

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LAS ILLES BALEARS.

Grado en Derecho

DELITOS DE EXHICIONISMO Y
PROVOCACIÓN SEXUAL
(arts. 185 y 186 CP)



Vallori Servera, Ma Àngels.

43155246-R

Tutor: Eduardo Ramón Ribas

Trabajo de Fin de Grado.

2013/2014.

INDEX:

	<u>Página:</u>
<u>I.- Introducción.</u>	<u>3</u>
<u>II.- Regulación.</u>	<u>4</u>
<u>III.- Delitos de Exhibicionismo y Provocación sexual.</u>	<u>5</u>
1. Bien Jurídico Protegido.	5
2. Sujeto Pasivo del delito: menores e incapaces.	6
3. Elemento Subjetivo del Injusto.	7
III.I Artículo 185 CP.	10
III.I.I.- Modalidades típicas.	11
III.I.II.- Actos de exhibición obscena.	12
III.I.III.- Concursos.	13
III.II.- Artículo 186 CP.	16
III.II.I.-“Medio directo”.	16
III.II.II.- Material Pornográfico.	17
III.II.III.- Concursos.	19
<u>IV.- Conclusiones Generales.</u>	<u>22</u>
<u>V.- Bibliografía</u>	<u>24</u>

I.- INTRODUCCIÓN:

Los preceptos 185 y 186 regulados en el Código Penal (en adelante CP), tipifican los denominados delitos de exhibicionismo y provocación sexual, bajo el límite del derecho fundamental de la Libertad de Expresión, de opinión, de cátedra y de información (art. 20.4º CE).

Anteriormente, los preceptos citados se hallaban contemplados en los artículos 431 y 432 del CP de 1973, en tanto el primero disponía: *“el que ejecutare o hiciere ejecutar a otro actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 pesetas. Se impondrá la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las acciones previstas en el párrafo anterior ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento. Para proceder por el delito previsto en este párrafo será precisa denuncia de la persona agraviada”*; y el art. 432 establecía *“el que por cualquier medio difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 pesetas”*.

A la luz de lo precedente, se aprecian novedades legislativas fruto de las sucesivas reformas del CP. Así pues, de acuerdo con Mimblera Torres¹, el art. 185 del CP, amén de prescindir de la configuración del delito que tratamos como un delito de naturaleza privada y de elevar la pena prevista en el mismo, ha ampliado su espectro de operatividad posibilitando la verificación de actos de exhibición obscena ante menores de edad, entendiéndolo como aquellos menores de 18 años (art. 12 CE), y ante incapaces (art. 25 CP). Análogamente, apuntan Morales Prats y García Albero², el art. 186 amplía el elenco de edad del sujeto pasivo en la misma sintonía que el precepto 185, añadiéndole la exigencia que la difusión, venta o exhibición se efectúe por cualquier medio directo, lo que a priori supone una restricción del ámbito punible, por la exclusión de los medios indirectos.

¹ Mimblera Torres. (2ª edición) (2011). *Comentarios al Código Penal*. Lex Nova pág. 335 y 339.

² Morales Prats/García Albero. (1996). *Comentarios a la Parte Especial del derecho Penal*. Pamplona. Aranzadi editorial. Pág. 260 y 263.

Pese a estas modificaciones, ya en vigor los artículos 185 y 186 CP, el primero de ellos concretamente, fue sometido a dos modificaciones normativas posteriores a través de la LO 11/1999 de 30 de abril, y LO 15/2003, de 25 de noviembre, anota Mimbrera Torres:

- La primera reforma, vino a ampliar la pena de multa de tres a 10 meses inicialmente prevista por el mismo precepto a la de multa de seis a doce años, añadiéndole la pena de prisión de seis a un año.
- La segunda reforma, vino a modificar nuevamente la pena de multa, estableciéndola en marco punitivo de doce a veinticuatro meses, manteniéndose hasta día de hoy.

No obstante las diferentes reformas, el legislador deja sin precisar algunos términos descriptivos de las de las conductas tipificadas por los arts. 185 y 186 CP. Es por ello, que realizaremos una recopilación jurisprudencial a la par de doctrinal, cuyo fin es la interpretación de tales conceptos según la realidad social del momento, delimitando así el elenco de actuación típico de los preceptos mencionados.

II.- REGULACIÓN:

Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual ante **menores e incapaces** están regulados en el Capítulo IV del Título VIII del Libro II del Código Penal³.

El tenor de estos preceptos es el siguiente:

- **Art. 185 CP:** *El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.*
- **Art. 186 CP:** *El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses.*

³ LO 5/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal actualizado con la reforma del CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, y la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

III. DELITOS DE EXHIBICIÓN OBSCENA Y PROVOCACION SEXUAL:

No obstante tratarse de figuras delictivas distintas, los delitos de exhibicionismo obsceno y de provocación sexual comparten algunos elementos: protegen el mismo bien jurídico (1); deben ejecutarse ante idéntico sujeto pasivo (2) y exigen la presencia de determinado ánimo en el sujeto activo (3).

1.-Bien Jurídico Protegido⁴:

Los delitos tipificados en los arts. 185 y 186 CP regulan distintas conductas destinadas a la protección del derecho general de la **libertad e indemnidad sexual**⁵, ambas recogidas en el en el Capítulo IV del Título VIII del Libro II del Código Penal. Sin embargo, apunta Gómez Tomillo⁶, que cuando la potencial víctima es un menor o un incapaz el bien jurídico tutelado es solamente la indemnidad sexual y no la libertad sexual, pues entiende que no se puede proteger de algo que no se tiene.

Las actuaciones tipificadas en los preceptos anteriores protegen bienes jurídicos concretos, para así salvaguardar, desde diferentes ópticas, la no vulneración del derecho general de la libertad e indemnidad sexual.

En este sentido, el precepto penal 185 sanciona a quien ejecutare o hiciere ejecutar actos de exhibicionismo obsceno ante menores o incapaces, sin otra finalidad que la de proteger el bien jurídico asentado en “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, inmerso 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”⁷.

⁴ Hace referencia a los bienes que son protegidos por derecho, cuyo objeto de tutela tiene como último fin garantizar todo tipo de derechos, valores y bienes a partir del reconocimiento esencial de su pertenencia, buen uso y disfrute de cada persona

⁵ La jurisprudencia entiende por indemnidad sexual el derecho del menor no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad y su bienestar psíquico. Vid. STS 476/2006, de 2 de mayo [RJ 3106]. FJ 2º. STS 51/2008, de 6 de febrero [RJ 1850], FJ 9º.; STS 796/2007, de 1 de octubre [RJ 6495], FJ 3º.

