

Consulta 3/2006 sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil

I. Planteamiento de la consulta

El art. 189 CP castiga en su apartado primero dos conductas: en la letra a) sanciona al que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.

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

El mismo precepto castiga en su apartado segundo al que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces.

Los tres tipos arrancan de un común presupuesto: conforme a nuestro Derecho, los menores de dieciocho años siempre están protegidos frente a su utilización por terceras personas con fines pornográficos, por lo que se parte de la irrelevancia del consentimiento de los menores para intervenir en la producción de este material, aun cuando tal consentimiento pudiera haberse reputado válido para la práctica, en su caso, de las relaciones sexuales subyacentes. Se elevan dos consultas por sendas Fiscalías en relación con los delitos de pornografía infantil, parcialmente coincidentes en su objeto y radicalmente discrepantes en la solución propuesta. Una de las Fiscalías consultantes plantea cuál ha de ser la calificación jurídica de las conductas tipificadas en el art. 189.1 en sus letras a) o b) y en el art. 189.2 cuando las mismas se refieren a varios menores.

Esta Fiscalía se inclina por entender que en todos estos casos se cometerá un solo delito independientemente del número de menores o incapaces que se vean afectados por la conducta del sujeto activo, con posibilidad de apreciar continuidad delictiva, y sin perjuicio de aplicar en concurso los delitos de violación, agresión o abuso sexual que, en su caso, se cometan para la creación del material pornográfico. Para alcanzar tal interpretación se entiende que este tipo protege la libertad e indemnidad sexual de forma abstracta *“no referida a personas concretas cuya*

libertad e indemnidad sexual ya se protege a través de otras figuras delictivas compatibles con la que nos ocupa". Esta conclusión la hace extensiva al tipo sancionado en el apartado segundo, en el que al igual que en el art. 189.1 b) *"los autores no realizan ningún ataque directo a los menores o incapaces que ya han sido ofendidos por el que creó el material pornográfico"*. Se añade que los verbos rectores de estos tipos describen conductas que *"parecen significar actos no individualizados por cada una de las personas objeto del material pornográfico"*.

La otra Fiscalía ciñe su consulta respecto de los supuestos de distribución o difusión de material pornográfico en cuanto a si han de reputarse cometidos tantos delitos del art. 189.1 b) como menores de edad o incapaces aparezcan en las imágenes o, por el contrario, debe considerarse toda la transmisión material pornográfico, y mantenerse entonces que se ha cometido un único delito con independencia del número de menores o incapaces que aparezcan en las imágenes.

Esta Fiscalía, tras analizar los argumentos que pudieran sostener la tesis del concurso ideal de delitos o de la comisión de un único delito, se decanta por la solución de apreciar en estos supuestos un concurso real de delitos, en base a los siguientes razonamientos extractados:

1º) el carácter personalísimo del bien jurídico protegido en este tipo de conductas, la indemnidad sexual, la libertad sexual, el derecho a la intimidad y a la propia imagen, la dignidad del menor y, finalmente, el derecho que todo menor (o incapaz) tiene a no sufrir ningún tipo de explotación de carácter sexual.

2º) El objeto material de este delito es la imagen del menor y no el soporte que la contenga. El objeto material se ve aumentado en función del número de menores que aparecen en las imágenes difundidas. Con la imagen de un solo menor cabe ya hablar de material pornográfico

3º) En las conductas incluidas en la letra a) existirán tantos delitos como sujetos pasivos menores o incapaces se hayan empleado. Al margen de la libertad e indemnidad sexual del menor (o incapaz), se está salvaguardando, sobre todo, al menor mismo para que, en la línea trazada por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, no sea objeto de explotación. La Fiscalía consultante entiende que esta interpretación es la seguida por los Tribunales de Justicia, citando a estos efectos la STS de 24 de octubre de 2000, la STS de 20 de octubre de 2003 y la SAP de Valladolid de 30 de noviembre de 2002.

4º) Otro argumento se encuentra en la interpretación del tipo penal resultante de la resolución del concurso de normas susceptible de producirse con ocasión del tráfico de imágenes. En concreto, si las imágenes de carácter pornográfico fueron tomadas sin conocimiento del menor, la calificación jurídica del hecho concreto de su posterior difusión dependerá, en ciertas hipótesis fácticas, de la resolución del concurso de normas entre el art. 189.1.b) y el art. 197 CP. En los supuestos en que se optara por la aplicación de este último tipo no habría duda en afirmar que por mor del bien jurídico protegido existirán tantos delitos del aludido art. 197 como imágenes de menores, cuya intimidad se ha vulnerado, aparezcan.

5º) Tampoco -se afirma- encuentra escollo la línea interpretativa expuesta a la hora de analizar la penalidad a imponer: la afirmación de que existirán tantos delitos del art. 189.1.b) como menores aparezcan en las imágenes se verá acompañada, en cuanto a la pena, por la limitación del art. 76 del Código Penal.

Esta Fiscalía, pues, no somete a consulta el supuesto previsto en el art. 189.1 a), para el que considera pacífico que se cometerán tantos delitos como menores afectados, y tampoco somete a consulta el tipo del art. 189.2 relativo a la simple posesión de pornografía infantil, respecto del que no realiza ningún pronunciamiento.

