

EL DELITO DE EXHIBICIONISMO

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

SUMARIO

I. Evolución histórica. II. Bien jurídico. 1. Contenido de lo injusto. 2. Sujeto activo. 3. Sujeto pasivo. 4. Sistemática. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. IV. Antijuridicidad. V. Culpabilidad. VI. Iter criminis. VII. Autoría y participación. VIII. Concursos. IX. Penalidad

I. Evolución histórica.

Las conductas de «*exhibicionismo*» se han venido castigando de una forma más o menos explícita ya desde el primero de nuestros Códigos penales, de 1822, aunque no lo fueran con el nombre de exhibicionismo hasta 1988¹. El contenido de las figuras delictivas que castigaban el exhibicionismo y la gravedad de sus correspondientes penas han ido sufriendo históricamente variaciones de un Código a otro². A partir del Código penal de 1848 el exhibicionismo se vino castigando como una

¹ En el art. 531 del Código penal de 1822 se sancionaba como reo de delito contra las buenas costumbres, con la pena de arresto de cuatro a doce días o una multa de dos a seis duros, a cualquiera que, bañándose a la inmediación de paseo público, muelle, orilla de mar o río, o cualquier otro paraje concurrido se manifestare de propósito a la vista de personas de distinto sexo en estado de absoluta desnudez, o de modo que ofenda al pudor.

² Véase una exposición completa de la evolución histórica hasta justo antes de la aprobación del Código penal de 1995 en *Romero Sirvent*. 192-203.

modalidad de ofensa pública al pudor, es decir, lo que luego pasó a denominarse en sucesivos Códigos «**escándalo público**», entonces con la consideración de falta grave. Posteriormente, desde la reforma de 1850, las conductas de exhibicionismo fueron castigadas como delito (ha sido lo más frecuente) o como falta, al margen de que determinados casos de desnudez al bañarse se castigaran específica y separadamente como faltas³ hasta la reforma de 1963.

El Código penal de 1973, tras su reforma de 9 de junio de 1988, adoptó (en los arts. 431 y 432) la nomenclatura actual de «**delitos de exhibicionismo y provocación sexual**», incorporándola al Capítulo II del Título IX. A ello se sumó poco después, con la reforma del Código penal de 21 de junio de 1989, la trascendental modificación del objeto de protección de los delitos sexuales, que dejó de ser la honestidad y pasó a ser la libertad sexual, dando rúbrica a todo el título («*De los delitos contra la libertad sexual*»).

En la reforma de 1988 se suprimieron los delitos de *escándalo público*, uno de los cuales –el más importante y a través del cual se castigaban sobre todo las conductas de exhibicionismo y de difusión de pornografía– consistía en «*ofender el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia*». Definido el escándalo público de esa forma tan vaga e imprecisa, los comportamientos considerados delictivos por los jueces y tribunales habían ido variando con el trascurso de los tiempos y las consiguientes evoluciones en las concepciones sociales⁴. Además estos delitos eran difícilmente explicables en una sociedad pluralista, así que fueron sustituidos por las figuras de *exhibicionismo y provocación sexual*, más acordes con los principios de intervención mínima y de legalidad, y con la seguridad jurídica que las anteriores. Los nuevos ilícitos son completamente diferentes y comportan un cambio sustancial en la concepción de este género delictivo, aun cuando no hay que olvidar que el exhibicionismo, por un lado, y la venta, difusión o exhibición de pornografía, por otro, ya se castigaban como sendos delitos de escándalo público. Es decir, algunas conductas que eran constitutivas de escándalo público siguen siendo delictivas (la provocación sexual en sus dos vertientes de exhibicionismo y pornografía), si bien dejan de ser definitivamente constitutivas de delito otras conductas meramente “inmorales” (o al menos así

³ Se trataba de la falta consistente en bañarse faltando a las reglas de decencia y de seguridad establecidas por la autoridad.

⁴ Véase en este sentido *Vives Antón*. 47. Véase también la **STS de 24-7-1982, A. 4697**, donde se reconoce que el mandato legal contenido en el art. 431 del Código (de 1973), está «*expresado en una fórmula conscientemente abierta y comprensiva que, por el relativismo esencial de la materia, permite ponderar las circunstancias de cada caso dentro del marco ético y cultural vigente sometido a constante mudanza, y más en coyunturas históricas, como la presente, de muy activo dinamismo social.*»

calificadas por las concepciones sociales dominantes de entonces, como, por poner un ejemplo, lo fueron las manifestaciones más o menos públicas de homosexualidad⁵).

El cambio del escándalo público al exhibicionismo y provocación sexual se explica por la variación de las concepciones sociales en materia de sexualidad, lo que concretamente en estos delitos se traduce en que se deja de proteger la **moral sexual colectiva**, un bien jurídico supraindividual, que bien podía ser entendido como algo impuesto, para pasar a proteger un bien jurídico individual relacionado con la sexualidad de las personas y sobre la base de que éstas son sujetos de derechos. Indicativa de ello es la **STS 13-5-1993, A. 3903**, al señalar que «tras la reforma por la LO 5/1988, de 9 junio, del artículo 431 del Código Penal, el antiguo delito de escándalo público, que basaba su antijuridicidad en la ofensa a los sentimientos medios de moralidad y buenas costumbres reinantes en la sociedad, ha pasado a convertirse en un delito atentatorio a la **libertad sexual** de las personas».

Por lo que se refiere al delito de **exhibicionismo**, la primera definición que se dio del mismo no difería de la actual, aunque era algo más amplia, pues consistía en el comportamiento de ejecutar o hacer ejecutar a otro *actos lúbricos* o de exhibición obscena. Sin embargo, el círculo de sujetos pasivos del delito era bien distinto al principio, puesto que la ley diferenciaba en razón de la penalidad y de la perseguibilidad dos supuestos: el exhibicionismo ante menores de dieciséis años y deficientes mentales, que era un delito perseguible de oficio y comportaba las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas; y el exhibicionismo ante mayores de dieciséis años, condicionado a que se efectuara sin el consentimiento del sujeto pasivo, que era perseguible sólo mediante denuncia de la persona agraviada y castigado únicamente con la pena de multa antes mencionada.

Con la llegada del Código penal de 1995 el exhibicionismo ha experimentado una importante restricción de su campo de aplicación, limitándose estrictamente a los actos de exhibición obscena que se producen ante menores de edad o incapaces. De tal forma que desde su entrada en vigor quedó despenalizada la conducta de exhibicionismo en todos los demás casos, es decir, ante personas mayores de edad capaces (vid. **STC 232/1997**)⁶. Por otra parte, estamos ahora ante un de-

⁵ Véanse, entre otras, las **SsTS de 3-6-1976, A. 2858** y **16-6-1976, A. 3081**. Sobre estas y otras conductas que han sido castigadas como escándalo público, véase *Romero Sirvent*. 228-233.

⁶ Algún autor considera, sin embargo, que tales casos deben ser reconducidos a la falta de vejación injusta de carácter leve del art. 620.2 del Código penal; véase *Begué Lezaún*. 159.162.

lito exclusivamente público, es decir, perseguible de oficio, ya que no requiere denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o del Ministerio Fiscal (art. 191.1, *sensu contrario*)⁷.

II. Bien jurídico protegido.

Desde la introducción de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, no hay duda del carácter puramente individual del bien jurídico protegido⁸, si bien unos consideran que el bien jurídico es la libertad sexual⁹, mientras otros creen que se trata de la indemnidad sexual¹⁰. En cualquier caso éstos son bienes jurídicos personales, de los que es titular la persona física, y no la sociedad.

Al margen de la libertad o de la indemnidad sexuales, también hay quien considera que el bien jurídico lo constituye un conglomerado de intereses, que van del bienestar psíquico de menores e incapaces hasta su derecho a obtener un adecuado proceso de formación sin interferencias interesadas¹¹.