⁶ Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova. Página 708.

⁷ Vid. STS 968/2009 de 21 de octubre: recurso interpuesto por Lorenzo, Segundo; SAP de Madrid (sección 2ª) núm. 219/2012 de 25 de abril, FJ: 1º; SAP de Sevilla (sección 1ª) núm. 465/ 2013 de 3 de octubre. FJ: 1º; STS de la AP de Cáceres (sección 2ª) núm. 20/2013 de 21 de enero; Sentencia de TS núm. 902/2010 de 21 octubre. RJ 2010\7876, FJ: 3º.

El art. 186 CP, persiguiendo el mismo objetivo que el precepto anterior, sanciona a quien, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores e incapaces. Por esta razón es que se trata de proteger “el derecho a no resultar dañadas en el proceso de formación sexual y en el desarrollo y evolución de la personalidad del menor o incapaz en ese ámbito”. Recogido en la Sentencia núm. 961/2011 del Tribunal Supremo.

En consecuencia, cabe resaltar la interpretación del Tribunal Supremo en la STS 968/2009 de 21 de octubre ⁸. Así pues, en contra de lo que ocurría con los precedentes legislativos de los artículos citados anteriormente, no se trata ya de proteger la decencia pública, el pudor, como concepto general, sino que actualmente tiende a proteger a la infancia, ya que, tratándose de personas cuya personalidad se encuentra aún en formación, la contemplación o la realización de actos de elevada proyección sexual o erótica puede serles tremendamente perjudicial, incluso traumáticos 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 así al menor de una descarga cognitiva que evolutivamente no puede asimilar, entrando en juego su equilibrio psíquico, sus parámetros valorativos y en suma, su adecuado desarrollo y maduración personal. Así lo apunta la sentencia citada del Tribunal Supremo aludiendo además a jurisprudencia propia de la Sala ⁹.

2.-Sujeto Pasivo del Delito: MENORES E INCAPACES.

La jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo ¹⁰, entiende que se precisa de un sujeto pasivo concreto al que van dirigidas las actuaciones citadas, al apoyar la existencia de tres elementos configuradores del delito: “1) *carácter pornográfico del*

⁸ Vid. STS 968/2009 de 21 de octubre: recurso interpuesto por Lorenzo, Segundo; SAP de Madrid (sección 2ª) núm. 219/2012 de 25 de abril FJ: 1º; SAP de Sevilla (sección 1ª) núm. 465/ 2013 de 3 de octubre. FJ. 1º.

⁹ Vid. STS de 21-10-2009, 6-5-2010, 19-5-2010 y 29-12-2011.

¹⁰ Vid. La Sentencia del TS núm. 796/2007 de 1 de octubre, [RJ 2007/6495] FJ. 4º.

material exhibido; 2) que la exhibición se realice a menores de edad; y, 3) el elemento intencional o doloso del agente”

En el mismo sentido que recoge Córdoba Roda¹¹, entendemos que los únicos sujetos pasivos de delito son “los menores e incapaces”. Sin embargo, no puede afirmarse que toda exhibición realizada ante dicho sujetos sea constitutiva de delito de exhibicionismo o provocación sexual. Por ello es preciso, puntualiza Cordoba, tener en cuenta las características personales de los sujetos pasivos en orden a afirmar o probar la dañosidad de la conducta para el desarrollo de su sexualidad libre de interferencias perjudiciales.

Por **menores**, debemos entender aquellos con edad inferior a 18 años, ampliándose así, entiende Morales Prats/ García Albero¹², el elenco de sujetos pasivos, pues el artículo 341 y 342 del CP de 1973 sancionaba la conducta de exhibicionismo obsceno cuando era realizada ante menores de 16 años. En cuanto a los **incapaces**, debemos sujetarnos al art. 25 CP, cuyo precepto penal viene a sustituir al concepto de deficientes mentales manejada por el artículo 431 del CP de 1973, apuntan Morales Prats/ García Albero.

No obstante lo anterior, son ellos quienes añaden la paradoja de que el derecho penal otorgue al menor, mayor de 13 años y menor de 18, la capacidad para mantener relaciones sexuales no viciadas por abuso de superioridad o engaño, y sin embargo se prohíba que pueda ser confrontado con actos de exhibición obscena. De ahí que el legislador reclame que la conducta sea ejecutada sin el consentimiento del menor, involucrándolo en un contexto sexual. Pues se trata de una exigencia que se acentúa cuando más se acerca el sujeto pasivo al umbral de la edad que determina su plena capacidad.

3.- Elemento Subjetivo del Injusto:

Diferenciando el elemento subjetivo del injusto del dolo, hay que citar que este segundo elemento es eminente en ambos tipos delictivos. Pues, bajo la interpretación

¹¹ Córdoba Roda, (2004). Comentarios al código Penal. Parte especial. TOMO I. Madrid, Barcelona. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. página 381.

¹² Morales Prats y García Albero. (9ª edición). (2011). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Navarra. Editorial Aranzadi S.A., Pág. 367.

de Córdoba¹³, se requiere que los actos realizados a conocimiento y voluntad del autor tengan un específico fin de visión o alcance por parte de menores o incapaces, involucrándoles en un contexto sexual perjudicial para ellos. Así lo sostiene la SAP de Burgos de 13 de junio de 2000 en la misma forma que la Sentencia del TS de 10 de octubre de 2000.

Sentado lo antecedente, existen opiniones dispares en cuando a la exigencia o no de elemento subjetivo del injusto fundado en el ánimo lascivo del sujeto activo, para la tipificación de los actos llevados a cabo por el autor en las conductas recogidas en los preceptos 185 y 186 CP. En efecto, podemos diferenciar por una parte una línea doctrinal y jurisprudencial que defiende la no existencia de elemento subjetivo del injusto; en contraposición a la línea doctrinal y jurisprudencial que entiende la necesidad de elemento subjetivo del injusto por parte de los tipos delictivos de los artículos 185 y 186 CP.

Siendo así, citamos a Gómez Tomillo¹⁴ quien defiende, bajo apoyo jurisprudencial¹⁵, la postura de no exigencia de elemento subjetivo del injusto en los tipos delictivo comentados. Ellos afirman que no cabe necesidad de que el intérprete añada elementos que no figuran en la descripción legal, arrogándose funciones legislativas. Por consiguiente, señalan que en los casos en que el autor actúe estimulado exclusivamente por un ánimo lucrativo, por ejemplo, en modo alguno puede excluirse la relevancia del hecho, dejando desprotegida a la víctima.