II. Aspectos criminológicos

La eclosión de Internet ha revolucionado por completo el mercado de la pornografía infantil hasta prácticamente monopolizarlo como consecuencia de las ventajas que proporciona a los usuarios, desde la facilidad para descargarse archivos, los menores costes económicos, la aptitud para entablar relación con un enorme número de internautas con la consiguiente facilitación de los intercambios, y las grandes posibilidades de permanecer en el anonimato. Internet supone el acceso a un mercado global de forma inmediata.

Si a ello unimos la accesibilidad técnica y económica a equipos de audio/video que posibilitan la captación y grabación de imágenes y eventualmente de material pornográfico, con una facilidad impensable hace escasos años, puede comprenderse el fuerte incremento en la distribución de este material no tanto con ánimo de lucro cuanto como vía de intercambio de materiales entre pedófilos, sin propósito comercial y con la única finalidad de satisfacer sus inclinaciones sexuales, con la consiguiente creación espontánea de auténticas redes de intercambio de material.

La utilización de Internet en la difusión de pornografía infantil ha pasado por varias fases. En una primera se empleaban páginas web alojadas en servidores de Internet. El traficante comerciaba con el material pornográfico infantil que ponía a disposición de los usuarios que previamente accedían a pagar una contraprestación que se satisfacía por medio de un cargo en la tarjeta de crédito del adquirente cuyo número previamente tenía que proporcionar éste.

Sin embargo, pronto la distribución de pornografía por medio de páginas web localizables a través de buscadores se reveló como muy vulnerable a las denuncias penales y a las acciones de piratas informáticos, lo que propició una evolución hacia nuevas modalidades comisivas.

En efecto, el sistema cambió, utilizándose como alternativa a las páginas web los chats desarrollados en tiempo real y los grupos de noticias y foros como medio de comunicación, así como el camuflaje de las páginas web de pornografía infantil, no accesibles a través de buscadores y localizables solo para iniciados.

El Informe del Parlamento europeo sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet, de 20 de Marzo de 1997 advirtiendo este cambio de tendencia, considera que el principal problema relativo a los contenidos ilícitos afecta no tanto a las propias páginas de la web como a los grupos de debate y al correo electrónico, en la medida en que las actividades delictivas realizadas a través de estos medios son tan difíciles de controlar como las actividades realizadas a través del servicio de correos o de teléfonos normal.

De este modo, la figura del traficante de pornografía infantil es sustituida en gran medida por la de los consumidores que informalmente se asocian sin ánimo de lucro. Estos socios, actuando coordinadamente, pueden descargarse en su ordenador multitud de fotografías en poco tiempo a través de técnicas de intercambio por medio de correo electrónico o de fórmulas como send to receive. El intercambio mutuo de material sustituye a la compra al traficante. En este intercambio mutuo adquiere gran relieve la difusión de material producido privadamente, como factor criminógeno destacable.

En esta acelerada evolución los programas de globalización de archivos individuales han habilitado nuevas vías comisivas, en tanto permiten al usuario la posibilidad de compartir parte del contenido de su ordenador con las personas que se encuentren conectadas a la red utilizando ese mismo programa, de forma que los usuarios de los programas de archivos compartidos ponen en común su material pornográfico, sin necesidad de entablar contacto directo, realizar adquisiciones individualizadas o mantener conversación alguna.

La Acción Común 97/154/JAI de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños considera explotación sexual de los niños *“la explotación de niños para actuaciones y material pornográfico, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material”*.

La Decisión 2000/375/JAI de 29 de mayo de 2000 relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet señala una serie de medidas que deben ser obligatorias para los proveedores de Internet, entre las que debe destacarse la información a las autoridades acerca del material pornográfico infantil que se difunda a través de ellos, la retirada del material salvo que las autoridades decidan otra cosa, la conservación de datos del tráfico de acuerdo con la ley y durante el tiempo que prevean las leyes nacionales y la creación de sistemas de control para combatir la producción, tratamiento, posesión y difusión de material pornográfico infantil.

La Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía tiene como objetivo armonizar las legislaciones penales de los estados miembros en relación con estos delitos. A tales efectos contiene una definición de qué debe entenderse por pornografía infantil en su art. 1 y establece en sus art. 2,3 y 4 los comportamientos que deben ser castigados, incluyendo la producción de pornografía infantil, la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, el ofrecimiento o facilitación por cualquier otro medio de pornografía infantil, y su adquisición o posesión.

A nivel del Consejo de Europa debe tenerse en cuenta la Recomendación 1065 (87), de la Asamblea Parlamentaria, relativa al tráfico de niños y otras formas de explotación infantil, que establece la necesidad de que los Estados persigan, entre otras, la pornografía infantil; la Recomendación 91 (11) del Comité de Ministros sobre explotación sexual, pornografía y tráfico de niños y jóvenes, que propone estudiar la licitud de sancionar penalmente la mera posesión de pornografía infantil y postula la cooperación internacional; la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, y finalmente la Recomendación (2001) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación sexual, de 31 de octubre de 2001.

A nivel mundial, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 obliga en su art. 34 a los Estados parte a tomar todas las medidas necesarias, de carácter nacional o multilateral, para impedir *“la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”*.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado por España (BOE 31 de enero de 2002) aborda la materia y contiene entre otros pronunciamientos los siguientes:

- 1) En el art. 3.1 c) se dispone que todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, entre otros, los siguientes actos y actividades: producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil.
- 2) En el art. 6.1 se dispone que los Estados Partes se prestarán toda la asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos a que se refiere el párrafo 1 del art. 3, en particular asistencia para la obtención de todas las pruebas necesarias para esos procedimientos que obren en su poder.
- 3) El art. 8.2 establece que los Estados Partes garantizarán que el hecho de que haya dudas acerca de la edad real de la víctima no impida la iniciación de las investigaciones penales, incluidas las investigaciones encaminadas a determinar la edad de la víctima.