Con las postreras reformas del Código penal de 1973 y la llegada del Código penal de 1995, parecía que la **libertad sexual** era el bien jurídico llamado a ser la piedra de toque de todo el Derecho penal sexual, también aquí en estos delitos. Pero es precisamente el hecho de que las víctimas de los delitos sexuales puedan ser menores o incapaces lo que hizo surgir coetáneamente el concepto de **indemnidad sexual** frente al de libertad sexual para indicar el objeto de protección de la norma. En estas hipótesis se sostiene que no se protege la libertad sexual en cuanto que la víctima carece de esa libertad o su voluntad se considera irrelevante. Así la libertad presupone la capacidad de ejercerla, y si no se tiene o no se reconoce tampoco hay libertad que se pueda menoscabar con el delito. Por el contrario, la indemnidad sexual como el derecho de

⁷ Véase la **STS de 17-6-1999, A. 5653**.

⁸ Únicamente Acosta Patiño mantenía expresamente en relación con los mismos delitos del Código penal anterior que se tutelaba la libertad sexual, pero también la moral sexual colectiva, atribuyéndole al bien jurídico protegido una doble dimensión individual y colectiva; véase *Acosta Patiño*. 137.

⁹ En este sentido, *Díez Ripollés* (1982). 560-561. Se adhiere a esta postura *Tamarit Sumalla*. 138. Similar *González-Cuellar García ComCP*. 2249-2250 (entendida como el derecho de estas personas de no ser afectadas en el desarrollo de su sexualidad por terceros).

¹⁰ *Carmona Salgado PE*. 338; *Romero Sirvent*. 212-214; *Rodríguez Ramos PE*. 173; *Muñoz Conde PE*. 223-224; *Díez Sánchez*. 86; *González Rus*. 354. De forma más o menos implícita también *Latorre Latorre-Ramón Gomis*. 59-63; *Cuerda Arnau*. 218.

¹¹ *Orts Berenguer PE*. 249.

esas personas a quedar libres de todo daño de naturaleza sexual es lo que se estaría lesionando con los delitos en que menores e incapaces son los sujetos pasivos¹².

Este planteamiento sobre el bien jurídico trasladado al delito de exhibicionismo del art. 185, en el que menores e incapaces son los únicos que pueden ser sujetos pasivos del mismo, haría que la indemnidad sexual apareciera como único bien jurídico protegido de dicha figura delictiva.

Lo anterior, sin embargo, supondría desconocer que en el grupo de los delitos sexuales se castigan conductas en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre. Por ello no es que se proteja la facultad subjetiva de ejercer la libertad sexual que ya se posee –lo que sólo se correspondería plenamente con las personas capaces y mayores de edad–, sino, como dice Díez Ripollés, el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, un derecho que corresponde a todas las personas independientemente de su edad y capacidades. De este modo puede mantenerse la noción de libertad sexual en el delito de exhibicionismo en el sentido expuesto sin necesidad de completarla o sustituirla por la indemnidad sexual¹³.

El hecho de que actualmente no sea delito el exhibicionismo ante mayores de edad sin su consentimiento no significa que esta conducta no afecte a la libertad sexual de estas personas, que sí lo hace, aunque el legislador haya considerado que la gravedad de la lesión a la libertad sexual en tales casos no alcanza el estándar de relevancia jurídicopenal que se ha marcado. De ahí que sea falaz el argumento de que en el Código Penal, como ya no se ataca la libertad sexual de los mayores de edad, no es razonable estimar que ese sea el valor protegido para menores e incapaces¹⁴.

1. El contenido de lo injusto del delito de exhibicionismo se centra en que se involucra a una persona en un contexto sexual a través de la imposición a la víctima de la percepción ocular de una acción exhibicionista. Esto supone una **injerencia en la esfera sexual ajena** que se produce **con menosprecio de voluntad** de la víctima, lesionándose de este modo como bien jurídico la libertad sexual. El menosprecio de la voluntad de la víctima, que tiene lugar durante el acto o actos de exhibición obscena, admite varias formas: por un lado, los casos más frecuentes en los que la víctima no ha tenido opción de declarar su voluntad y aquellos otros en los que ha manifestado su oposición a verse confrontada con la acción exhibicionista (que son mani-

¹² Véase *Cobo del Rosal*. El delito de rapto. ComLP. Tomo II. 1983. 402-403.

¹³ Véase *Díez Ripollés* (2000). 79-88.

¹⁴ Como sostienen *Latorre Latorre-Ramón Gomis*. 59.

festaciones de la “libertad sexual negativa” y en los que se lesiona la libre autoconfiguración de la actividad sexual)¹⁵, y, por otro lado, los supuestos en los que a pesar de haber otorgado su consentimiento la víctima, el mismo es inválido por voluntad de la ley (que no reconoce a tales sujetos “libertad sexual positiva” respecto al exhibicionismo de terceros extraños, pues entonces no se dan las condiciones de libertad para autoconfigurar la actividad sexual), lo que hace que estas situaciones de auténtico abuso de la voluntad sean equivalentes a las anteriores y pueda decirse que también se menosprecia la voluntad, en este caso inválida –en aquellos otros ausente o contraria–, de la víctima. De ello se desprende además que si el consentimiento es inválido entonces éste es irrelevante para excluir la tipicidad de la conducta, y por tanto lo mismo da a tales efectos que concurra el consentimiento de la víctima como que deje de concurrir.

Por otra parte, sólo vinculándose a la idea de libertad sexual pueden quedar al margen del delito conductas que formalmente serían susceptibles de subsumirse en el tipo, pero que no afectan al bien jurídico, como son las acciones de índole exhibicionista cuando se produzcan en el ámbito de autodeterminación sexual que con consentimiento no viciado y sin violencia o intimidación se reconoce a los menores de edad mayores de trece años en sus relaciones íntimas de pareja.

Por lo tanto, superada la idea del escándalo público, ya no se trata de que determinados actos puedan escandalizar a la sociedad, porque ahora la nocividad de las conductas se individualiza¹⁶, ni de que puedan escandalizar al individuo, porque no se protege la moralidad subjetiva, ni de que puedan perjudicarle psicológica o mentalmente, porque estamos en el ámbito de los delitos sexuales y no de las lesiones, sino que ahora de lo que se trata es de si determinados actos ante menores o incapaces pueden comprometer su libertad sexual.

Además hay que observar que en cualquiera de estos delitos estamos ante unos de los más bajos peldaños en la tutela del bien jurídico, pues las conductas de exhibicionismo se definen negativamente por la ausencia de contacto físico y positivamente por la sola existencia de contacto visual. A través de este medio el autor del delito comete una injerencia en la esfera sexual de la víctima (menor o incapaz) al insertarla en una acción sexual sin su consentimiento o sin poder prestarlo váli-

¹⁵ En este delito se tiene en cuenta este aspecto de la libertad sexual negativa de menores e incapaces del mismo modo y en coherencia con el resto de delitos sexuales en los que la ausencia de consentimiento o la oposición de la víctima desempeñan también un papel.

¹⁶ *Latorre Latorre-Ramón Gomis*. 56.

damente, desempeñando en tal acción un papel de partícipe pasivo¹⁷. En suma, se convierte a la víctima en forzado espectador del comportamiento exhibicionista, pero sin imponerle una conducta sexual posterior.

2. Sujeto activo. Puede ser cualquiera, tanto el hombre como la mujer¹⁸, por mucho que las conductas de exhibicionismo sean realizadas en la práctica sólo por varones. Sin embargo, reducir con base en ello el círculo de autores a personas del sexo masculino carece de sentido, porque el tipo es más amplio y no comprende sólo los supuestos de exhibicionismo propiamente dicho (conducta delimitada por la Psiquiatría consistente en la exposición compulsiva de los órganos genitales propios ante otras personas)¹⁹, sino en general cualquier acto de exhibición obscena, que puede ser propio tanto de hombres como de mujeres, incluso cabe la posibilidad de que participen ambos sexos en la conducta típica. Así pues, las manifestaciones sexuales pueden ser tan variadas en la vida real que es absurdo considerar que sólo el varón es capaz de atentar contra el bien jurídico mediante esta modalidad de acción.

Aunque admitiéramos la hipótesis más concreta de que sólo el hombre presenta la inclinación a exhibirse obscenamente ante menores de edad o incapaces, incluso entonces técnicamente habría que seguir considerando que sujeto activo puede ser cualquiera, ya que, por ejemplo, el que ejecuta los actos de exhibición obscena ha podido ser compelido a ello con violencia o intimidación, y en tal caso la persona coaccionada podría ser una mujer.