En este sentido, recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 20/2013, que concretamente el art. 185 no requiere un específico elemento subjetivo del tipo, pues implicaría que la conducta del acusado estuviera subjetivamente dirigida a ser observada por menores por lo que los requisitos subjetivos de culpabilidad se cumplen con la conciencia en el sujeto activo del delito de que la conducta está ocasionando la situación de riesgo, que se pretende evitar con la tipificación del delito y, a pesar de dicha conciencia, no se abstiene de ejecutar la

¹³ Córdoba Roda, (2004). *Comentarios al código Penal. Parte especial. TOMO I.* Madrid, Barcelona. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. página 382 y 386.

¹⁴ Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal.* Valladolid. Lex Nova. Página 742.

¹⁵ Vid. STS 1553/2000 del 10 de octubre, FJ3º; Sentencia del TS núm. 51/2008 de 6 de febrero FJ. 9º

conducta peligrosa ya que la ejecuta. Por tanto, vemos que no se persigue la intención de ánimo lascivo, sino basta con que la conducta sea dolosa, es decir, que el actor sepa del posible riesgo que generará la ejecución de tales actos, y aun así, los lleva a cabo.

Igualmente lo entiende la sentencia de la SAP de Guadalajara¹⁶ al recoger que el art. 186 CP no exige elemento subjetivo del injusto especialmente determinado como atentar contra la formación o educación de los destinatarios, aunque tal finalidad esté ínsita en el reproche penal que fundamenta tal precepto.

En esta misma forma se posiciona la Sentencia del Tribunal Supremo 968/2009 de 21 de octubre. Pues en esta se recoge que si bien el *“art. 185 exige que la conducta sea dolosa o intencional, no se exige, en cambio, un elemento subjetivo del injusto especialmente determinado, como atentar contra la formación o educación de la menor, aunque tal finalidad está ínsita en el reproche penal que fundamenta tal precepto, cuyo bien jurídico -se insiste- protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores, esto es, un conglomerado de intereses y valores: La preocupación o interés porque los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y su bienestar psíquico, esto es, el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad”*. En este sentido, aparejado a la sentencia previamente mencionada, reitera su posición el Tribunal Supremo en la Sentencia 51/2008 de 6 de febrero¹⁷. Pues mantiene que el art. 185 no contiene elemento subjetivo del injusto especialmente dirigido a atentar contra la formación o educación del menor, aunque dicha finalidad esté ínsita en el precepto.

En contraposición a la línea anterior, encontramos a Morales Prats/ García Albero¹⁸ y Orts Berenguer¹⁹, defendiendo que en los delitos comentados reside un elemento subjetivo del injusto, cual es la tendencia lasciva con la que se realiza el acto típico. Así pues, apunta Morales Prats/García Albero que se parte de una tendencia

¹⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara núm. 127/2011, de 29 de noviembre FJ: 1º. Sentencia del Tribunal Supremo 51/2008, de 6 de febrero.

¹⁷ Vid. Sentencia de TS núm. 968/ 2009, de 21 de octubre [R] 2009, 5750.

¹⁸ Morales Prats y García Albero. (9ª edición). (2011). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Navarra. Editorial Aranzadi S.A., Pág. 368.

¹⁹ Orts Berenguer, Enrique. (3ª edición actualizada de acuerdo con la LO 5/2010). (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Tirant Lo Blanc. Página 281.

interna intensificada, de la que se desprende la obligación por parte del sujeto activo de realizar, de forma directa, la acción tipificada como delito. Por tanto, la aparición del ánimo lascivo o lúbrico en el sujeto sólo es posible en la medida que el sujeto activo y el pasivo traben una relación directa.

Asimismo, recogen los autores anteriores, que en lo referido al art. 185 CP permite delimitar el elenco de conductas a incriminar por dicho precepto, ya que en el supuesto caso de que un nudista se encontrase en una playa frente a casuales espectadores entre ellos menores de edad no constituye la conducta descrita por el art. 185. Por tanto, mediante este elemento subjetivo concretado en el ánimo lascivo de involucrar a la víctima, las conductas de difusión, venta o exhibición con destinatario indeterminado no albergan potencialidad para crear la referida intención morbosa de carácter sexual.

A más abundamiento sobre esta línea jurisprudencial, está la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 465/2013 de 3 de octubre, cual entiende que el elemento subjetivo *“consiste en el ánimo de involucrar a la víctima, menor o incapaz, en un contexto sexual con el que aspira satisfacer o excitar el deseo sexual propio o ajeno, pues a través de dicho acto, se introduce a la víctima en un contexto sexual perturbador de su intimidad”*. Ello significa que el actor persigue como fin de la actuación, involucrar al menor o incapaz en una situación erótica o más bien sexual, mediante la cual el sujeto activo logrará su satisfacción o excitación personal o ajena.

En efecto, al haber distintas opiniones doctrinales dispares y jurisprudencia a favor de ambas, es que cada parte puede alegar lo que a ella le convenga, si bien con argumentación suficiente para su defensa. Pues el Tribunal no establece jurisprudencia unánime al respecto.

III.I.- ARTÍCULO 185 CP:

*“El que **ejecutare o hiciere ejecutar** a otra persona actos de **exhibición obscena** ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.*

III.1.1.- MODALIDADES TÍPICAS:

De la propia redacción del artículo 185 CP, se desprende una doble posibilidad de ejecución de la conducta: “...ejecutar o hacer ejecutar a otro...”.

Haciendo referencia a **Orts**²⁰, entendemos que el culpable tanto puede ejecutar por sí mismo el acto lúbrico o de exhibición obscena, como hacer que lo realice otro.

En este sentido, entiende **Gómez Tomillo**²¹ que la expresión hacer ejecutar que utiliza la Ley resulta superflua, aunque tiene el sentido para cerrar el paso a intelecciones que excluyan la autoría mediata del ámbito de aplicación del tipo. En lo que se refiere al que ejecuta se está haciendo referencia a la autoría inmediata individual. Pero cuando se habla de hace ejecutar caben dos alternativas: A) si a quien se hace ejecutar es una persona responsable de sus actos, estamos en presencia de inducción penada con la misma pena que la autoría. B) a quien se hace ejecutar no resulta responsable de sus actos. En este último caso una intelección amplia de la posibilidad de autoría mediata llevaría consigo el mismo efecto.