Especialmente importante es la definición que sobre pornografía infantil contiene este Protocolo: *“toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”*.

IV. Antecedentes legislativos

En nuestro ordenamiento, el Código Penal de 1995 en su redacción original tipificaba expresamente las conductas de los que directamente utilizaban a menores para la creación o elaboración del material pornográfico, pero no existía un tipo específico que sancionase a quienes se limitaban a traficar sin haber intervenido previamente en la elaboración o producción. Los antecedentes del tipo contenido en el art. 189.1 b) hemos de buscarlos en la proposición no de Ley, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha 4 de noviembre de 1996, instando al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica en el que se tipificara penalmente la conducta de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos, cuando en ellos aparezcan menores de edad.

En fecha 28 de noviembre de 1997 el Defensor del Pueblo dirigió una recomendación al Ministerio de Justicia en el mismo sentido.

Estas iniciativas cristalizaron en la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, cuya Exposición de Motivos invoca reiteradamente la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas que se tipifican, entre ellas la prevista en el art. 189.1 b).

Las modificaciones introducidas por la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, además de incrementar la respuesta penal, introducen la tipificación de la mera posesión de pornografía infantil y la difusión de la denominada pseudo pornografía infantil, añadiendo factores de complejidad adicional a la tarea de aislar el bien jurídico protegido. Pese a ello, la Exposición de Motivos de esta última reforma prescinde de aportar explicación alguna a las modificaciones introducidas, limitándose a declarar que respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la nominada pornografía infantil virtual.

V. Delimitación metodológica

La resolución de la Consulta no puede limitarse a analizar los tipos contenidos en el art. 189.1 sino que necesariamente debe abarcar el tipo contenido en el art. 189.2, pues los tres tipos tienen un nexo común, y los razonamientos a utilizar para analizar unos van a tener impacto en la exégesis de los otros. Esto no obstante, la respuesta a las cuestiones planteadas en las dos consultas no habrá de ser idéntica en cada uno de los supuestos planteados. En efecto, adelantando ya la solución, hemos de entender que los tres tipos contenidos en los arts. 189.1 y 189.2 no tienen una misma naturaleza ni amparan al mismo bien jurídico.

La superación de la libertad sexual individual como único bien jurídico protegido en el Título VIII es expresamente proclamada por la Exposición de Motivos de la reforma de 1999, que declaraba que *"...no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos"*.

Desde luego, que el bien jurídico protegido en los tipos contenidos en el art. 189 no coincide siempre con la libertad o la indemnidad en la esfera sexual, queda aún mas claro tras la nueva tipificación del denominado delito de pseudopornografía infantil penado en el art. 189.7 CP, en el que no hay menores afectados directa o indirectamente en su esfera sexual. La rúbrica del Título VIII del Código penal, no abarca, pues, de forma omnicomprensiva todos los bienes jurídicos tutelados en los artículos comprendidos en el mismo.

Como prius debe partirse también de que una interpretación racional de los tipos del art. 189.1 a), 189.1 b) y 189.2 lleva a la conclusión de que dentro del 189.1 a), han de ubicarse todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración del material, filmando etc.) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando local, etc.). Por contra, tanto en el tipo de 189.1 b) como el 189.2 el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción incidido sobre la conducta sexual del menor. Siempre que exista una conducta que tenga repercusión sobre un menor (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de reconducirse la acción a la letra a).

Partiendo de esta exégesis, cuando el art. 189.1 b) incluye como una de las conductas típicas alternativas la de producir el material pornográfico, debe entenderse que se refiere a acciones desplegadas ex post, sobre un material ya obtenido, pues la financiación de las actividades tendentes a la utilización de los menores habría de subsumirse en el tipo del art. 189.1 a).

Desde esta perspectiva, en el tipo del art. 189.1 a) claramente se protege la indemnidad sexual del menor, pues involucrarlo en determinadas actividades sexuales con fines o intereses pornográficos puede afectar muy negativamente al desarrollo de la personalidad y su adecuado proceso de formación, así como eventualmente a su integridad física, psíquica y espiritual.

También en estos supuestos se lesiona la dignidad de la infancia e igualmente cabe entender que el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor se ven protegidos, pero estos bienes jurídicos quedan en un segundo plano, eclipsados por el anterior. En todo caso nos encontramos con bienes personalísimos y con menores concretos directamente perturbados, lo que por tanto lleva a entender que se cometerán tantos delitos como menores resultaren afectados.

En consecuencia, de las cuestiones que se acumulan en el análisis conjunto de ambas consultas una de ellas puede ser despejada a limine: en el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico (art. 189.1 a), en tanto la conducta incide sobre menores directamente, y en cuanto ello supone un ataque a bienes personalísimos, y en un primer plano a la indemnidad sexual de los mismos, hemos de concluir que necesariamente habrán de apreciarse tantos delitos cuantos menores fueren afectados, que entrarían en régimen de concurso real. Esta interpretación ha sido refrendada por algunas sentencias de Audiencias Provinciales (SSAP Valladolid, sec. 2ª nº 886/2002, de 30 de noviembre, Alicante nº 501/2002, de 11 de noviembre y Barcelona, sec. 10ª, de 16 mayo de 2001)

VI. Difusión y posesión de pornografía infantil y pluralidad de menores

Aclarado este punto, el análisis del resto de las cuestiones se torna en una labor exegética de mucha mayor complejidad.