A su vez, el sujeto activo puede ser mayor de edad y penalmente imputable, pero también menor de edad o incapaz, pues la eventual irresponsabilidad del menor o del incapaz no es un obstáculo para ello²⁰.

Puede concurrir un autor único o una pluralidad de autores. No obstante, aun cuando sean varios los autores del hecho el delito será único.

3. Sujeto pasivo. Sujetos pasivos del delito son los menores de edad, cualquiera que sea su sexo, y los incapaces, cualquiera que sea su sexo y edad.

¹⁷ Díez Ripollés (1982). 162-171; *del mismo* (1985). 142-145; *del mismo* (1991). 76.

¹⁸ Díez Ripollés (1991). 79; Serrano Gómez PE. 214; Orts Berenguer PE. 249; González-Cuellar García ComCP. 22; Carmona Salgado PE. 340; Queralt Jiménez PE. 155; Acosta Patiño. 148; Díez Sánchez. 93.

¹⁹ Véase más adelante en el estudio del tipo objetivo.

²⁰ Con la entrada en vigor de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, dicha irresponsabilidad se contraerá a los menores de catorce años en todo caso, y a los menores de edad mayores de catorce en quienes concorra una causa de exención de la responsabilidad criminal.

Por menores de edad se entiende a toda persona menor de dieciocho años²¹, aunque hay que hacer la salvedad con aquellos menores que han alcanzado la emancipación, ya que el art. 323 Cc reconoce a los emancipados capacitación para regir su *persona* y bienes como si fueran mayores de edad, lo que se proyecta entre otras cosas al ámbito de su autodeterminación sexual²².

El Código anterior situaba el límite de edad a partir de los dieciséis años para que en virtud del consentimiento del sujeto pasivo deviniera en atípico el comportamiento exhibicionista. No obstante, otra edad podría fijarse como límite teniendo en cuenta que estamos ante los atentados a la libertad sexual menos graves de todo el título²³. En este sentido se advierte, con razón, como una incongruencia valorativa que desde el Derecho Penal se reconozca que el mayor de trece años y menor de dieciocho años goza de libertad para mantener relaciones sexuales no viciadas por el abuso de superioridad o el engaño, y, no obstante, se prohíba que sea voluntariamente confrontado con actos de exhibicionismo, que pueden constituir el tránsito a dicha clase de relaciones²⁴.

El concepto de incapaz se deduce del art. 25 del Código penal, pero, dado que nos encontramos en el ámbito de los delitos sexuales, la incapacidad ha de concretarse en la imposibilidad de autodeterminación sexual del sujeto a causa de una anomalía o alteración psíquica.

Se comprenden como incapaces no sólo a personas que sufren enfermedades mentales en sentido estricto, sino también y particularmente a personas con retraso mental.

Los sujetos activo y pasivo no tienen por qué ser de distinto sexo, con lo que son factibles todas las posibles combinaciones²⁵.

4. Sistemática. El epígrafe del Capítulo IV «*De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual*» plantea la duda de si estamos ante dos clases de conductas diferentes (exhibicionismo, por un lado, y provocación sexual, por otro) o ante una misma conducta sexual (provocación sexual) y su especie (exhibicionismo). Como indica Díez Ripollés, el concepto genérico comprensivo de todos los comportamientos incluidos en este capítulo es el de “provocación sexual”, mientras que la

²¹ Serrano Gómez PE. 214; González-Cuellar García ComCP. 2250; Díaz-Maroto y Villarejo PE. 126; Rodríguez Ramos PE. 173; Cuerda Arnau. 214; González Rus. 353-354; Begué Lezaún. 159.162.

²² En este sentido Díez Ripollés ComCP I. 570-1.

²³ Díez Ripollés (1991). 80-81.

²⁴ Morales Prats/García Albero ComCP. 276-277. En parecidos términos Díez Sánchez. 96; García Arán. 80.

²⁵ Díez Ripollés (1991). 82.

mención expresa al exhibicionismo, que no es más que una variante de las conductas sexuales provocadoras, se justifica por ser la conducta más frecuentemente castigada en este ámbito y que cuenta con unos contornos más precisos²⁶. En el caso del delito del art. 186 falta un *nomen iuris* específico para designar esa otra modalidad de provocación sexual, pues no basta con referirse a la pornografía para aludir al comportamiento prohibido (dado que la producción, edición y difusión de pornografía son comportamientos generalmente lícitos).

III. Tipicidad.

1. Tipo objetivo.

La acción típica del delito de exhibicionismo consiste en *ejecutar o hacer ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces*. De esta forma se presenta como delito tanto exhibirse como determinar la exhibición de otro.

El tipo habla de «*el que ejecutare o hiciere ejecutar ... actos de exhibición*», expresión que implica una conducta activa compuesta de uno o de varios actos. Por lo tanto, en principio no cabe exhibirse por omisión (ni hacer mediante una omisión que un tercero se exhiba obscenamente), pero sí podría no impedirse el exhibicionismo de otro ante menores de edad o incapaces, ostentando el omitente una posición de garante o no. En el segundo de los casos, cuando quien omite no ocupa una posición de garante con respecto al bien jurídico de la libertad sexual del menor o incapaz confrontado con la acción exhibicionista, podríamos encontrarnos ante un delito del art. 450. El primero de los casos citados, o bien se trata de la posible autoría en comisión por omisión, o bien de la posible participación por omisión en el delito de exhibicionismo.

En mi opinión no es posible en este delito la autoría en **comisión por omisión**, pues siguiendo el art. 11 y aceptando que nos encontramos ante un delito de resultado, aunque el sujeto ocupe una posición de garante, la no evitación de que menores de edad o incapaces a su cargo contemplen los actos de exhibicionismo de un tercero no equivale, según el sentido del texto de la ley, a la práctica directa de dichos actos ante los mismos, es decir, no posee el mismo contenido de lo injusto la omisión que la acción, porque quien omite impedir la exhibición de otro no in-

²⁶ Díez Ripollés (1991). 75. Sólo al margen de los conceptos legales podría hablarse de un exhibicionismo en vivo (el del art. 185) y de un exhibicionismo gráfico (el del art. 186).

volucra a la víctima en un contexto sexual, o, dicho de otro modo, no interfiere en su esfera sexual. Y aunque pudiera demostrarse lo contrario, no es el omitente el que se confronta sexualmente con la víctima, por lo que en ningún caso puede fundamentarse la comisión por omisión. En cambio, es admisible la participación por omisión basada en la posición de garante del sujeto, ya que en este caso no es preciso que concurra dicha equivalencia.

Los actos de exhibición obscena son una clase de acción sexual jurídicopenalmente relevante, es decir, una acción en la que el autor aspira a involucrar a otra persona en un contexto sexual. En efecto, no basta para constituir el tipo de esta modalidad de provocación sexual cualquier clase de exhibición, sino únicamente la exhibición que sea obscena.

El concepto de «*exhibición*» —a diferencia del de exhibicionismo, que está delimitado criminológica y médicamente— no implica una actitud de contenido sexual²⁷, dado que consiste pura y simplemente en mostrar algo en público. Es un mero elemento descriptivo del tipo. De ahí que no podamos entender realizada esta parte del tipo con la mera desnudez del cuerpo, si con ello no se involucra al sujeto pasivo en un contexto sexual. Es preciso que la exhibición pueda calificarse como «*obscena*» en el sentido del tipo, lo que alude a la intromisión que la forma de exhibición corporal comporta en la esfera sexual ajena precisamente por su carácter sexualmente provocador²⁸. Pero el problema que presenta la utilización de este elemento normativo del tipo es que también tiene una determinada significación moral inseparable de él, como sinónimo de impúdico, indecente o deshonesto, que remite a la moral sexual colectiva, y a lo que ésta tie-

²⁷ En este sentido *Díaz-Maroto y Villarejo* PE. 127; *Latorre Latorre-Ramón Gomis*. 64.