En este sentido podemos diferenciar dos tipos de autoría: la mediata y la inmediata, según quien realice la conducta. Si el tercero se encuentra manipulado por el autor o bajo coacción, se dice que solo puede ser considerado instrumento al servidor del autor mediato, y no responderá penalmente por los actos realizados. En cambio, si respondería penalmente cuando realizara voluntariamente la acción típica del delito de exhibicionismo. Así lo señala Cordoba Roda²².

Por tanto, según la situación en que se halle el autor, es decir, si ha realizado la conducta voluntariamente o es un tercero instrumento del autor, se distinguirá su responsabilidad por los actos llevados a cabo, pues dicha situación tendrá trascendencia penal a la hora de sancionarlos.

²⁰ Orts Berenguer, Enrique. (3ª edición actualizada de acuerdo con la LO 5/2010). (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Tirant Lo Blanc. Página 280

²¹ Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova. Página 738.

²² Cordoba Roda, (2004). *Comentarios al código Penal. Parte especial. TOMO I*. Madrid, Barcelona. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. página 380

III.I.II.-EXHIBICIÓN OBSCENA.

El art. 185 CP recoge la tipicidad de la siguiente conducta: *“el que ejecutare o hiciere ejecutar a otros **actos de exhibición obscena** ante menores será castigado...”*. A pesar de esta regulación, el legislador no da un concepto claro y específico de lo que debemos entender por actos obscenos. Sin embargo, la delimitación o interpretación del concepto obsceno, ha de darse conforme a los parámetros culturales vigentes en cada momento, según recoge Gómez Tomillo²³.

Rodríguez Ramos²⁴ determina el significado del adjetivo *obsceno*, entendiéndolo como la realización de actos sexuales ante alguien, mostrando o exhibiendo los genitales, glúteos, y en casos esporádicos, glándulas mamarias. De igual forma lo recoge la Sentencia del TS de 2 de Noviembre de 1988, donde el Tribunal entiende que *“debe concluirse que lo constituye la intencionada y selectiva exhibición de los órganos genitales, especialmente si va acompañada de gestos o palabras de inequívoca significación lasciva”*. Apunta Gómez Tomillo²⁵ a lo anterior, que lo más frecuente conforme a la experiencia jurisprudencial parece ser la exhibición de los órganos sexuales, pudiendo consistir también en la masturbación o la realización del acto sexual.

Si bien, algunos autores admiten que el concepto de actos de exhibición obscena reclama conductas objetivamente lúbricas, que habrán de ser cualitativamente graves para colmar la exigencia típica relativa a la obscenidad del acto, como es el entender de Morales Prats/García Alberó²⁶. A más abundamiento, razonan que al ser el art 185 CP un delito de mera actividad, no exige que el exhibicionista no logre alentar los deseos sexuales del sujeto pasivo, bastando con que se presente con la potencial idoneidad para avivarlos. Lo anterior comporta que el tipo no exija contacto físico-sexual entre sujeto pasivo y sujeto activo. Así pues, llegamos a la misma conclusión que la recogida por Rodríguez Ramos: existencia de una doble exigencia en la conducta del autor, para que esta devenga típica del art. 185 CP,

²³ Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova. Página 738.

²⁴ *Derecho Penal Parte especial I* (1996). Madrid. Servicio de Publicaciones facultad derecho UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID. (pág. 173, V.2. Aspecto Objetivo).

²⁵ Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova. Página 738.

²⁶ Morales Prats y García Alberó. (9ª edición). (2011). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra. Editorial Aranzadi S.A.,

fundamentada, por un lado, en la lubricidad de los actos para que devengan típicos del CP, pues la falta de estos en la conducta del autor son en sí mismos irrelevantes, y por otro lado, que los actos llevados a cabo sean cualitativamente graves para colmar la exigencia típica relativa a la obscenidad del acto.

Por ello, es preciso añadir la advertencia citada por Orts²⁷. Esta consiste en no entender por actos de exhibición obscena tan solo las acciones exhibicionistas en sentido estricto, realizadas por personas que satisfacen su libido mostrando de manera sorpresiva sus órganos genitales a terceros, sin otra finalidad que la pura ostentación, sino toda una acción lubrica objetivamente considerada que se efectúa ante un menor o incapaz.

A raíz de lo anterior, podría plantearse la cuestión de si **¿el material escolar con caracteres sexuales en su contenido, podría englobarse dentro de éste adjetivo obsceno y por tanto ser constitutivo de delito del art. 185 CP?** En este sentido se posiciona el Catedrático de Derecho penal Gueralt Jiménez²⁸. Entiende por obsceno aquella exhibición que sobrepasa lo erótico y se desarrolla ante los ojos de un menor o incapaz, carente de función educativa o ilustrativa, buscando su agitación interna ante sensaciones cuya comprensión desconoce por falta de información. Sin embargo, si este material tiene un fin puramente educativo o pedagógico goza de causa de justificación, a pesar de que se trate de un delito de mera actividad. Es necesario examinar el fin perseguido en cada caso, para determinar si concurre o no, causa de justificación.

III.I.III.- CONCURSOS:

“¿Sería posible la concurrencia de esta modalidad típica con otros actos delictivos tipificados en el CP?”

El delito de exhibicionismo obsceno recogido por el artículo 185 CP es frecuente que se presente en concurrencia con otros tipos delictivos del Código Penal.

²⁷ Orts Berenguer, Enrique. (3ª edición actualizada de acuerdo con la LO 5/2010). (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Tirant Lo Blanc. Página 280.

²⁸ Gueralt Jiménez, *Derecho Penal español, parte especial (2002)*. Barcelona. Atelier, manuales universitarios.

Si bien, algunos autores también apuntan que puede aparecer inmerso en ellos, como es la postura de Gómez Tomillo²⁹ y Morales Prats/ García Albero³⁰.

Contemplando a Orts³¹, la conducta típica del delito de exhibicionismo, no precisa de violencia ni intimidación, al igual que tampoco engloba el contacto físico del autor con el menor, pues solo requiere una participación visual del sujeto pasivo. En caso de que estas se dieran, entraríamos en concurso del delito de exhibicionismo obsceno junto al de abusos sexuales o el de agresiones sexuales. Además, Cordoba Roda³² añade la posible concurrencia con el delito de detenciones ilegales si para obligar al menor o incapaz a presenciar la conducta de exhibición sexual se le priva de libertad ambulatoria más del tiempo preciso al efecto.

En síntesis, a modo de responder a la cuestión inicialmente planteada, es preciso destacar las dos conductas típicas que recoge el acto obsceno del art. 185. (Vid. Supra Apartado III.I.I.- Modalidades Típicas pág. 11):

- por un lado, la ejecución por si del acto de exhibición obscena, es decir, el sujeto activo realizase la acción sobre sí mismo en presencia de menores o incapaces,
- por otro lado, hacer ejecutarla conducta de exhibicionismo a un tercero.