Y ello porque la introducción en la reforma del Código Penal de 1999 de un nuevo tipo en el art. 189.1 CP en el que se sanciona el tráfico de material pornográfico plantea complicaciones a la hora de determinar el bien jurídico protegido y a efectos de deslindar las relaciones del nuevo tipo con otros preexistentes, como los delitos contra la intimidad del art. 197 párrafos primero y tercero.

El panorama se oscureció aún más tras la reforma operada por LO 15/2003, en la que se introduce el tipo de posesión de material pornográfico (art. 189.2 CP) y se sancionan algunas manifestaciones de la denominada pseudo pornografía infantil (art. 189.7 CP).

Como pórtico en el análisis de las cuestiones planteadas debe partirse de que el abordaje penal de la pornografía infantil, efectuado a través de estas reformas, se orienta con cada vez mayor intensidad a un mismo objetivo de política criminal: atacar estos comportamientos en todas sus fases, dentro de una política de tolerancia cero. De este modo se llegó hasta la incriminación del mero hecho de poseer este tipo de pornografía, se castigó igualmente la denominada pseudopornografía y se estableció la edad del sujeto pasivo en dieciocho años, muy por encima de la edad en la que conforme a nuestro propio Código Penal se entiende que la persona tiene libertad para autodeterminarse en la esfera sexual.

Este enfoque orientado a la criminalización integral y omnicompreensiva aparece con nitidez en el Preámbulo de Propuestas de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, elaborada por la Comisión de las Comunidades Europeas en fecha 22 de diciembre de 2000, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil *“numerosos casos de explotación sexual de niños y pornografía infantil se denuncian cada año. Los Estados miembros de la Unión Europea y los países candidatos se ven gravemente afectados por estas plagas de la sociedad. Se necesita una variedad de medidas que oscilen desde la rigurosa protección legal de todos los individuos, hasta medidas preventivas, pasando por medidas para garantizar la adecuada protección y asistencia de las víctimas. Las medidas deberían abordar la cadena entera de la trata, desde los traficantes captadores hasta los clientes, pasando por los transportistas y los explotadores”*.

Ya con anterioridad, en la misma línea, la Resolución del Parlamento europeo relativa a la protección y derechos del niño de 20 noviembre de 1997 (Resolución B4-0954, 0968, 0980 y 0990/97) subraya en su número 5º la necesidad de *“prohibición total de la producción, del comercio, del transporte y de la tenencia de material que incite a los abusos sexuales contra niños”*.

Esta filosofía ha cristalizado en las propuestas contenidas en la Decisión Marco 2004/68/JAI, cuyo contenido ha sido extractado supra.

Entrando directamente en la resolución de la Consulta y conforme a lo ya subrayado, tanto el tipo de distribución como el de posesión tienen el nexo común de sancionar conductas que se producen con posterioridad a la consumación del ataque a la libertad sexual, indemnidad sexual del menor, por lo que difícilmente puede mantenerse que sean esos los bienes jurídicos protegidos, al menos como delito de lesión.

Así, puede apuntarse en ambas conductas una dimensión lesiva que les acercaría al encubrimiento como favorecimiento real, como tipos preordenados a la represión de acciones que si bien contribuyen al hecho con posterioridad a la consumación formal del delito, lo hacen con carácter previo a su agotamiento material. Al igual que la actividad del perista es un estímulo para que se cometan delitos contra la propiedad, el distribuidor y el adquirente de pornografía infantil perpetúan el ataque a la dignidad de los niños que han sido grabados previamente y además pueden contribuir al mantenimiento y expansión de futuras actividades criminales contra menores concretos, para generar nuevo material con el fin de satisfacer la demanda.

Avanzando en esta línea, parece que para las conductas de tráfico sin la previa utilización de menores y para las conductas de simple posesión, la exégesis más acertada es la que identifica como bien jurídico protegido la indemnidad sexual de los menores en general, como tipo de peligro. La punición de estas conductas se basaría, pues, en su peligrosidad en tanto favorecedoras de posibles futuras agresiones o abusos de menores a través del fomento de la pedofilia. En definitiva se trataría de reaccionar penalmente contra el potencial de estímulo de explotación sexual de los niños que éstas implican (vid. Propuesta de decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, 2001/0025). Dicho en otras palabras, el legislador quiere proteger la indemnidad sexual de los menores anticipando las barreras de protección penal. La indemnidad sexual de los concretos menores que aparecen en el material pornográfico no integraría, pues, el objeto de protección de la norma.

Se partiría, pues, de que tanto el simple consumidor, como el consumidor-distribuidor o el mero distribuidor contribuyen con su conducta a promover y mantener la explotación sexual de menores.

Tipificando estas conductas se acuñan tipos de peligro abstracto con los que en última instancia se trata de combatir la demanda de pornografía infantil para atacar la oferta, y, en definitiva evitar ataques sobre concretos menores.

Junto a la protección de la indemnidad sexual de los menores frente a conductas generadoras de riesgo, la propia Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1999 señala a la dignidad como bien jurídico protegido en estos nuevos tipos.