²⁸ La doctrina considera que no existen obstáculos serios para interpretar el término «obsceno» de modo acorde con el bien jurídico; véase *Cancio Meliá* ComCP. 542 y *Cuerda Arnau*. 220. En concreto así lo hacen *Carmona Salgado* PE. 339 (que interpreta el término «obsceno» como equivalente a erótico, entendido como susceptible, según el criterio medio de un espectador objetivo, de excitar o despertar el deseo sexual en el espectador), *Queralt Jiménez* PE. 155 [pues, en su opinión, obscena será aquella exhibición que sobrepasa ante los ojos de un menor o un incapaz una función educativa o ilustrativa de la sexualidad, buscando su agitación interna ante sensaciones cuya comprensión desconoce por falta de (in)formación], *Latorre Latorre-Ramón Gomis*. 64 (quienes consideran apropiado el término obsceno para delimitar las conductas de exhibición, toda vez que las inscribe en un contexto sexual y sólo sexual en tanto provocadoras). Desde una perspectiva más casuista también *Rodríguez Ramos* PE. 173 [quien indica que el aludido adjetivo en general se refiere a la realización de actos sexuales ante alguien (masturbación, coitos de cualquier índole y tocamientos en genitales o mamas) y a la muestra como finalidad única de genitales, glúteos o, en ciertas circunstancias inusuales, glándulas mamarias].

ne en cada momento histórico como ofensivo al pudor²⁹. De este modo dicha connotación moral tiende a relativizar valorativamente el concepto de exhibición y distorsiona aquel elemento del tipo al conectarlo con la moral sexual colectiva, cuando su verdadero objeto de protección es la libertad sexual.

Esta segunda significación del adjetivo «obsceno» es una reminiscencia de la clásica regulación de estas infracciones como delitos de escándalo público, que se podría soslayar en gran medida si el tipo aludiese a actos de exhibición «lúbrica», en lugar de «obscena» o, por configurarlo más criminológicamente, a actos de exhibicionismo³⁰. Sin duda que en la base de las razones para incriminar estas conductas influyen poderosamente las concepciones dominantes en la sociedad en materia de moralidad sexual, pero de lo que se trata es de evitar en lo posible que las mismas se inmiscuyan como referencias de alguno de los elementos del tipo y que aparezcan de ese modo subvirtiendo el contenido del bien jurídico protegido.

Entrando en la casuística, el exhibicionismo, tanto desde el punto de vista semántico³¹ como médico³², consiste en el impulso a mostrar los órganos genitales. Sin embargo, la ley penal no se ocupa solamente de los casos en los que el sujeto adolece de un trastorno de la personalidad, pues no establece indicaciones en este sentido. Por lo mismo es irrelevante si el sujeto ha adquirido o no una tendencia recurrente. De otro lado, si bien en rigor el hecho exhibicionista consiste en mostrar los órganos genitales, y la mayor parte de los hechos enjuiciados como delito son de esta índole, lo cierto es que jurídicamente el concepto de exhibición obscena puede llegar más lejos que la simple exhibición de los órganos genitales, como es el caso de la masturbación o de la práctica con otra persona de actos íntimos de contenido sexual (independientemente de que tales hechos vayan asociados en el caso concreto a un trastorno

²⁹ Interpreta en este sentido el referido término *González-Cuellar García* ComCP. 2251 (hay obscenidad cuando el acto realizado repugna gravemente a la conciencia sexual del término medio de los ciudadanos).

³⁰ Como dice Muñoz Conde, el exhibicionismo es un concepto delimitado que en absoluto requiere la adición del calificativo «obsceno»; véase *Muñoz Conde* PE. 224. En el mismo sentido *Díez Ripollés* (1991). 153.

³¹ Según el D.R.A.E., el exhibicionismo es la perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales.

³² De acuerdo con la O.M.S. (CIE-10), el exhibicionismo consiste en una tendencia persistente o recurrente a exponer los órganos genitales a extraños o a gente en lugares públicos. De forma similar, en el DSM-IV de la Asociación Psiquiátrica Americana se señala que la característica esencial del exhibicionismo consiste en la exposición de los propios genitales a una persona extraña.

de la personalidad)³³. También los actos de exhibición obscena pueden consistir en mostrar otras partes del cuerpo dotadas de carga erótica siempre y cuando concurra en el autor la tendencia a involucrar a la víctima en un contexto sexual³⁴.

No obstante, si nos limitamos ahora a una perspectiva esencialmente objetiva, la tipicidad de todos estos supuestos no puede depender del aspecto puramente impúdico o inmoral del comportamiento (atendiendo a referencias moralizadoras sobre lo que supera o no el nivel de lo tolerable por la sociedad)³⁵, sino de si la acción es idónea para afectar la libertad sexual de personas menores de edad o incapaces. Consustancial a ello es que la acción exhibicionista tendrá que ser grave, es decir, suficientemente significativa de su carga erótica involucradora³⁶. Por ello es discutible que meros actos de gesticulación impúdica o de manoseo en público puedan representar la conducta típica³⁷. Más bien hay que entender que los actos de exhibición obscena deben suponer al menos una exposición total o parcial de partes erógenas del cuerpo humano, pues de otro modo sólo forzosamente podría hablarse de exhibicionismo, que es el nombre que la ley da al delito, y aunque el mismo no se puede restringir a la exhibición de los órganos genitales, sí que al menos la conducta básica ha de implicar una exhibición de naturaleza corporal. Se puede limitar de este modo un tipo que de otra forma resultaría totalmente indeterminado y llegaría demasiado lejos al confundir el comportamiento indecoroso con el comportamiento delictivo.

Sin embargo, integra este delito para la jurisprudencia el hecho de «hacer gestos con la mano de estar masturbándose» (**STS de 6-10-1998, A. 8045**). También cierta doctrina considera delito el manoseo lascivo³⁸.

La conducta típica ha de realizarse *ante* la víctima, con lo que viene delimitada objetivamente por la inexistencia de contacto corporal con la otra persona (y ello implica un cierto distanciamiento)³⁹ y por la ausencia de imposición de otra conducta sexual distinta de la mera visión

³³ González-Cuellar García ComCP. 2250; Latorre Latorre-Ramón Gomis. 64.

³⁴ Véase Orts Berenguer PE. 249-251.

³⁵ Como hace Begué Lezaún. 160-161.

³⁶ Díez Ripollés (1985). 152; del mismo (1991). 88-89; Orts Berenguer PE. 250; Morales Prats/García Albero ComCP. 277; Carmona Salgado PE. 340; Rodríguez Ramos PE. 173; Latorre Latorre-Ramón Gomis. 65; Cuerda Arnau. 220-221.

³⁷ Acciones cuya significación sexual no es explícita, pero que en la regulación del exhibicionismo en el Código derogado podían encontrar acomodo bajo la expresión «actos lúbricos» (alternativa a la de «exhibición obscena»); véase Díez Sánchez. 89.

³⁸ Acosta Patiño. 124.147 (si bien aludiendo a la regulación del Código derogado).

³⁹ Díez Sánchez. 86; Díez Ripollés (1991). 88; Cuerda Arnau. 221-222; González Rus. 354-355; Begué Lezaún. 159.

o apreciación ocular de los actos de exhibición obscena⁴⁰, pues en otro caso estaríamos ante agresiones o abusos sexuales⁴¹.

En este sentido sigue produciéndose únicamente una conducta de exhibicionismo cuando junto a los actos de exhibición obscena el autor se limita a solicitar a la víctima (sin violencia ni intimidación, ni prevalimiento, ni engaño) el desarrollo de otro comportamiento sexual que implique contacto corporal. Sólo si se produce o intenta producir dicho contacto cuando la víctima es menor de trece años o incapaz de cuyo trastorno mental se abuse, concurrirá además el delito de abuso sexual o su tentativa.

De la citada preposición típica deduce algún autor la atipicidad de los casos en que la confrontación de los sujetos activo y pasivo se produce de forma puramente accidental⁴². Pero ello dependerá fundamentalmente del lado subjetivo del comportamiento del sujeto –si permanece o no en actitud exhibicionista– una vez sea consciente de que es observada su acción por menores de edad o incapaces, y, por lo tanto, de si a partir de ese momento aspira o no a involucrar a éstos en un contexto sexual.