Esta segunda modalidad abraza múltiples variantes, a tenor de lo señalado por Morales Prats/ García Alberto³³, pues entienden que cabe la concurrencia de este tipo delictivo con otros previstos en el CP. En este sentido se posiciona la STS 3 de noviembre de 1993³⁴. En ella se establece una diferenciación entre los actos de exhibicionismo y los abusos sexuales, aun tratándose de dos figuras delictivas integradas en el mismo título del CP, bajo la rúbrica de delitos contra la libertad e

²⁹ Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova.

³⁰ Morales Prats y García Albero. (9ª edición). (2011). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra. Editorial Aranzadi S.A.

³¹ Orts Berenguer, Enrique. (3ª edición actualizada de acuerdo con la LO 5/2010). (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Tirant Lo Blanc. Página 281.

³² Cordoba Roda, (2004). *Comentarios al código Penal. Parte especial*. TOMO I. Madrid, Barcelona. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. página 380

³³ Vid. *Supra* Apartado III.I.I.- Modalidades Típicas. Del presente trabajo.

³⁴ Vid. SAP de Zaragoza (sección 6ª) núm. 84/2013 de 6 de marzo, FJ: 10º, STS núm. 449/2010, de 6 mayo [RJ 2010\2680] FJ: 2º.

indemnidad sexual, razona en el mismo sentido Córdoba Roda³⁵, que la conducta de exhibicionismo obsceno se caracteriza por la ausencia de contacto físico. En efecto, la conducta del art. 185 requiere un distanciamiento físico entre el sujeto activo y el pasivo del delito, ya que se consume con la simple observación de la conducta. En cambio, los abusos sexuales exigen un contacto corporal (Vid. La STS de 6 de mayo de 2010). La distinción de estos tipos delictivos es lo que permite la concurrencia, sobre un mismo sujeto pasivo, de ambas conductas delictivas, es decir, puede darse un supuesto en el que existan actos de exhibicionismo obsceno acompañado de abusos sexuales.

Mencionando a Gómez Tomillo³⁶, entendemos que en los casos donde se obligue al menor o incapaz a sufrir un acto de exhibicionismo obsceno, bajo violencia o intimidación, descrita en el delito del art. 178 CP³⁷, desplazará la pena prevista en el art. 185 CP, pues el primero prevé una pena más grave que permite captar el desvalor procedente de tales actos violentos o intimidadores. En el mismo sentido se posicionan Morales Prats/ García Albero³⁸ al recoger que el delito de exhibicionismo constituyen el tránsito a un delito más grave que tenga por objeto al propio menor sujeto pasivo del acto de exhibición, procederá apreciar el concurso de leyes, castigándose sólo la infracción más grave. Así lo contempla el Tribunal en la STS de 20 de mayo 1998 [R] 1993, 4191.

Un ejemplo de la inmersión del tipo penal del art. 185 CP con otras conductas delictivas es el caso establecido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 252/2010 de 2 de julio, cuyo supuesto de hecho consiste en que el *“autor del delito sentó a la víctima en el sofá, le cogió la mano y se la acercó a su pene hasta que el mismo acusado eyaculó”*. La Audiencia considera al respecto que al realizar el autor

³⁵ Córdoba Roda, (2004). Comentarios al código Penal. Parte especial. TOMO I. Madrid, Barcelona. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. página 380

³⁶ Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova. Página 739.

³⁷ Este artículo figura redactado conforme al texto de la LO 5/2010 de 22 de junio (BOE nº. 152, de 23 de junio), y entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, cuya redacción es: el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación será castigado como responsable de agresión sexual con pena de prisión de uno a cuatro años.

³⁸ Morales Prats y García Albero. (9ª edición). (2011). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Navarra. Editorial Aranzadi S.A., Pág. 368.

actos mediante contacto físico con el menor, la conducta típica del art. 185 CP queda inmersa por el delito de abusos sexuales³⁹.

III.II.- ARTÍCULO 186 CP:

*“El que por cualquier **medio directo**, vendiere, difundiere o exhibiere **material pornográfico** entre menores e incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de seis o doce meses”.*

Mencionando a Morales Prats/García Albero⁴⁰, el artículo 186 no supone la incriminación de conductas genéricas relacionadas con la pornografía, pues una pretensión legislativa de tal tenor sería contraria a los derechos fundamentales a la libertad de expresión, producción y creación artística, literaria y técnica (art.20 CE) por ello, debemos entender que las acciones de vender difundir o exhibir material pornográfico, deben estar limitadas por tres criterios que a su vez constituyen los elementos típicos esenciales vertebradores del delito.

Bajo la interpretación del comentario de Morales Prats y García Albero, estos elementos son: el sujeto pasivo del delito (1); el cuestionado elemento subjetivo del injusto (2); el modo directo de realizar dichas acciones constitutivas de delito (3). Si bien, ya hemos determinado, en base a doctrina jurisprudencial, los dos primeros elementos del tipo (vid. supra), cabe establecer el alcance del *modo directo* de vender, difundir y exhibir el material pornográfico. En la misma medida, y no menos importante, también precisa de fijación el “material pornográfico” en cuando a su definición y alcance legal.

III.II.I.- “MEDIO DIRECTO”:

La mecánica comisiva del delito exige un medio directo de realización, señala Gil de la Fuente⁴¹. Por ello, se requiere de una relación directa entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, carente de intermediarios entre actor y destinatario, alega

³⁹ Vid. SAP de Castellón (sección 1ª) núm. 252/2010 de 2 de julio. FJ: 3º. SAP de Zaragoza (sección 6ª) núm. 84/2013 de 6 de marzo, FJ 10º.

⁴⁰ Morales Prats y García Albero. (9ª edición). (2011). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Navarra. Editorial Aranzadi S.A., Pág. 369.

⁴¹ Gil de la Fuente (2ª edición) (2007). *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. Madrid. La Ley grupo Wolters Kluwer. Pag. 467.

Gómez Tomillo ⁴², quién califica la conducta de “exigente de contacto personal entre el autor y la víctima”, es decir, obliga a la presencia física del menor en la difusión, venta o exhibición. Calificación no adecuada para la acción *de difundir*, pues matiza, que esta se lleva a cabo mediante televisión o internet, por lo que no cabe una interpretación estricta de “cualquier medio directo”, ya que estaríamos vaciando una de las modalidades comisivas previstas en la Ley, la difusión. De esta manera, es que la difusión concurriría en acción típica del art. 186 cuando captase la transmisión del material a una pluralidad de menores, apunta Gómez Tomillo.