Qué duda cabe que también subyace en estas conductas una lesión al bien jurídico intimidad y propia imagen de los menores afectados, pero esta lesión es relativa, no concurre siempre ni es la ratio de la tipificación. De manera aún más pronunciada que los supuestos del tipo del art. 189.1 a), la protección a la imagen del menor a través del delito de distribución de pornografía es indirecta y refleja. Debe desde luego descartarse la tesis de que es precisamente este bien jurídico el que justifica la existencia de los tipos relativos a la distribución y a la posesión. Debe repararse en que el tipo del art. 189.1 b) sanciona las conductas aunque el material tuviera su origen en el extranjero o fuera desconocido. En estos casos es evidente que no se protege el bien jurídico intimidad, pues puede suceder que el material sea extranjero y en el país de procedencia la edad para prestar el consentimiento a actos intromisivos en la intimidad y la edad para consentir válidamente participar en actos pornográficos sea inferior a los 18 años. En los

supuestos en los que no estuviera identificado el menor que aparece en el material pornográfico (la mayoría en la práctica), tal desconocimiento impide descartar la anterior circunstancia (menor extranjero que ha consentido válidamente), y otros obstáculos semejantes (por ejemplo que el menor desconocido pueda ser ya mayor de edad y no quiera denunciar los hechos, teniendo en cuenta la cláusula del art. 201 CP). El Legislador ha tipificado expresamente los ataques a la intimidad y a la propia imagen en otro precepto del Código Penal, abarcando solo -como veremos infra- unas modalidades concretas de ataque a este bien jurídico. Esta falta de coincidencia entre el objeto de protección de uno y otro tipo implica que cuando el acto de distribución de pornografía infantil pueda subsumirse también en el tipo específico acuñado para proteger la intimidad y la propia imagen -art. 197 CP- no quedará uno desplazado por otro, aplicando las disposiciones del concurso de normas, sino -en tanto necesarios ambos para abarcar la total antijuridicidad de los hechos- habrán de aplicarse simultáneamente, como concurso ideal de delitos.

En definitiva, los tipos de los arts. 189.1 b) y 189.2, a diferencia del tipo del art. 189.1 a) no protegen bienes personalísimos sino la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos. Por tanto, en ambos casos, siendo el objeto material del delito el material pornográfico como un todo, no puede dividirse el título de imputación en atención al número de menores que aparezcan en el mismo.

Este debe ser el elemento central para resolver la cuestión debatida. Cuando el sujeto activo del delito actúa sobre un material ya elaborado, no ataca el bien jurídico individual libertad/indemnidad sexual de los menores afectados, por lo que la conducta es única y también lo es la valoración jurídica, con independencia de si las imágenes representan a un único menor o a varios. A contrario, cuando el sujeto activo del delito actúa elaborando el material, en relación directa con los menores afectados, comete tantos delitos como menores, en régimen de concurso real, y sin perjuicio de que puedan también cometerse simultáneamente otros delitos contra la libertad sexual de los menores, si para elaborar el material pornográfico se incurre o se hace incurrir al menor en otras conductas con relevancia penal.

El tipo del art. 189.1 b) no atiende a bienes jurídicos individuales, como se desprende de la descripción de la conducta, que recae no sobre un menor o varios menores, sino sobre el material pornográfico como un totum. Robustece esta conclusión la expresa declaración legal de la irrelevancia de que el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido, declaración que apunta a un tratamiento del material desconectado de los sujetos afectados.

Aunque hasta fechas recientes repasando las resoluciones recaídas en la jurisprudencia menor no se podía encontrar ningún pronunciamiento que abordara en profundidad las cuestiones objeto de análisis, es lo cierto que en numerosos supuestos se castiga la posesión para distribución o la distribución de material pornográfico consistente en fotos de plurales menores como un único delito: en este sentido puede reseñarse los casos analizados por las SSAP Alicante, sec. 2ª nº 21/2006, de 17 de enero; Valencia, sec. 5ª, nº 178/2005, de 17 de mayo; Tarragona, sec. 2ª, nº 447/2005, de 10 de mayo; Cáceres, sec. 2ª, nº 84/2004, de 17 de junio; Málaga, sec. 3ª, nº 413/2004, de 5 de julio; Madrid, sec. 2ª nº 206/2004, de 6 de mayo; Guipúzcoa, sec. 2ª nº 2112/2004, de 20 de mayo; (Gijón) Oviedo, sec 8ª de 23 de octubre de 2003; Córdoba, sec. 3ª, nº 188/2003, de 7 octubre; Jaén, sec. 1ª, nº 50/2002, de 26 de septiembre y Alicante, sec. 1ª, nº 614/2001, de 15 de octubre. También en el caso analizado por la STS nº 1444/2004, de 10 de diciembre, aunque no se plantea la cuestión, se confirma una condena por un solo delito pese a que el material pornográfico que se distribuía consistía en 911 archivos de imágenes y varios archivos de video conteniendo gran cantidad de imágenes pornográficas de niños.

Algunas resoluciones tienen el valor añadido de ser dictadas directamente por la Sala en única instancia, decantándose también por apreciar un único delito. En este sentido puede citarse las SSAP Sevilla, sec. 1ª nº 604/2005, de 30 de noviembre; Alicante, sec. 1ª nº 614/2001, de 15 de octubre o Jaén, sec. 1ª nº 50/2002, de 26 de septiembre.

Por contra, no se han encontrado sentencias que condenen al distribuidor por tantos delitos como menores aparezcan en el material incautado. Las sentencias citadas en apoyo de su postura por la Fiscalía favorable a la tesis del concurso real (SSTS nº 1632/2000, de 24 de octubre, nº 1342/2003, de 20 de octubre y SAP Valladolid, sec. 2ª 886/2002, de 30 de noviembre) tampoco se pronuncian con la necesaria claridad sobre la cuestión debatida.