Además de los elementos anteriormente mencionados, la conducta del exhibicionista suele caracterizarse por desarrollarse ante una persona extraña y utilizando la sorpresa, aunque estas circunstancias en realidad son ajenas a las exigencias del tipo objetivo.

Normalmente la conducta exhibicionista no se produce en el ámbito familiar⁴³, pero a veces sí en uno próximo a él (guardadores, educadores, vecinos o conocidos). Por otro lado, dado que el exhibicionista actúa con menosprecio de la voluntad de sus víctimas, la conducta del mismo suele ser sorpresiva, pero esto no es sustancial para la conducta típica, porque cabe que medie el consentimiento o, en otro caso, la oposición previa de los menores o incapaces. Tampoco lo es que la acción exhibicionista sea susceptible de atemorizar a la víctima, aunque este hecho podría servir como factor de apreciación judicial para graduar lo injusto por ser más grave el desvalor de la acción.

40 Véanse las **SsTS de 16-10-1992, A. 8331, 3-11-93, A. 8394 y 6-10-98, A. 8045**.

41 Un caso límite lo constituye el supuesto de la **STS de 18-4-1990, A. 3270**, en la que el autor sujeta del brazo a la víctima para obligarla a contemplar la exhibición de los genitales seguida de masturbación.

42 *Cuerda Arnau. 222.*

43 Donde el exhibicionismo de padres no está descartado, pero podría tratarse en el ámbito de la justificación (ejercicio legítimo de un derecho a la educación de los hijos) o de la inculpabilidad (error de prohibición). Vid. *infra*.

Es indiferente el lugar donde la acción se desarrolle, que puede ser tanto lugar público y concurrido (parques, calles, etc.) como lugar privado (por ejemplo, en el patio de un edificio o en el interior de un domicilio particular). Es ajena al tipo, por lo tanto, toda idea de publicidad⁴⁴.

El *consentimiento* del sujeto pasivo no desempeña papel alguno como causa de atipicidad, ya que en la descripción legal del delito se omite toda referencia al mismo⁴⁵. Materialmente su irrelevancia deriva de la condición que reúnen los sujetos pasivos, en especial en el caso de sufrir la víctima incapacidad en el sentido del art. 25 del Código penal o de ser la persona ofendida menor de edad carente de formación.

No obstante, y teniendo en cuenta que el menor de edad mayor de trece años tiene cierta libertad sexual, un sector de la doctrina entiende que el tipo reclama una conducta en la que se involucre a un menor en un contexto sexual no consentido o previsto⁴⁶.

La evitabilidad en la continuación de la confrontación sexual visual por parte del sujeto pasivo, pudiendo abandonar el lugar, cerrar los ojos o girar la vista no añade ni quita nada al tipo objetivo, y sólo pone de manifiesto la menor gravedad de la acción sexual para la libertad sexual de los confrontados en ese contexto sexual.

Nos encontramos ante un *delito de resultado* material. Sin embargo, buena parte de la doctrina considera que estamos ante un delito de simple actividad, por lo que no se exige para la consumación un resultado, como sería el hecho de lograr alentar los deseos o instintos sexuales del espectador⁴⁷. Circunscribiéndose el sujeto pasivo del delito a menores e incapaces relevante como resultado podría ser también la producción de un trauma psíquico o de un perjuicio moral, o incluso de un sentimiento de repulsión y rechazo. Sin embargo, nada de esto exige el tipo para constituirse⁴⁸. Los daños psíquicos y morales causados, serán en su caso objeto de la responsabilidad civil derivada del delito, pero puede concurrir un delito de exhibicionismo sin que se haya producido un resultado como los descritos. A lo sumo podemos concluir que el delito supone un peligro abstracto para la personalidad o el bienestar psíquico de sus víctimas. Sin embargo, lo decisivo para de-

44 En este sentido *Cuerda Arnau*. 221, y la **STS de 9-5-1992, A. 6259**.

45 *Carmona Salgado* PE. 339.

46 *Morales Prats/García Albero* ComCP. 277. Expresamente en contra *Cuerda Arnau*. 214.

47 *Morales Prats/García Albero* ComCP. 277; *Orts Berenguer* PE. 251; *Queralt Jiménez* PE. 155.

48 Si lo producido con el exhibicionismo fuera tan grave como para poder ser calificado de incapacidad mental o de enfermedad psíquica podríamos encontrarnos además ante un delito o falta de lesiones.

terminar si el delito de exhibicionismo requiere un resultado típico es atender al bien jurídico protegido de la libertad sexual que se lesiona con el acto exhibicionista.

En virtud de ese bien jurídico el **resultado típico** en este caso consiste en la colocación del sujeto pasivo, sin su voluntad o con una voluntad jurídicamente irrelevante, en una situación de conexión ocular con la que es utilizado como partícipe pasivo del comportamiento sexual del autor del exhibicionismo. Se trata de un efecto real separable espacio-temporalmente de la acción, que tiene lugar a través de la *percepción* (y subsiguiente procesamiento por el sistema nervioso central del sujeto pasivo) del acto exhibicionista, hecho con el que se produce en definitiva la efectiva involucración de la víctima en una acción sexual como partícipe⁴⁹. Lo que el exhibicionista pretende realizar en el mundo exterior no es sólo exhibirse obscenamente, sino lo que esto implica, involucrar a terceras personas a través de imponerles su contemplación. Por el contrario lo que la ley quiere es evitar que menores e incapaces queden confrontados con acciones exhibicionistas, es decir, que las perciban, ya que este hecho encarna la lesión del bien jurídico protegido, es decir, el derecho a ejercer la sexualidad en libertad, pues junto con el resultado típico ontológico se ha producido además un *menoscabo de las posibilidades de actuación en el ámbito de la sexualidad* del menor o del incapaz. En suma, aquello que de acuerdo con el bien jurídico resulta inapropiado e improcedente para la edad –en el caso del menor– o para el estado psíquico –en el caso del incapaz– con relación al ámbito de su respectiva sexualidad es haberse visto obligado a ser espectador y con ello partícipe pasivo de semejantes demostraciones.

Aunque no hay muchos pronunciamientos de la jurisprudencia, algunas sentencias han resaltado que con respecto al exhibicionismo es indiferente la distancia entre el autor y la víctima siempre que permita el resultado típico (**STS de 20-1-88, A. 397 y SAP de Castellón de 28-9-98, A. 4853**).

Por otro lado, no es necesario tanto en el caso del menor como del incapaz que los mismos capten el sentido obsceno de la acción exhibicionista para que se produzca el resultado típico, bastando únicamente con que perciban la acción exhibicionista y entiendan en qué ha consistido externamente el hecho, lo que ya de por sí menoscaba las posibilidades de actuación del sujeto pasivo en su esfera sexual, incluso en el caso en que todavía no capte esta consecuencia (y si la capta en el futuro o este hecho en lo sucesivo permanente u ocasionalmente condiciona su actividad sexual ello no son otra cosa que actos de agotamiento del de-

⁴⁹ Véase Díez Ripollés (1985). 152.

lito, los cuales no afectan al resultado típico). Así pues, desde el momento de la percepción de sentido externo se produce la lesión de la libertad sexual. En la hipótesis de que el sujeto pasivo ni siquiera entienda el hecho percibido no se habrá producido el resultado, ni bastará para entenderlo producido con que la sociedad capte el menoscabo de las posibilidades de actuación del menor o incapaz en el ámbito de su sexualidad (dada la insignificancia de lo percibido). En todo caso cabría fundamentar una tentativa de exhibicionismo en posible concurso con un delito contra la integridad moral del menor de edad o incapaz.

Así pues, padecen el exhibicionismo quienes viéndolo lo han tenido que soportar con menosprecio de su voluntad. A este respecto hay tantos sujetos pasivos como menores e incapaces lo han percibido, siendo éste el criterio para delimitar el número de infracciones cometidas con la acción exhibicionista. Por lo tanto, concurren tantos delitos como sujetos pasivos individuales, ya que el bien jurídico protegido es personal (a diferencia del delito de escándalo público en el que el bien jurídico era colectivo y, por lo tanto, el delito era único a pesar de la pluralidad de ofendidos)⁵⁰. Para esta conclusión no es obstáculo la utilización en el art. 185 del plural al designar el sujeto pasivo, «*menores de edad o incapaces*», cuya razón de ser es puramente estilística⁵¹, de forma que el delito se produce también cuando los actos de exhibición obscena tienen lugar ante un solo menor o ante un solo incapaz⁵². Sin embargo, el contenido de lo injusto no es el mismo cuando la víctima es única que cuando la víctima es plural, y la forma de captar ese *plus* de injusto (la pluralidad de objetos del bien jurídico lesionados) es el concurso ideal de delitos⁵³.