Sin embargo, no toda exhibición circunstancial que por efectuarse genéricamente pueda ser percibida por menores o incapaces, resultara relevante penalmente. Pues en este caso, el quiosquero que tiene expuestas revistas con contenido pornográfico, y las ven menores que van a comprar, no concurriría dentro del tipo delictivo del art. 186, pues no se considera forma directa, ya que no había una intención estricta de que los menores contemplaren las revistas (ejemplo de Morales/Prats), de igual forma que no obtiene calificación de delito de provocación sexual, aquel sujeto poseedor de una página web, donde se divulga pornografía, en la que acaban accediendo menores o incapaces (ejemplo de Gómez Tomillo).

Por todo lo anterior, considero que el “**medio directo**” por el cual deban realizarse las acciones típicas del precepto citado, conlleva una relación entre víctima y autor del delito, pues el acto de vender, difundir o exhibir, debe tener como fin un sujeto/s pasivo/s concretos. Lo que excusaría de relevancia penal aquellas conductas realizadas con destinatario indeterminado.

III.II.II.-MATERIAL PORNOGRÁFICO:

El precepto 186 CP recoge “*el que por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere **material pornográfico** entre menores o incapaces, será castigado...*”. Sin embargo, el legislador no establece un concepto claro y conciso de material pornográfico. Por ello, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo realiza una labor jurisprudencial cuyo fin es limitar el alcance del concepto material y del adjetivo

⁴² Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova. Página 740.

pornográfico, ya que según Diez Ripollés⁴³, no todo objeto o juguete de carácter pornográfico que se vendiere, exhibiere o difundiere ante menores o incapaces es penalmente punible bajo la conducta del art. 186.

Existe legislación extrapenal que se encarga de establecer unos criterios de calificación del término pornografía, apunta Morales Prats/García Alberó⁴⁴. Sin embargo, Gil de la Fuente⁴⁵ y Rodríguez Ramos⁴⁶ añaden un criterio determinante para la calificación de un material como pornográfico. Este consiste, según los autores citados, en una *“inmersión en la obscenidad más grosera y procaz, recreándose en ella sin otro fin que el de conseguir la excitación sexual de quien contemple, y además que aquél no tenga un valor literario, artístico, científico o pedagógico”*. A más abundamiento, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de Diciembre de 2010⁴⁷ recoge otra definición afín a la anterior, aunque añadiéndole con algunos matices. En ella se califica de material pornográfico *“la suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes”* así como todo *“aquello que destorga los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas”*.

En la misma forma que la Audiencia Provincial, en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1055/2009 de 3 de noviembre⁴⁸ se afirma que por material pornográfico debemos entender *“toda aquella representación, por cualquier medio, de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”*.

⁴³ Diez Ripollés, (1992). *Exhibicionismo y pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Barcelona.

⁴⁴ *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. (1996). Pamplona. Aranzadi editorial. (Pág. 263)

⁴⁵ Gil de la Fuente (2ª edición) (2007). *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. Madrid. La Ley grupo Wolters Kluwer. Pág. 467

⁴⁶ Rodríguez Ramos. *Derecho Penal Parte especial I (1996)*. Madrid. Servicio de Publicaciones facultad derecho UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID. (Pág. 174)

⁴⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1991 [RJ 1991\755]; STS 51/2008, de 6 de febrero [RJ 1850], FJ 9º; y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre de 2010, [JUR/2012/110210] FJ: 6º;

⁴⁸ Vid. STS núm. 1055/2009, de 3 de noviembre [RJ 2009/7828], FJ 3º; definición sujeta al art. 2. c) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado en España según texto del BOE de 31 de enero de 2002.

Por tanto, la línea jurisprudencial relativa a la determinación del término “material pornográfico” gira en torno la misma dirección. Pues, fija Gómez Tomillo⁴⁹, que toda definición se ajusta a tres criterios esenciales para la óptima calificación de un material como pornográfico. En efecto, la Sentencia del TS núm. 796/2007⁵⁰ los enumera: 1º.- que consiste en conductas o materiales obscenos cuya finalidad única sea excitar el instinto sexual, 2º.- que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisible las convenciones sociales del lugar y momento, 3º.- que si se trata de una obra, carezca de justificación científica, literaria o artística.

Derivado de las definiciones de material pornográfico, estima Rodríguez Ramos⁵¹, cabe una diferenciación de la pornografía en dos sentidos: uno positivo y otro negativo. El positivo es la tendencia de la representación gráfica, sonora y/o escrita, a excitar sexualmente. Por el contrario, la negativa se funda en la ausencia de valores éticos, informativos o científicos.

No obstante las definiciones emanadas del Tribunal junto a los requisitos establecidos, apunta la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 30 de diciembre de 2010, que el concepto de pornografía va evolucionando en el transcurso del tiempo, de manera que debe entenderse y valorarse en función de las costumbres y pensamientos sociales de cada época, conectada con los usos sociales de cada momento histórico. Por ello, no concurre la posibilidad de establecer un concepto claro y perpetuo que tilde de pornográfico algún material.

III.II.III.- CONCURSOS:

¿Podría darse un concurso de delitos?

Mencionando a Gómez Tomillo⁵², podemos distinguir dos tipos de concurso: un concurso real y un concurso ideal, según si el acto se realiza repetidas veces sobre el

⁴⁹ Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova. Página 742.

⁵⁰ Vid. STS núm. 796/2007, de 1 de octubre [RJ 6395] FJ: 3º; y la Sentencia AP de Guadalajara núm. 127/2011, de 29 de noviembre [ARP 2012/41], FJ: 1º.

⁵¹ Rodríguez Ramos. *Derecho Penal Parte especial I (1996)*. Madrid. Servicio de Publicaciones facultad derecho UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID. (Pág. 174); STS del TS de 4 de mayo [RJ 1983\2639] y la del 15 de junio de 1983 [RJ 1983\3424] .

⁵² Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova. Página 743.

mismo sujeto pasivo o, si se realiza la acción típica en una sola ocasión ante una pluralidad de destinatarios.

En efecto, aclara Gómez Tomillo, ante el supuesto de realización de la acción típica del art. 186 ante una pluralidad de menores, debe apreciarse tantos delitos como menores o incapaces se vean afectados. Estaríamos ante un *concurso ideal*, pues en un solo acto se lesionan varios sujetos pasivos receptores de la acción. Por el contrario, cuando el sujeto activo ejecutara los actos del art. 186 una pluralidad de ocasiones, sin que devengan idénticos menores o incapaces, a tal reiteración se denomina *concurso real*.