La solución apuntada también resulta adecuada desde el punto de vista de la proporcionalidad de la respuesta penal. En efecto, no parece que pueda equipararse la entidad de la antijuridicidad inherente al empleo de varios menores para elaborar material pornográfico con la difusión, sin haber participado ni material ni moralmente, del material producido.

De admitirse la concurrencia de tantos delitos como menores afectados en las conductas del art. 189.1 b), se produciría una injustificada equiparación total en el tratamiento punitivo de las acciones sancionadas en este precepto con las penadas en el art. 189.1.a).

Por lo demás, si se opta por castigar por tantos delitos como menores aparezcan en el material, por los mismos motivos tales conclusiones parece tendrían que trasladarse al tratamiento penal de la posesión de material pornográfico del art. 189.2, en cuyo caso la desproporción aparecería si cabe con más nitidez.

Por tanto, el concepto material pornográfico a efectos de los tipos del art. 189.1 b) y 189.2 se integra tanto con imágenes referidas a un solo menor, como por imágenes referidas a una pluralidad de éstos.

Por más execrables que tales conductas sean, el tamiz del principio de proporcionalidad y la exégesis conforme al bien jurídico protegido aportan pautas que abogan por evitar interpretaciones maximalistas.

Debe por lo demás, conforme a lo ya apuntado, repararse en que desde un punto de vista criminológico, con el avance imparable de Internet (principal canal de difusión de los materiales de pornografía infantil) la figura del consumidor de pornografía infantil y la del distribuidor de este repulsivo material se funden y confunden con la universalización de la utilización de los programas de archivos compartidos, en los que todos los internautas conectados reciben y aportan material referido en muchas ocasiones a un gran número de menores, difícilmente singularizables en un escrito de calificación o en una sentencia.

Descartado el concurso de delitos incluso en su modalidad ideal, una vía adecuada para traducir penológicamente la mayor antijuridicidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad podría eventualmente encontrarse en la aplicación del subtipo agravado del art. 189.3 c) (cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico).

En última instancia, podrá traducirse la potencial mayor gravedad de la distribución o posesión de imágenes de plurales menores por medio de las reglas de dosimetría penal, utilizando las posibilidades que ofrece la regla 6ª del art. 66 CP, conforme a la que cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Recientemente la STS nº 913/2006, de 20 de septiembre, aunque no aborda específicamente esta cuestión, al analizar el bien jurídico protegido por el tipo de distribución de pornografía infantil parece decantarse por considerarlo de carácter supraindividual, cuando considera que *“nos encontramos ante lo que se podría denominar delito solitario, con incidencia sobre el bien jurídico cuando este ya ha sido lesionado, por aquellos que corrompen a los menores en el proceso de elaboración del material. Es decir, la acción solitaria, inducida las mas de la veces por impulso sexuales incontrolados, no se dirige contra terceros concretos individualizados e identificados. Nos encontramos, por tanto, ante un delito de mera actividad. El legislador mantiene que el consumo de productos colgados en la red, induce, aunque sea remotamente a la lesión del bien jurídico protegido...”*.

También en esta dirección y con mayor grado de concreción, la SAP Pontevedra, sec. 2ª nº 30/2006, de 30 de octubre abordando específicamente por primera vez la cuestión planteada en la consulta declara que *“no puede aceptarse la calificación alternativa del Ministerio Fiscal en cuanto considera una pluralidad de delitos, tantos como menores afectados por la misma razón de que en la descripción de las conductas típicas, el 189.1b protege el bien jurídico no en su consideración individual y subjetiva de cada niño como sucede con los delitos que pudieran concurrir de abusos y agresión sexual o cualesquier otro contra la integridad, cometidos sobre los menores utilizados para la formación del material”*.

VII. Utilización de menores y continuidad delictiva

En el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico (art. 189.1 a) no existen obstáculos para que cuando se repitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, concurriendo los requisitos del art. 74 CP, sean susceptibles de calificarse y valorarse a través del expediente del delito continuado. Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la aplicación del delito continuado a delitos contra la libertad sexual ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes (vid. SSTS nº 1043/2005, de 20 de septiembre nº 28/2006, de 18 de enero, nº 275/2001, de 23 de febrero nº 190/1998, de 16 de febrero nº 784/1998, de 25 de mayo y nº 95/1999, de 26 de enero)

Aplicando tal doctrina al tipo del art. 189.1 a) se ha apreciado delito continuado en las SSAP Baleares, sec. 2ª, nº 38/2005, de 11 de febrero, Valladolid, sec. 2ª nº 886/2002, de 30 de noviembre y Alicante nº 501/2002, de 11 de noviembre.

VIII. Relaciones entre los delitos contra la intimidad/propia imagen y los delitos de pornografía infantil

El análisis de la cuestión planteada obliga también necesariamente a ampliar el radio de la Consulta, abarcando las relaciones entre los tipos de los arts. 189.1 y 189.2 y los tipos del art. 197 CP.

Recordemos que el apartado primero del art. 197 castiga con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa al que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.

El apartado tercero párrafo primero castiga (prisión de dos a cinco años) si se difunden, revelan o ceden a terceros las imágenes captadas.

El apartado tercero párrafo segundo sanciona (prisión de uno a tres años y multa) al que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento difunda, revele o ceda a terceros las imágenes captadas.

