

CONCLUSIONES

**SOBRE LA CIRCULAR 2/2015, SOBRE
LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA
INFANTIL TRAS LA REFORMA
OPERADA POR LO 1/2015**

OBSERVATORIO DE LA
JUSTICIA Y DE LOS
ABOGADOS

ÁREA PROCESAL PENAL



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

ÍNDICE

I. CONCLUSIONES	3
1. Concepto de pornografía infantil	3
2. Utilización de menores para fines pornográficos	5
3. Difusión de pornografía infantil	6
4. Posesión de pornografía infantil	7
5. Acceso a sabiendas a pornografía infantil	7
6. Supuestos en los que no concurre antijuridicidad material	8
7. Subtipos agravados de pornografía infantil	9
8. Subtipo hiperagravado	14

I.- CONCLUSIONES CIRCULAR 2/2015, SOBRE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015

1. Concepto de pornografía infantil

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

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

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

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

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

1.5 Pornografía virtual: el material al que se refiere el art. 189.1 d) habrá de integrarse por “imágenes realistas” de modo que se aproximen en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales.

Por ello, no deberán entenderse incluidos dibujos animados, manga o similares, pues no serían propiamente “imágenes realistas”, en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

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

1.7 Materiales excluidos: aunque no se ha incorporado a nuestro Derecho interno una excepción expresa en tal sentido, por aplicación del sistema de eximentes y de los principios generales de

OBSERVATORIO DE LA JUSTICIA Y DE LOS ABOGADOS

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Página 4

Derecho Penal, deben excluirse del ámbito de la pornografía infantil los materiales que tengan una finalidad médica, científica o asimilada.

2. Utilización de menores para fines pornográficos

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

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

2.3 En la modalidad de utilización de menores para elaborar pornografía, la conducta de quien participando en la elaboración del material pornográfico distribuye posteriormente el material elaborado habrá de tipificarse exclusivamente conforme al art. 189.1 a), partiendo de que la

ulterior acción de difusión habría de considerarse comprendida dentro de la fase de agotamiento.

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

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

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

3. Difusión de pornografía infantil

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

4. Posesión de pornografía infantil

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

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

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

5. Acceso a sabiendas a pornografía infantil

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

6. Supuestos en los que no concurre antijuridicidad material

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

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

7. Subtipos agravados de pornografía infantil

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

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

7.3 Utilización de menores de 16 años

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

7.3.2 Tras la reforma operada por LO 1/2015, al ampliarse la aplicación del subtipo agravado a la utilización de menores de dieciséis años, queda claro que solamente cabe aplicar este subtipo

agravado a quienes operan sobre menores de dieciséis años, y nunca a quienes lo que hacen es difundir material relativo a menores de dieciséis años, sin haber actuado sobre los mismos.

7.4 Carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.7 Material pornográfico de notoria importancia.

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

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

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

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

7.8 Pertenencia del culpable a una organización o asociación

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

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

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

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

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

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

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

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

7.10 Concurrencia de la agravante de reincidencia

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

8. Subtipo hiperagravado

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

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

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

En Madrid, a 25 de junio de 2015.

OBSERVATORIO DE LA JUSTICIA

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

C/ Serrano 11, Entreplanta

Tlf: 91.788.93.80. Ext.1217/1218

observatoriojusticia@icam.es