontramos una innecesaria precisión terminológica (sustituye el término "*menor*" por la fórmula "*persona menor de edad*") y además amplía el abanico de posibles sujetos activos al sustituir la expresión "*o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él*" por la nueva de "*o se trate de cualquier persona que conviva con él*" de forma que el autor que conviva con el menor no necesariamente tiene que ser familiar sino que perfectamente encajarían en el supuesto otras situaciones como la de un amigo de los padres que temporalmente haya sido alojado en la vivienda familiar y por tanto haya tenido una mayor facilidad de acceso al bien jurídico protegido.

El subtipo agravado agota prácticamente cualquier supuesto de personas que ostenten la condición de garantes -con diferentes grados de intensidad- o cualquier tipo de relación permanente u ocasional con el menor que le coloquen en una situación de superioridad sobre el mismo y por lo tanto de mayores posibilidades de atentar contra su indemnidad sexual. Entre estas figuras podemos incluir a profesores particulares, monitores de tiempo libre, referentes religiosos de la comunidad, canguros actuales e incluso quienes lo fueron en el pasado (pero que todavía mantienen lazos de confianza). En definitiva, todo aquel con

autoridad moral susceptible de despertar en el menor un respeto reverencial, o que se encuentre en una posición que le permita una mayor accesibilidad sobre la víctima.

Sobre este subtipo agravado señala la Circular que es también aplicable al supuesto de distribución de pornografía infantil pero no a los de pornografía técnica o virtual.

Por último, es evidente que la aplicación de este subtipo agravado es incompatible con la disposición común contenida en el artículo 192.2 del Código Penal[26] para evitar tener dos veces en cuenta la condición de garante a efectos de incrementar el rango punitivo. Sin embargo, de concurrir más de una de las circunstancias cualificantes del 189.2 Código Penal, no vemos inconveniente en hacer valer otra de ellas para constituir el subtipo y usar separadamente la condición de garante para subir la pena sobre la mitad superior valiéndonos de la disposición común para los sujetos descritos en la misma.

Sobre esta interpretación en caso de concurrir varias causas de cualificación profundizamos en el apartado siguiente, con motivo de la agravante de reincidencia.

4.10 CUANDO CONCURRA LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA.

Este subtipo agravado, regulado en el artículo 189.2 h) CP sería perfectamente compatible con las condenas de tribunales extranjeros relativas a delitos contra la pornografía infantil puesto que así lo indica expresamente el artículo 190 de nuestro Código Penal.

Sin embargo, destaca la Circular de la Fiscalía que por razones de *non bis in ídem* es absolutamente incompatible con la agravante genérica de reincidencia del artículo 22.8ª del Código Penal.

Lo que no aclara la Circular 2/2015 es cómo debemos determinar la pena los Fiscales en los supuestos de concurrencia de la agravante de reincidencia con otra causa de agravación del artículo 189.2 del Código Penal.

La diferencia penológica es considerable según entendamos que en caso de coincidir el subtipo agravado de reincidencia con otra causa de agravación (por ejemplo material pornográfico especialmente degradante o vejatorio) podemos imponer tan sólo la pena de cinco a nueve años de prisión (con independencia de que concurra más de un subtipo agravado) o, por el contrario, sigamos el criterio de que existiendo ya una causa del 189.2 CP podemos aplicar la agravante genérica del 22.8 CP para imponer el subtipo agravado en su mitad superior (de siete años y un día de prisión hasta los nueve años).

Entiendo que igual que hemos acudido al criterio de la alternatividad por haber un concurso de leyes en el subtipo agravado de pertenencia a organización o grupo criminal, nada impide hacer similar razonamiento para esta situación que se produce con la reincidencia.

En el mismo sentido, nuestro Tribunal Supremo advierte en materia de violencia de género que cuando nos encontremos ante un hecho en que concurran varias circunstancias

---

26 "*Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior*".

agravatorias diferenciadas (p.ej en el domicilio de la víctima, en presencia de menores y además quebrantando una pena o medida cautelar), al venir referidas legalmente de forma disyuntiva o alternativa, y no copulativa, la sola concurrencia de una de ellas determina la apreciación del subtipo agravado. Por ello, para abarcar todo el desvalor de los hechos concurrentes, podemos castigar separadamente el delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar en un concurso delictivo que, según las circunstancias, será medial o real con la infracción de violencia de género (véase al respecto la reciente sentencia de 9 de marzo de 2022 del Tribunal Supremo con número 214/2022).