El apartado quinto dispone que cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

Debe tenerse presente que en la redacción original del Código Penal, en la que no se contenían tipos específicamente referidos a la distribución de pornografía infantil, se defendió que la incriminación podía realizarse a través de los tipos protectores de la intimidad, aunque tal alternativa se rechazó al considerarse que la *conditio sine qua non* para aplicarlos era la de que hubiera una previa filmación o captación subrepticia de imágenes pornográficas con menores. Por contra, se entendía que si la captación no era subrepticia, los hechos no podían calificarse conforme al art. 197.1 CP y consiguientemente tampoco podían ser calificados para los distribuidores conforme al 197.3 y 197.5 CP.

También se había venido considerando que los tipos del art. 197 CP exigían un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo, derivado del inciso “para descubrir (es decir, con la finalidad o con el ánimo de descubrir) los secretos o vulnerar la intimidad de otro”. En este sentido, SSTS nº 1641/2000, de 23 de octubre y nº 694/2003, de 20 de junio.

Esta conclusión estuvo en el origen de la modificación operada en el Código Penal en 1999 con el fin de introducir tipos específicamente dirigidos a castigar la distribución de pornografía infantil.

De hecho, y como apunte para la interpretación conforme a los antecedentes históricos, durante la tramitación del Proyecto que culminó en la reforma de 1999 hubo consenso entre los grupos parlamentarios en punto a la necesidad de colmar la laguna suscitada con respecto al tráfico de pornografía infantil.

Por tanto, en cuanto a la conducta de quien directamente elabora el material pornográfico incidiendo sobre menores concretos, habrá de entenderse aplicable el tipo del art. 189.1 a), que como adelantamos, entrará en su caso en concurso con el tipo de abuso o agresión sexual en que pudiera haberse incurrido para ejecutar las escenas grabadas. En caso de operarse sobre varios menores habrán de apreciarse tantos delitos del art. 189.1 a) cuantos menores hubieran resultado afectados.

Como excepción, cuando la operación de captación de la imagen se hubiera llevado a cabo de manera subrepticia, de modo que el menor no hubiera sido consciente de la filmación o grabación, el bien jurídico lesionado no sería otro que la intimidad y propia imagen del sujeto pasivo, no resultando lesionada la indemnidad sexual del mismo, por lo que habrían de calificarse los hechos conforme al art. 197.1 CP.

En efecto, la indemnidad sexual no quedaría perturbada en estos casos. Este bien jurídico protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su dimensión de derecho a un adecuado proceso de aprendizaje en libertad del comportamiento sexual, en relación con personas que por razón de edad o de incapacidad no han culminado su proceso de maduración. Si para captar la imagen se opera subrepticamente, ninguna interferencia en ese proceso de aprendizaje se genera.

Sin embargo, una eventual distribución o exhibición del material pornográfico subrepticamente obtenido daría lugar a la aplicación, además del delito del art. 197.1, 3 y 5 CP, a la del previsto en el art. 189.1 b) CP en régimen de concurso, pues a la lesión típica de la intimidad y propia imagen se acumularía la puesta en peligro de la indemnidad de los menores en general como bien jurídico protegido por el tipo de distribución de pornografía infantil.

En relación a la conducta del que no habiendo participado en la fase de elaboración interviene a posteriori difundiendo el material pornográfico, habrán de distinguirse dos supuestos:

Cuando las imágenes no hayan sido captadas subrepticamente (o no conste tal extremo, lo que será el supuesto ordinario cuando los menores que aparecen en el material pornográfico no están identificados) los hechos habrán de calificarse conforme al art. 189.1 b) CP.

Por contra, cuando los menores que aparezcan en el material pornográfico difundido sean personas perfectamente identificadas y quede acreditado que su imagen fue captada subrepticamente, devendrá aplicable, además del delito de distribución de pornografía infantil, el delito del art. 197.3 párrafo segundo CP pues en estos casos la lesión típica al bien jurídico intimidad y propia imagen aparece diáfana. Para ello será necesario que el distribuidor aún no habiendo participado previamente en la filmación o elaboración de imágenes, hubiera tenido conocimiento de las circunstancias en que fueron llevadas a cabo. En estos supuestos, en tanto se lesiona la intimidad del menor y simultáneamente se ataca al bien jurídico protegido por el tipo del art. 189.1 b), para abarcar la total antijuridicidad del hecho deberá acudir a la calificación conforme a ambos tipos en régimen de concurso ideal. Además, en principio habrá de partirse de la concurrencia de tantos delitos del art. 197.3 párrafo segundo cuantos menores resulten afectados.

IX. Concurso con agresiones y abusos sexuales

Como ya se ha adelantado, en relación con el tipo previsto en el art. 189.1 a), que protege bienes jurídicos individuales e individualizables, cada menor utilizado generará un delito, en régimen de concurso real. Además, si aparte de la utilización para elaborar material pornográfico los actos en sí son constitutivos de abuso sexual o agresión sexual, estos tipos también deberán ser aplicados en régimen de concurso. La aplicación de las disposiciones del concurso de delitos y no de leyes se justifica por la necesidad de aplicar simultáneamente los dos tipos para abarcar la total antijuridicidad de las acciones cometidas.