2. Tipo subjetivo

Este delito sólo puede cometerse dolosamente, lo cual comprende el **dolo directo** y el **dolo eventual**⁵⁴. Sin embargo, para la mayor parte de la doctrina la propia naturaleza de la acción exhibicionista excluye la

⁵⁰ Orts Berenguer PE. 252; González-Cuellar García ComCP. 2252; Díez Sánchez. 103; Cuerda Arnau. 240; Carmona Salgado PE. 342; Begué Lezaún. 165.

⁵¹ Por el contrario, Tamarit Sumalla se apoya en este dato gramatical para entender justamente lo contrario, es decir, que resulta irrelevante la presencia de uno o más sujetos pasivos y que, por tanto, hay un solo delito; véase Tamarit Sumalla. 141.

⁵² Véanse en este sentido, por ejemplo, las **SsTs de 18-3-1988, A. 2037 y 15-2-1990, A. 1542**.

⁵³ Otros consideran que se tratará de un concurso real, como Cuerda Arnau. 240; Carmona Salgado PE. 342. La jurisprudencia, en cambio, procede como antaño, es decir, aprecia un único delito aun cuando la víctima es plural.

⁵⁴ Díez Ripollés. (1982). 499; Díez Sánchez. 100.

modalidad del exhibicionismo con dolo eventual⁵⁵. Tenemos que tener en cuenta, no obstante, que el dolo consiste aquí en la conciencia y voluntad de ejecutar actos de exhibición obscena, y en la conciencia y voluntad de practicarlos ante menores de edad o incapaces. Así pues, una cosa es que la acción exhibicionista se produzca siempre con dolo directo y otra que la acción se dirija justamente a menores o incapaces. También los mayores de edad pueden ser espectadores del exhibicionismo. Por ello se dará el dolo, no sólo cuando el sujeto sea consciente de que su acción es contemplada por menores o incapaces, sino también cuando sea consciente de que se exhibe ante otros y cuente con la posibilidad de que entre ellos se encuentren menores o incapaces.

Desde el punto de vista subjetivo es una característica específica del exhibicionista actuar con el ánimo de excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno, lo cual puede condicionar la existencia del tipo subjetivo del delito de exhibicionismo. En efecto, estamos ante un **delito de tendencia**, por lo que ha de concurrir, además del dolo, un elemento subjetivo de lo injusto específico. Éste se ha venido concretando por la doctrina en el ánimo lúbrico, lascivo o voluptuoso, y por lo tanto en la intención del autor de satisfacer sus propios instintos sexuales o en provocar los de un tercero⁵⁶. En suma, este específico elemento subjetivo de lo injusto del exhibicionismo se traduce en algo más que la tendencia a involucrar al sujeto pasivo en un contexto sexual⁵⁷. Es la tendencia involucradora con ánimo lascivo. Quedan fuera del tipo las acciones exhibicionistas con finalidades distintas a la satisfacción o excitación sexual propia o ajena. Las acciones con ánimo de humillación, venganza, etc., podrán encontrar, en su caso, acomodo en los delitos contra el honor o contra la integridad moral⁵⁸.

El reforzamiento del elemento subjetivo de lo injusto mediante la exigencia del ánimo lascivo del autor obedece a que estamos ante una forma de acción sexual no siempre explícita, que es la menos grave de todo el Título VIII, siendo preciso dicho ánimo para dotar al hecho de la suficiente magnitud de injusto penal, y a que el propio término de «obscena» que ca-

⁵⁵ *Morales Prats/García Albero* ComCP. 278; *Serrano Gómez* PE. 214; *González-Cuellar García* ComCP. 225; *Queralt Jiménez* PE. 155; *García Arán*. 81.

⁵⁶ *Orts Berenguer*. 206-208; *Romero Sirvent*. 235-236; *Morales Prats/García Albero* ComCP. 277; *Latorre Latorre-Ramón Gomis*. 66. En contra de la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto de esta naturaleza: *González-Cuellar García* ComCP. 2251; *Carmona Salgado* PE. 306.341. Simplemente no alude a él *Queralt Jiménez* PE. 155.

⁵⁷ En relación con esta tendencia involucradora; véase *Díez Ripollés* (1982). 497-498; *Muñoz Conde* PE. 225. Aluden también a la tendencia involucradora, pero identificándola con el ánimo lascivo *Díez Sánchez*. 99; *Cuerda Arnau*. 222. Al mero ánimo de provocar sexualmente se refiere *Acosta Patiño*. 149.

⁵⁸ Véase *Muñoz Sánchez*. Los delitos contra la integridad moral. Tirant. 1999. 37-56.

lifica a la exhibición, interpretado de forma restrictiva, bien podría comportarlo (y así afirmar que un acto de exhibición corporal es obsceno en la medida en que es lascivo). A ello hay que añadir que el ánimo lascivo es uno de los elementos que se describe como rasgo propio de la personalidad exhibicionista. Y si bien no se está exigiendo que el autor del delito cumpla con el perfil psicológico del exhibicionista, sí es preciso que la acción realizada pueda en general caracterizarse como acción exhibicionista.

El **error de tipo** dará siempre lugar a la exención de la responsabilidad criminal, puesto que la imprudencia no es punible. El error puede versar sobre la edad del menor o sobre la condición de incapacidad de la víctima⁵⁹. Si el sujeto activo ignora que se está exhibiendo ante otros faltará también el específico elemento subjetivo de lo injusto.

IV. Antijuridicidad.

El derecho a la educación de los padres y el ejercicio legítimo de la actividad pedagógica de maestros y profesores podría fundamentar la concurrencia de una causa de justificación en función de las circunstancias del caso concreto⁶⁰. No obstante, dado que el tipo subjetivo requiere una tendencia a involucrar a otra persona en un contexto sexual de forma lasciva, esta disposición anímica resultará incompatible con el elemento subjetivo de la causa de justificación, esto es, la intención de ejercer legítimamente aquel derecho o profesión.

Cuando quien realiza los actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces es determinado coactivamente a ello por un tercero, cabe invocar las eximentes de estado de necesidad o de miedo insuperable, pero no como causas de justificación, sino como causas de inculpabilidad. En el supuesto del estado de necesidad, aunque el mal causado con la conducta exhibicionista pueda ser menor que el que se trate de evitar, bien por considerar que la conducta exhibicionista implica un grave atentado a la dignidad del menor o del incapaz, bien por estimar que éstos no tienen el deber de soportarla, no podrá operar como causa de justificación.

V. Culpabilidad.

Por lo que se refiere a la **imputabilidad**, el exhibicionismo es objeto de consideración médica. La Organización Mundial de la Salud lo

⁵⁹ *Cuerda Arnau*. 237-240.

⁶⁰ Véase en este sentido *Queralt Jiménez* PE. 155.

clasifica dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento del adulto, y más concretamente como un trastorno de la inclinación sexual (CIE-10). La Asociación Psiquiátrica Americana lo incluye en los trastornos sexuales y de la identidad sexual como una clase de parafilia (DSM-IV). El carácter exhibicionista del sujeto podría, por lo tanto, influir en su imputabilidad, máxime cuando se describe como un hecho que el exhibicionista vive como algo propio y difícilmente controlable. Ahora bien, esta anomalía del instinto sexual o, en su caso, exaltación de la libido puede formar parte o no de un cuadro patológico mental que llegue a afectar a los fundamentos psíquicos de la imputabilidad. Es decir, el sujeto puede ser considerado psiquiátricamente como normal, a pesar de la acción exhibicionista, o puede sufrir una enfermedad mental o, también, un retraso mental.