Estos razonamientos nos parecen perfectamente extrapolables al supuesto al que en este apartado nos hemos referido.

5. SUBTIPO HIPERAGRAVADO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

Introducido también por la reforma del año 2015, el artículo 189.3 CP establece que "*si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado uno se hubieran cometido con violencia o intimidación, se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores*".

Por lo tanto, el tipo básico consistiría en captar o utilizar a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase material pornográfico y el subtipo hiperagravado será de aplicación cuando la captación o utilización se lleve a cabo de forma coactiva. En este punto damos por reproducido lo expuesto con anterioridad relativo a la incompatibilidad de esta modalidad especialmente agravada con el nuevo subtipo del 189.2 letra b) del Código Penal.

La penalidad superior en grado sería aplicable tanto para los supuestos del tipo básico como para los de tipo agravado y señala la Circular de la Fiscalía que, ante concursos con agresiones y abusos sexuales, a la vista de la redacción del 189.3 CP incurriríamos en un claro *non bis in ídem* si tenemos en cuenta dos veces el uso de violencia o intimidación: primero para captar o utilizar a la víctima y después para consumar el acto sexual filmado. Por lo tanto, no debemos apreciar simultáneamente el tipo de agresión sexual con el 189.3 CP cuando la violencia o intimidación se hubieran utilizado también para ejecutar la conducta sexual grabada.

Tal y como razona la Fiscalía, deben delimitarse los supuestos del subtipo agravado que castiga la aparición de la violencia en el material pornográfico -es decir, que se representa en el mismo- de los casos en que se emplea la violencia o intimidación para lograr la elaboración del material, con independencia de que encuentre reflejo en el mismo.

Por lo tanto, si además de obtenerse coactivamente el material, la violencia o intimidación se muestra en el mismo, podremos aplicar la pena superior en grado partiendo de la prevista por el subtipo agravado del 189.2 CP, con lo cual el resultado punitivo se iría por encima de los nueve años de prisión.

6. MODALIDAD OMISIVA. NO IMPEDIMENTO A LAS CONDUCTAS DE CORRUPCIÓN DE MENORES.

Los apartados 6 y 7 del artículo 189 del Código Penal regulan una atenuada modalidad omisiva con el siguiente tenor literal: "*el que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesita de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses*". "*El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior*".

Sobre esta modalidad comisiva la Circular de la Fiscalía General del Estado es muy parca en comentarios. En mi opinión, es importante añadir que este tipo doloso no deja de ser residual respecto de la *comisión por omisión* prevista en artículo 11 del Código Penal, de manera que en aquellos casos en los que -además de ostentar la posición de garante- la persona que realice la conducta omisiva lesione el bien jurídico protegido de forma funcional (con dominio directo del hecho) y equivalente a la conducta de un autor activo, deberá ser castigada no por el subtipo privilegiado del 189.6 CP sino por la figura correspondiente cometida por omisión.

No es lo mismo que un progenitor tenga conocimiento de que su hijo de 16 años puede estar participando en la elaboración de películas pornográficas y no haga nada por impedirlo, que la situación en que una madre de un bebé es consciente de que su marido está empleando al menor en escenas pornográficas, en cuyo caso la condición de garante es mucho más intensa y esa madre debe responder del delito de elaboración de pornografía infantil -con las diversas modalidades agravadas que concurrirían- por haberlo perpetrado conforme al artículo 11 del Código Penal.

7. RETIRADA DEL CONTENIDO ILÍCITO.

A lo largo de esta ponencia hemos hecho referencia en diversas ocasiones al daño que supone para la dignidad de la infancia el hecho de que circulen y se perpetúen imágenes en que se representa a menores en situaciones de explotación sexual. Por eso es muy importante, además del reproche penal correspondiente, que el contenido ilícito sea retirado.

Por ello, con la reforma del año 2015 se introduce un apartado octavo al artículo 189 del Código Penal estableciéndose que "*los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español*". "*Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal*".[27]

[27] Hasta ese momento, las retiradas de contenido se fundamentaban en el genérico art. 13 LECrim y el art. 8 de la Ley 34/2022, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

De forma sumamente concisa, podemos indicar que cuando la pornografía infantil se contenga en redes sociales la retirada deberá instrumentalizarse mediante un requerimiento judicial a las mercantiles titulares de las mismas.