En efecto, el tipo de utilización para elaborar el material puede perpetrarse sin cometer simultáneamente ningún otro delito contra la libertad e indemnidad sexuales (por ejemplo, cuando se graban actos de contenido sexual de un menor de más de trece años sin emplear violencia o intimidación y sin emplear ningún otro medio típico). Los bienes jurídicos protegidos por unas y otras figuras delictivas tampoco son completamente coincidentes, pese a tener una zona de intersección. Pero incluso aunque se afirmara la unidad del bien jurídico, debe tenerse presente que la constatación de tal unidad no es suficiente para aplicar las disposiciones sobre el concurso de normas, pues la pluralidad delictiva puede fundarse en la existencia de distintas formas de atentar contra un mismo bien jurídico y en los supuestos analizados la utilización del menor con finalidad pornográfica supone un ataque sobreañadido al generado por el abuso o la agresión sexual grabada, fotografiada o filmada.

Por tanto, en la elaboración del material pornográfico, cuando la escena filmada o fotografiada consista en relaciones sexuales del menor con terceros, cuando la víctima sea menor de trece años o se haya empleado violencia, intimidación o los medios típicos del abuso, además del tipo del 189.1 a) devendrá aplicable el de agresión o abuso tanto para la persona que protagoniza la escena con el menor como para terceros que intervengan en la elaboración del material y que puedan considerarse inductores, cooperadores necesarios o cómplices.

Por lo demás, ya la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril subrayaba expresamente la necesidad de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentra en tan lamentable situación, declaración que en relación con los delitos relativos a la prostitución tuvo una concreta plasmación en el articulado del Código (art. 188.4 CP).

X. Conclusiones

1. En el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico (art. 189.1 a), en tanto la conducta incide sobre menores directamente, y en cuanto ello supone un ataque a bienes personalísimos, en especial a la indemnidad sexual de los mismos, los Sres. Fiscales apreciarán tantos delitos cuantos menores fueren afectados, en régimen de concurso real.
2. En el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico (art. 189.1 a) concurriendo los requisitos del art. 74 CP, cuando se repitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, no existen obstáculos para que los hechos puedan calificarse y valorarse a través del expediente del delito continuado.
3. Los tipos de los arts. 189.1 b) y 189.2, a diferencia del tipo del art. 189.1 a) protegen la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos. Siendo el objeto material del delito el material pornográfico como un todo, no puede dividirse el título de imputación en atención al número de menores que aparezcan en el mismo. Cuando el sujeto activo del delito actúa sobre un material ya elaborado, no ataca el bien jurídico individual libertad/indemnidad sexual de los menores afectados, por lo que los Sres. Fiscales partirán de que la conducta y la valoración jurídica son únicas, con independencia de si es un único menor o si son varios los afectados, por lo que se apreciará un único delito.

4. Descartado en estos supuestos el concurso de delitos, una vía para traducir penológicamente la mayor antijuridicidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad podría encontrarse, en su caso, en la aplicación del subtipo agravado del art. 189.3 c) (cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico).
5. Podrán los Sres. Fiscales, en su caso, traducir penalmente la potencial mayor gravedad de la distribución o posesión de imágenes de múltiples menores a través de las reglas de dosimetría penal, mediante las posibilidades que ofrece la regla 6ª del art. 66 CP, conforme a la que cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.
6. Cuando exista prueba de que el imputado hace acopio de material pornográfico y comparte el mismo con otras personas, los Sres. Fiscales deberán calificar tal conducta conforme al tipo del art. 189.1 b), pues la misma rebasa la limitada antijuridicidad de la mera posesión.
7. Cuando la operación de captación de la imagen se hubiera llevado a cabo de manera subrepticia, de modo que el menor no hubiera sido consciente de la filmación o grabación, al no resultar lesionada la indemnidad sexual habrán de calificarse los hechos conforme al art. 197.1 CP, al resultar típicamente lesionada la intimidad y la propia imagen y no conforme al art. 189.1 a).
8. Sin embargo, una eventual distribución o exhibición del material pornográfico subrepticamente obtenido daría lugar a la aplicación, además del delito del art. 197.1, 3 y 5 CP, a la del previsto en el art. 189.1 b) CP en régimen de concurso ideal, pues a la lesión típica de la intimidad y propia imagen se acumularía la puesta en peligro de la indemnidad de los menores en general como bien jurídico protegido por el tipo de distribución de pornografía infantil.
9. En relación a la conducta del que no habiendo participado en la fase de elaboración interviene a posteriori difundiendo el material pornográfico, cuando los menores que aparezcan en dicho material sean personas perfectamente identificadas y quede acreditado que su imagen fue captada subrepticamente, devendrá aplicable, además del delito de distribución de pornografía infantil, el del art. 197.3 CP párrafo segundo (difusión de imágenes atentatorias contra la intimidad). Para ello será necesario que el distribuidor aún no habiendo participado previamente en la filmación o elaboración de imágenes, hubiera tenido conocimiento de las circunstancias en que fueron llevadas a cabo. En estos supuestos, en tanto se lesiona la intimidad del menor y simultáneamente se

ataca al bien jurídico protegido por el tipo del art. 189.1 b), para abarcar la total antijuridicidad del hecho deberá acudir a la calificación conforme a ambos tipos en régimen de concurso ideal.

10. En relación con el tipo previsto en el art. 189.1 a), si además de la utilización del menor para elaborar material pornográfico, los actos grabados, filmados o fotografiados son en sí constitutivos de abuso sexual o agresión sexual, también deberán ser aplicados estos tipos en régimen de concurso real.

Madrid, 29 de noviembre de 2006
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
EXCMOS./ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.