Según Gisbert Calabuig, el exhibicionismo se da en individuos pertenecientes a varias categorías de perturbación psíquica, sea de origen demencial, realizado durante un estado crepuscular epiléptico o resultado de una obsesión-impulsión. Prosigue que si se demuestra cualquiera de los estados mentales aludidos, carece el sujeto de inhibición de su impulso patológico y, por tanto, de imputabilidad, mientras que si se trata de una desviación psicopática con plena conciencia del acto y capacidad de reprimirlo, debe ser plenamente responsable⁶¹.

Por lo tanto, es posible apreciar la eximente completa del n.º 1 del art. 20, si el sujeto, a causa de su anomalía o alteración psíquica, no pudo comprender la ilicitud del hecho exhibicionista o actuar conforme a esa comprensión. Pero también caben situaciones intermedias entre la inimputabilidad y la plena responsabilidad en los supuestos en que la capacidad de culpabilidad del autor se encuentra meramente disminuida debido a una anomalía o alteración psíquicas. En tales casos se podrá apreciar una eximente incompleta (del art. 21.1.ª en relación con el n.º 1.º del art. 20) o una atenuante por analogía (art. 21.6.ª).

En los casos de apreciación de una eximente completa o incompleta podrá aplicarse como consecuencia jurídica del delito una medida de seguridad (arts. 101 y 104). El Código penal de 1995 castigaba el exhibicionismo del art. 185 con una pena de multa, por lo que la medida de seguridad aplicable, en caso de presentarse como necesaria, sólo podía ser una medida de seguridad no privativa de libertad (alguna de las previstas en el art. 96.3). Tras la modificación de la penalidad de este delito en la reforma de 1999, y al preverse como pena alternativa a la multa la de

⁶¹ Gisbert Calabuig. *Medicina Legal y Toxicología*. 4.ª ed. Masson-Salvat. 1991, 444. Con respecto a los neuróticos, bajo la forma de obsesiones-impulsiones, precisa más adelante que la imputabilidad no está modificada en ellos (445).

prisión, será factible que la medida de seguridad sea de *internamiento* para tratamiento médico o educación especial.

Para afirmar la culpabilidad es necesario constatar la **conciencia (o cognoscibilidad) de la antijuridicidad** de la conducta. Habida cuenta el carácter socialmente comprometido de las conductas de exhibicionismo es difícilmente concebible un error sobre la existencia de la norma prohibitiva, siendo factible en cambio que se produzca un error sobre las normas permisivas. Por tanto, concurrirá un error de prohibición en aquellos casos en los que el autor del delito crea que tiene un derecho de contenido educativo por ser padre o profesor a realizar actos de exhibición obscena ante los menores o incapaces de que se trate. En estos casos el error vencible es punible, con la pena inferior en uno o dos grados a la pena principal (art. 14.3)⁶².

VI. Iter criminis.

Si se configura el exhibicionismo como delito de resultado cabrá la tentativa cuando el resultado no se produzca por causas independientes de la voluntad del autor. Ello tendrá lugar si la acción es idónea para ser percibida por terceros, pero no llega a producirse la percepción del acto exhibicionista de forma accidental. Es decir, se tratará de casos en los que el autor se exhibe obscenamente ante menores o incapaces que no llegan a percibir o no pueden percibir la acción exhibicionista (por ejemplo, porque el exhibicionista no llega a ser visto al interponerse un tercero o porque la pretendida víctima es invidente)⁶³. Por su parte, quienes consideran que se trata de un delito de simple actividad admiten generalmente también la posibilidad de apreciar la tentativa, aunque el verbo típico se expresa en una única acción de exhibición obscena (por mucho que ésta pueda realizarse en un solo acto o descomponerse en varios)^{64/65}.

⁶² Queralt Jiménez cree que no cabría hablar de error de prohibición punible tratándose de padres o educadores; véase *Queralt Jiménez* PE. 156.

⁶³ Así *Acosta Patiño*. 144.

⁶⁴ Orts Berenguer opina que tratándose el exhibicionismo de un delito de mera actividad, la viabilidad de la tentativa es posible aunque dudosa; *Orts Berenguer* PE. 251. Que es difícil concebir la tentativa pero no imposible lo afirman *González-Cuellar García ComCP*. 2252 (cuando el autor inicie un acto exterior que todavía no pueda calificarse como exhibición), *Díaz-Maroto y Villarejo* PE. 127 y *Carmona Salgado* PE. 342. Sin embargo, considera impunes las formas imperfectas de ejecución en este delito, al configurarse como delito de mera actividad *Diez Sánchez*. 103.

⁶⁵ Rodríguez Ramos piensa que se trata de un delito de mera actividad que, al ser fraccionable en diversos actos o incluso tener cierta duración la actividad exhibicionista, cabe la tentativa inacabada; véase *Rodríguez Ramos* PE. 174. Queralt Jiménez

Sea de uno o de otro modo, lo cierto es que se dará la tentativa cuando el autor suponga erróneamente que las personas ante las que se exhibe obscenamente son menores o incapaces, o también cuando el que haga ejecutar a otro la acción exhibicionista finalmente no lo consiga (inducción ineficaz). Lo que no es admisible es apreciar como actos típicos de ejecución hechos previos a la exhibición obscena (como comenzar a desnudarse)⁶⁶, porque el concepto de exhibición no admite un principio de ejecución separable de la exhibición misma.

VII. Autoría y participación.

El delito de exhibicionismo admite todas las formas de autoría: autor-único directo, coautoría y autoría mediata⁶⁷.

Tradicionalmente se ha atribuido a los delitos sexuales la calificación de delitos de propia mano, lo que ha supuesto poner en tela de juicio la posibilidad de apreciar la autoría mediata en tales delitos⁶⁸. El delito de exhibicionismo podría entenderse incluido en esta problemática, puesto que el hecho de ejecutar actos de exhibición obscena implica hacer uso del propio cuerpo. Sin embargo, la autoría mediata queda comprendida claramente dentro del tipo en la expresión «*hiciera ejecutar a otra persona*», por lo que la cuestión de si el exhibicionismo es o no un delito de propia mano ha quedado superada⁶⁹. Con dicha expresión no sólo se comprende la autoría mediata, sino que se abarcan los supuestos de mera inducción⁷⁰. Se tratará del caso en que autor directo e inductor obren de mutuo acuerdo⁷¹. Ahora bien, puesto que la ley ha elevado este supuesto a autoría al describirlo expresamente en el tipo, en rigor habrá que hablar de coautoría⁷².

Por su parte, la **autoría mediata** podrá deberse a:

afirma, por el contrario, que es un delito de mera actividad y, por tanto, de consumación instantánea; véase *Queralt Jiménez* PE. 155, y también así *González Rus*. 355.

⁶⁶ Considera un principio de ejecución el simple hecho de desabrocharse los pantalones *Begué Lezaún*. 162.

⁶⁷ En este sentido *González Rus*. 355.

⁶⁸ Véase *Hernández Plasencia*. La autoría mediata en Derecho Penal. Comares. 1996. Pág. 282-303.

⁶⁹ Véase en este sentido *Díez Ripollés* (1991). 82.

⁷⁰ *Díez Ripollés* (1991). 82-83; *Cuerda Arnau*. 222-223.

⁷¹ *Orts Berenguer* PE. 250; *Díaz-Maroto y Villarejo* PE. 126 y *Carmona Salgado* PE. 343. Consideran que la inducción se castiga a través de las reglas generales *González-Cuellar García* ComCP. 2250; *Latorre Latorre-Ramón Gomis*. 65; *Acosta Patiño*. 155; *Romero Sirvent*. 241.

⁷² Véase *Begué Lezaún*. 164.

a) Coacción por parte del autor mediato, en cuyo caso habrá que apreciar concurso de delitos con amenazas o coacciones⁷³ si la exhibición consiste en una mera exposición de zonas erógenas del cuerpo, o concurso de delitos con agresión sexual⁷⁴ si concurre un comportamiento que suponga contacto corporal (masturbación, coito, etc.). Por su parte, los casos de empleo de fuerza irresistible no son de autoría mediata, sino directa.

b) Error del instrumento sobre las circunstancias típicas.

c) Utilización de un menor o incapaz que obren sin culpabilidad. En tal caso deberá responder no sólo del delito de exhibicionismo, sino también por el delito de abuso sexual del art. 181 si se obra abusando del trastorno mental del incapaz-autor de los actos de exhibicionismo.