Y si se trata de páginas web, debemos distinguir los supuestos de interrupción de la prestación de aquellos en los que únicamente se produce un bloqueo de acceso. En el primer caso, será posible clausurar la página que se encuentre en nuestro país mediante orden al prestador de servicio de alojamiento de la misma. Para el supuesto en que la página infractora se encuentre ubicada fuera de España, no podremos clausurarla ni ordenar el cese de su funcionamiento pero sí bloquear el acceso al contenido de dicha web para los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español.

En cualquier caso, la retirada del contenido no debe conducirnos a una situación en la que nos quedemos sin prueba, por lo que previamente habrá que hacer las correspondientes salvaguardas e instar a la preservación de contenido conforme se establece en el artículo 588 octies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

8. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA PORNOGRAFÍA INFANTIL.

De forma telegráfica, debemos recordar que la Circular de la Fiscalía sugiere que se solicite -conforme al artículo 129 bis del Código Penal- la inclusión de perfiles de condenados por pornografía infantil en la base de datos de ADN siempre y cuando, por razones de proporcionalidad y de respeto al tenor de la norma, se trate de infracciones graves. Tal y como hemos expuesto en el apartado correspondiente, todos los subtipos agravados del artículo 189.2 CP tienen una penalidad (5 años-9 años de prisión) que supera el umbral del delito grave por lo que encaja con los requisitos del citado precepto.

Finalmente, aunque en la Circular FGE 2/2015 no se tratan estas dos materias, me parece importante compartir la experiencia acumulada en el servicio de delincuencia informática de la Fiscalía para hacer unas breves referencias a dos aspectos relacionados con la pornografía infantil que no debemos descuidar: el comiso y la responsabilidad civil.

8.1 COMISO DE EQUIPOS INFORMÁTICOS.

Respecto a este punto, es importante prestar atención en nuestros escritos de acusación a la solicitud de comiso de los equipos informáticos aprehendidos al autor de los hechos puesto que no dejan de ser el instrumento del delito. Teniendo en cuenta las necesidades de medios materiales, que en muchos casos son sangrantes hasta el punto de la escasez de discos duros para poder realizar el volcado del contenido de los dispositivos incautados, resulta esencial solicitar -bien de forma provisional durante la instrucción de la causa y en todo caso como consecuencia accesoria al final del juicio- el comiso del material intervenido para que se entregue a la unidad policial que haya llevado a cabo la investigación. Todo ello con la finalidad de que lo puedan destinar a dicho uso, previo borrado total, seguro e irrecuperable de los datos puesto que se trata al fin y al cabo de archivos ilícitos de pornografía infantil.

De forma ejemplar, la STS 53/2021, de 29 de diciembre, aplicando los artículos 127 y 127 octies 3 del CP y el artículo 367 quinquis 1a), apartados 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ordena el comiso y entrega a la fuerza policial de estos instrumentos del delito.

8.2 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

En cuanto a la responsabilidad civil, debemos solicitarla en todos los casos en los que se haya actuado sobre menores concretos por el impacto psicológico que produce sobre las víctimas el que con ellas se haya elaborado pornografía infantil, ya que de una forma más o menos consciente asociarán en un futuro sexualidad a situaciones de dominio y abuso, con secuelas de imposible valoración en el momento presente en la mayoría de los supuestos.

Precisamente por ello, las defensas de los acusados podrán esgrimir que no procede establecer ninguna indemnización si el forense no ha sido capaz de concretar alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por la víctima, lo cual será lo habitual en supuestos de bebés o menores de muy corta edad que no eran muy conscientes ni de lo que estaba ocurriendo ni de la maldad intrínseca que se estaba aplicando sobre ellos.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha establecido en numerosas resoluciones que en los delitos contra la libertad sexual es objetiva la lesión en la dignidad de las víctimas, la cual se deriva de la edad de las mismas, de la gravedad del propio hecho y de la lesión del bien jurídico protegido, con independencia de que en el relato de hechos probados no pueda narrarse una concreta secuela psicológica derivada de la acción delictiva. Sirvan como muestra las recientes STS 752/2021, 6 de octubre y 251/2022, de 17 de marzo.