Denominación distinta obtiene el hecho de una actuación reiterada cuando concurren idénticos sujetos pasivos y activos así como identidad de propósito lascivo. La jurisprudencia lo califica de *continuidad delictiva* (art. 74 CP), pues cita el Tribunal Supremo⁵³ que para declarar homogéneo el delito continuado es preciso que concurren los siguientes requisitos: 1.- pluralidad de hechos, 2.- concurrencia de un dolo unitario que trasparenta una unidad de resolución y propósito y da unión a una pluralidad de acciones comisivas, 3.- realización de las acciones en unas coordenadas próximas espacio-tiempo, 4.- unidad del precepto penal vulnerado, 5.- unidad de sujeto activo, 6.- homogeneidad de modus operandi.

Si bien, existe jurisprudencia opuesta en relación a la calificación de *concurso ideal* cuando el ejercicio del acto típico del art. 186 se realice frente una pluralidad de menores e incapaces. Entiende el Tribunal que se trata de un solo hecho delictivo, pues la propia dicción del tipo penal manifiesta que el material pornográfico se difunda o exhiba entre menores o incapaces y al emplear el plural (“S”), nos indica que el mismo delito se comete frente a un menor que ante un grupo de ellos, aunque cosa distinta es que el daño sea indemnizable de manera individualizada, puntualiza el Tribunal. Así lo recoge la Sentencia de la AP de Alicante núm. 16/1998 de 3 de febrero [ARP/1998/1134] FJ: 6º.

Por consiguiente, vemos que existen opiniones dispares en cuando a la sanción del concurso ideal del tipo penal comentado, no estableciendo una línea

⁵³ Vid. STS núm 523/2004, de 24 de abril; Sentencia AP de Castellón núm. 252/2010, de 2 de julio [JUR/2010/303973] FJ: 3º;

jurisprudencial concisa que facilite la resolución de tales supuestos, dando una seguridad legislativa al respecto.

¿Podría concurrir la ejecución del precepto penal 186 con otro tipo delictivo?

Existe respuesta afirmativa al respecto. Rodríguez Ramos⁵⁴ señala que la jurisprudencia ha considerado diferentes los actos de exhibición respecto a los de agresiones sexuales, así como los abusos del mismo carácter. Pues en los primeros existe un cierto distanciamiento físico con una relación puramente ocular, mientras que en los segundos hay contacto corporal, por lo que pueden concurrir supuestos en los que existan actos de exhibicionismo obsceno o de muestras pornográficas, acompañados de abusos o agresiones sexuales. En efecto, cabe la concurrencia del tipo penal del art. 185 o 186 con los delitos del art. 178 y 181.

En relación a la definición de material pornográfico, podríamos plantearnos el hecho de que los centros educativos de primaria y secundaria proyecten películas o imágenes de esta índole, **¿sería concurrente del tipo penal del art. 186?**

En estos casos existe “causa de justificación” o “Privilegio del educador”, cita Orts Berenguer⁵⁵. A tenor de la interpretación de Morales Prats/García Albero⁵⁶, cuando el material pornográfico tenga un fin educativo, artístico, pedagógico o científico se entenderán que el mismo goza de causa justificativa de poder calificar la conducta como típica del precepto penal, a pesar de que se trate de un delito de mera actividad. A más abundamiento, tal fin educativo, artístico, pedagógico o científico haría carecer del tercer criterio esencial para la calificación de un material como pornográfico, bajo el razonamiento de la Sentencia del TS núm. 796/2007 (véase supra, apartado III.II.II).

⁵⁴ Rodríguez Ramos. *Derecho Penal Parte especial I (1996)*. Madrid. Servicio de Publicaciones facultad derecho UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID. (Pág. 174)

⁵⁵ Orts Berenguer, Enrique. (3ª edición actualizada de acuerdo con la LO 5/2010). (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Tirant Lo Blanc. Página 286.

⁵⁶ Morales Prats y García Albero. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. (1996). Pamplona. Aranzadi editorial. (Pág. 263).

IV.- CONCLUSIONES GENERALES:

De todo lo expuesto hasta el momento, se pone de manifiesto la voluntad del legislador, consistente en la utilización de conceptos ambiguos para la regulación de las conductas reguladas en los preceptos 185 y 186 CP. Esta falta de determinación permite que estos conceptos se adecuen a la realidad social de cada momento. Es por ello, que el legislador deja en manos de la jurisprudencia la concreción de estos términos, labor necesaria dado el aumentado del porcentaje de consumación durante los últimos años, según el Instituto Nacional de Estadística.

No obstante, ajustándose a las interpretaciones jurisprudenciales realizadas por los Tribunales con el objetivo de concretar o reducir la ambigüedad de los términos definidores de la conducta típica y adecuarlos a la realidad actual, concluimos que:

Bien Jurídico Protegido: Si bien ambas conductas van destinadas a la protección del derecho general de la libertad e indemnidad sexual, cada una individualmente protege un bien jurídico concreto para salvaguardar así en derecho general. En este sentido, el art. 185 *“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”* (Sentencia del TS núm.968/2009 de 21 de octubre). Sin embargo, el art. 186 busca la protección del *“derecho a no resultar dañadas en el procedo de su formación sexual y en el desarrollo y evolución de su personalidad en ese ámbito”* (Sentencia núm. 961/2011 del Tribunal Supremo).

Sujeto pasivo: En el mismo sentido que recoge Córdoba Roda⁵⁷, entendemos que los únicos sujetos pasivos de delito son “los menores i incapaces”. Por **menores**, debemos entender aquellos con edad inferior a 18 años, ampliándose así, entiende Morales Prats/ García Alberó⁵⁸. En cuanto a los **incapaces**, debemos sujetarnos al art. 25 CP.

⁵⁷ Córdoba Roda, (2004). Comentarios al código Penal. Parte especial. TOMO I. Madrid, Barcelona. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. página 381.

⁵⁸ Morales Prats y García Alberó. (9ª edición). (2011). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Navarra. Editorial Aranzadi S.A., Pág. 367.

Elemento subjetivo del injusto: Existen opiniones dispares en cuanto a la concurrencia en los tipos penales 185 y 186 de un elemento subjetivo del injusto centrado en un ánimo lascivo o lúbrico de involucrar a la víctima.