Lo que ya resulta especialmente complicado es buscar una orientación sobre el importe de las cuantías indemnizatoria lo cual dependerá en cada caso concreto de diversas circunstancias como la edad de la víctima, el tiempo que haya estado sometida o por la naturaleza de las acciones en que se le haya determinado a participar, de manera que en los supuestos de elaboración de pornografía infantil con un contenido especialmente degradante o vejatorio lógicamente el resarcimiento civil debería ser superior a los casos en los que nos encontremos ante un tipo penal básico.

A modo ilustrativo, serviría como ejemplo por una parte la STS 966/2021 en que se condenó a una indemnización de 6000 € en favor de una menor de edad que fue captada y convencida de que remitirse al autor de los hechos tres videos en los que aparecía desnuda y se introducía objetos en su cavidad genital.

Por otra parte, en un supuesto aparentemente similar, la STSJ Castilla-León 4/2022 concretó en 2000 € la indemnización pero porque la menor previamente ya se encargaba de ofrecer y difundir voluntariamente imágenes en las que aparecía mostrando comportamientos abiertamente sexuales y el varón adulto le solicitó posteriormente la remisión de nuevo material.

Ante la diferente situación de madurez o candidez sexual de la víctima, el impacto psicológico es muy diferente y por lo tanto hay que moderar en consonancia el importe de la responsabilidad civil.

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

- AGUSTINA, Jose Ramón, en *"¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuesas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting*". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 12-11, 2010.

- CARMONA SALGADO, C, en COBO DEL ROSAL. *Compendio de Derecho Penal*, 2004.

- DE LA ROSA CORTINA, Jose Miguel. "El nuevo tipo penal del art. 189 bis. Difusión de pornografía entre menores. Exhibicionismo". Portal Web Centro de Estudios Jurídicos 2022.

- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: "*Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*". Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. "*Aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015*". Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº13, enero 2015.

- ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael. "*Análisis de los delitos de pornografía infantil (comentarios, jurisprudencia y reforma venidera").* Portal Web CEJ, 2014.

- FARRERO RUA, Ana Belén. Portal Web Centro de Estudios Jurídicos 2022. "*Presupuestos para la aplicación de la continuidad delictiva en los delitos de elaboración de pornografía infantil*".

- GUARDIOLA GARCÍA, Javier. "*Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución*" (Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología).

- MORALES PRATS, F. "*El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet*". Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal nº8. Navarra, 2002.

- MORENO ACEVEDO, Rosario, tesis sobre "*Los delitos de Pornografía infantil*", Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2021.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. "*Derecho Penal. Parte Especial*". Valencia. Tirant lo Blanch, 2013.

- PILLADO QUINTAS, Víctor. "*Pornografía infantil: regulación de estos delitos en el Código Penal. Dificultades en su investigación*", consultada en Portal Web Centro de Estudios Juridicos 2015.

- SANZ MULAS, Nieves. "*Pornografía en Internet*". Revista Penal nº23 de La Ley, grupo Wolters Kluwer, enero de 2009.

- URIARTE VALIENTE, Luis M. Ponencia Portal Web CEJ "*Pornografía infantil: regulación actual y perspectivas de futuro*".

10. RELACIÓN CRONOLÓGICA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS.

- STS 1632/2000
- STS 1444/2004
- STS 376/2006
- STS 913/2006
- STS 785/2008
- STS 929/2008
- STS 795/2009
- STS 947/2009
- STS 1055/2009
- STS 1110/2009
- STS STS 107/2010
- STS 340/2010
- STS 588/2010

- STS 674/2010
- STS 803/2010
- STS 1143/2011
- STS 1299/2011
- STS 1377/2011
- STS 182/2012
- STS 184/2012
- STS 264/2012
- STS 271/2012
- STS 342/2013
- ATS 521/2013
- STS 967/2013
- STS 12/2015
- STS 459/2015
- STS 988/2016
- STS 23/2017
- STS 116/2019
- STS 132/2020
- STS 240/2020
- STS 37/2021
- STS 53/2021
- STS 395/2021
- STS 437/2021
- STS 752/2021
- STS 966/2021
- STS 987/2021
- STS 25/2022
- STS 214/2022
- STS 251/2022
- STS 287/2022
- STS 331/2022

Centro de Estudios Jurídicos

Centro de
Estudios
Jurídicos