Exhibicionismo obsceno: concepto ambiguo del precepto 185 CP cuya consumación hace típica la conducta llevada a cabo por el autor. La interpretación doctrinal realizada hasta el momento, entiende por exhibicionismo obsceno *“la realización de actos sexuales ante alguien, mostrando exhibiendo los genitales, glúteos, y en casos esporádicos, glándulas mamarias”*, así lo apunta Rodríguez Ramos⁵⁹. Si bien matiza, que estos deben ir dirigidos a un sujeto pasivo concreto con el fin único de alcanzar la excitación o colmar los deseos sexuales del sujeto activo.

Medio Directo: la conducta realizada por el sujeto activo del art. 186 CP exige un contacto personal entre el autor y la víctima. Así lo interpreta Gómez Tomillo⁶⁰ a tenor de la misma redacción del precepto penal citado.

Material Pornográfico: concepto ambiguo del precepto 186 CP, necesario para que se dé la conducta tipificada en el mismo. La jurisprudencia más reciente, entiende por material pornográfico *“toda aquella representación, por cualquier medio, de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”* (sentencia del TS núm. 1055/2009 de 3 de noviembre), siempre bajo la interpretación normativa de la realidad social del momento.

Concursos: la jurisprudencia afirma que es muy frecuente que los delitos de los arts. 185 y 186 aparezcan inmersos en la comisión de otros tipos delictivos tipificados en el CP. Lo más habitual es la concurrencia con los delitos de agresiones sexuales o abusos sexuales.

En efecto, se trata de actos delictivos cuyo fin es proteger, de modo general, la “inocencia” del menor, entendiéndolo como el desconocimiento o falta de información en estos ámbitos (inexperiencia). Ello es lo que persigue el Legislador mediante la tipificación de dichas conductas. A esta voluntad se le añaden las interpretaciones

⁵⁹ *Derecho Penal Parte especial I* (1996). Madrid. Servicio de Publicaciones facultad derecho UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID. (pág. 173, V.2. Aspecto Objetivo).

⁶⁰ Gómez Tomillo, Manuel (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova. Página 740.

jurisprudenciales y análisis doctrinales, cuyo fin es adaptar la regulación legal a la realidad social actual mermando la ambigüedad de los conceptos utilizados, quedando definidos los límites de comisión de las conductas.

V. BIBLIOGRAFÍA:

- Baucells, Lladós, Joan; Córbona, Roda, Juan; Cugat, Mauri, Miriam; García, Arán; Mercedes; Margaldi, Paternostro, Ma José; Rebollo, Vargas, Rafael. (2004). *Comentarios al Código Penal, Parte especial. Tomo I*. Madrid, Barcelona. Marcial Pons, ediciones Jurídicas y sociales, S.A.
- Carbonell Mateu, J.C.; González Cussac, J.L.; Martínez-Bujan, Perez, C; Orts Berenguer, E; Vives Anton, T.S. (3ª edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010) (2010). *Derecho Penal, Parte especial*. Valencia. Tirant lo Blanc.
- Gómez Tomillo, Manuel, y otros. (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Lex Nova
- Queralt Jiménez, Joan J. (4ª edición, revisada y puesta al día) (2002). *Derecho Penal español, parte especial*. Barcelona. Atelier, manuales universitarios.
- Quintero Olivares, Gonzalo; Morales Prats, Fermín; Valle Muñiz, José Manuel; Prats Canut, José Miguel; Tamarit Sumalla, Josep María; García Alberto, Ramón (1996). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona. Aranzadi editorial.
- Rodríguez Ramos, Luis (coordinador); Corina Oquendo, Pedro; Fernandez Jiménez, Ana; Gil de la Fuente, Juan; Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín; Rodríguez-Ramos Ladaria, Gabriel (2ª edición) (2007). *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. Madrid. La Ley grupo Wolters Kluwer.
- Rodríguez Ramos, Luis; Cobos Gómez de Linares, Miquel Ángel; Sánchez Tomás, José Miguel. (1996). *Derecho Penal Parte especial I*. Madrid. Servicio de Publicaciones facultad derecho UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID.

Índice de Sentencias:

- Tribunal Supremo:

Sentencia del TS de 4 mayo 1983. RJ 1983\2639 (Escándalo público)

Sentencia del TS de 15 junio 1983. RJ 1983\3424 (Escándalo público)

Sentencia del TS de 5 de febrero de 1991 RJ 1991\755.

Sentencia del TS 94/1999, de 10 de Febrero RJ 1999/849.

Sentencia del TS 1553/2000 del 10 de octubre RJ 2000\9151.

Sentencia del TS 476/2006, de 2 de mayo RJ 2006/3106.

Sentencia del TS 796/2007, de 1 de octubre RJ 2007/6495.

Sentencia del TS 51/2008, de 6 de Febrero RJ 2008/1850.

Sentencia del TS 968/2009, de 21 de octubre RJ 2009/5750

Sentencia del TS 1055/2009, de 3 de noviembre RJ 2009/7828.

Sentencia del TS 449/2010, de 6 mayo RJ 2010\2680.

Sentencia del TS núm. 902/2010 de 21 octubre. RJ 2010\7876.

Sentencia del TS 961/2011 de 20 de setiembre RJ 2011/7480.

Sentencia del TS 1377/2011, de 19 de diciembre RJ 2012/8615.

Sentencia del TS 830/2013, de 7 de noviembre RJ 2013/7468.

➤ Audiencia Provincial:

Sentencia de AP de Alicante núm. 16/1998 de 3 de febrero ARP 1998/1134.

Sentencia de AP de Burgos de 13 de junio de 2000 ARP 2000\2224.

Sentencia de AP de Cáceres núm. 8/2002 de 18 de abril ARP 2002/431

Sentencia de AP de Barcelona núm. 140/2008 ARP 2008/247

Sentencia de AP de Lleida núm. 473/2009, de 20 de noviembre ARP 2010/203

Sentencia de AP de Castellón núm. 252/2010, de 2 de julio JUR 2010/303473.

Sentencia de AP de Barcelona de 30 de diciembre de 2010 JUR 2010/110210.

Sentencia de AP de Guadalajara núm. 127/2011, de 29 de noviembre ARP 2012/41.

Sentencia de AP de Madrid núm. 219/2012 de 25 de abril ARP 2012/574.

Sentencia de AP de Cáceres núm. 20/2013, de 21 de enero ARP 2013/18.

Sentencia de AP de Zaragoza núm. 84/2013 de 6 de marzo JUR 2013\115960.

Sentencia de AP de Sevilla núm. 465/2013, de 3 de octubre JUR 2013/379923.