Finalmente, por lo que respecta a las formas de participación en el delito en sentido estricto (inducción, cooperación necesaria y complicidad) no hay dificultades en admitirlas, con las especificaciones ya mencionadas en el caso de la inducción.

VIII. Concursos.

El delito de exhibicionismo admite, además del delito único (cuando el sujeto pasivo es un solo menor o un solo incapaz), la pluralidad delictiva: concurso ideal (cuando el sujeto pasivo de una misma acción exhibicionista es plural), concurso real (cuando se producen varias acciones exhibicionistas en momentos diversos, sean los sujetos los mismos o distintos) y delito continuado (supuestos de concurso real en los que además concurren los requisitos expresados en el art. 74). No obstante, también hay que discernir aquellos casos en los que el concurso de normas es únicamente aparente (concurso de leyes, a resolver por el art. 8). Así, cuando los actos de exhibicionismo aparecen como la antesala de un delito sexual más grave nos encontramos generalmente ante un concurso de leyes⁷⁵, ya que la conducta de exhibicionismo se caracteriza por no imponer a la víctima un comportamiento sexual distinto de la mera visión de los actos de exhibición obscena.

En cambio, si el abuso o agresión sexual y el exhibicionismo se presentan como acciones independientes unas de otra, se produce un concurso real de delitos.

⁷³ Carmona Salgado PE. 342.

⁷⁴ Orts Berenguer PE. 252; González Rus. 355.

⁷⁵ Admiten este posible concurso de leyes Morales Prats/García Alberó ComCP. 277; Cuerda Arnau. 241. En cambio, considera que se produce un concurso de delitos Carmona Salgado PE. 342.

Por ejemplo, el caso en que un sujeto comenzó a tocar el pene de un niño de once años, por encima de los pantalones, bajándoselos a continuación y mostrándoselo al resto de los niños allí presentes (**STS 10-2-99/A. 849**).

Cuando se hiciere ejecutar a un menor o a un incapaz actos de exhibición obscena ante menores o incapaces se producirá un concurso ideal entre los arts. 185 y 189.1.a), pues en el primero de los delitos los sujetos pasivos son los espectadores, mientras en el segundo el sujeto pasivo es el menor que es utilizado en el espectáculo exhibicionista⁷⁶. Si se ha obrado con coacción para forzar al menor o incapaz a exhibirse se producirá un concurso medial de delitos con amenazas o coacciones. En este último caso, si la exhibición obscena comporta tocamientos del menor sobre sí o sobre un tercero o de un tercero hacia él entrará en concurso con el delito de agresión sexual. Finalmente, si se ha abusado del trastorno mental del incapaz se producirá concurso medial con el delito de abuso sexual.

Varios actos de exhibicionismo pueden ser considerados como **delito continuado**. Aunque quedan exceptuadas de la regulación del delito continuado las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, el art. 74.3 del Código exceptúa a su vez de esta norma, entre otras, las ofensas constitutivas de infracciones contra la libertad sexual⁷⁷, atendiendo para aplicar o no la continuidad delictiva a la naturaleza del hecho y del precepto infringido.

La doctrina se muestra favorable a la posibilidad de que los delitos de exhibicionismo se aprecien como un solo delito continuado, atendiendo a los requisitos del art. 74.1, tomando en consideración el hecho de que estamos ante una de las formas de agresión al bien jurídico menos graves⁷⁸. La jurisprudencia admite la continuidad delictiva de algunas figuras del Título VIII siempre que concurra unidad de sujeto pasivo (que la víctima sea la misma persona)⁷⁹ y cierta conexidad temporal⁸⁰. El Tribunal Supremo no

⁷⁶ Véase *Begué Lezaún*. 161; *González Rus*. 362

⁷⁷ Si el bien jurídico protegido por el delito de exhibicionismo fuera la indemnidad sexual, y no la libertad sexual, formalmente no sería aplicable la regulación del delito continuado. Sin embargo, estamos ante un olvido del legislador, que cuando modificó la rúbrica del Título VIII no reparó en ajustar todas las referencias que en el Código penal se hacen en otros lugares a esa clase de delitos.

⁷⁸ *Cantarero Bandrés*. Problemas penales y procesales del delito continuado. PPU. 1990. P. 123; *Romero Sirvent*. 246; *Begué Lezaún*. 166.

⁷⁹ Véanse, por ejemplo, las **SsTS de 23-3-1999 (A. 2676)**, **12-4-1999 (A. 3114)** y **9-9-1999 (A. 7381)**.

⁸⁰ Véanse, por ejemplo, las **SsTS de 8-7-1997 (A. 5487)** y **13-4-1998 (A. 4018)**.

ha entrado aún a considerar la cuestión de la continuidad delictiva de los delitos de exhibicionismo, pero sí algunas Audiencias Provinciales⁸¹.

IX. En cuanto a la **penalidad** de estos delitos, cabe resaltar en primer lugar que el Código penal de 1995 fijó, tanto para el delito del art. 185 como para el delito del art. 186, la pena de multa de tres a diez meses. La benignidad de la sanción se explica porque estamos ante los delitos menos graves de todo el Título VIII. Hay que tener en cuenta que la figura de delito no exige especiales medios comisivos (como en la mayoría de los delitos sexuales) y que el sujeto pasivo del delito se limita a ser mero espectador⁸².

La reforma de 1999 en materia de delitos sexuales afectó a estos preceptos justamente en el marco de la pena, señalando una pena alternativa, esto es, prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses. En resumen, los cambios consisten en que se aumenta el mínimo de la pena de multa de tres a seis meses y el máximo de diez a doce meses, y en que se prevé la posibilidad de imponer, en lugar de la multa, una pena de prisión.

El actual carácter alternativo de la pena permite al juez elegir la aplicación tanto de penas como de medidas de seguridad. En cuanto a las penas se pueden imponer no sólo la multa y la prisión, sino también los arrestos de fin de semana como pena sustitutiva de la prisión. La medida de seguridad en su caso aplicable puede ser privativa de libertad (art. 96.1) o cualquiera de las no privativas de libertad (art. 96.2 y 105).

Penas accesorias. Cuando la pena impuesta sea de multa resulta aplicable el art. 57, es decir, puede imponerse por un tiempo máximo de cinco años la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas. Cuando la pena impuesta sea de prisión es aplicable además el art. 56, en el que se contemplan las penas de suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido.

A este delito le es aplicable lo previsto en el art. 191 como disposición común a todos los delitos del Título VIII.

⁸¹ Por ejemplo, la **SAP de Asturias de 31-5-1999 (A. 1908)**, aprecia un delito continuado de exhibicionismo por mostrar un sujeto en varias ocasiones sus órganos genitales a dos niños.

⁸² Explicando de este modo la levedad de la pena *Carmona Salgado* PE. 343.

Finalmente, el perdón del ofendido no es causa de extinción de la responsabilidad penal de este delito.

Bibliografía citada:

- ACOSTA PATIÑO. De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual pornografía. RDPyC. n.º 2. 1992.
- BEGUÉ LEZAÚN. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Bosch. 1999.
- CUERDA ARNAU. “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”. En “Delitos contra la libertad sexual”. CGPJ. 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS. Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. Bosch. 1982; *del mismo*. La protección de la libertad sexual. Bosch. 1985; *del mismo*. “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”. En “Estudios penales y criminológicos. XIV”. Universidad de Santiago. 1991; *del mismo*. El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual, RDPyC. n.º 6. 2000.
- DÍEZ SÁNCHEZ. “Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”. CPC. 1989. n.º 37.
- GARCÍA ARÁN. “Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor”. CDJ XII (Protección de menores en el Código penal). 1998.
- GONZÁLEZ RUS. “Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”. CPC. 1996.
- LATORRE LATORRE-RAMÓN GOMIS. “Delitos de exhibicionismo y provocación sexual”. En “Mujer y Derecho Penal”. Tirant. 1995.
- ORTS BERENGUER. Delitos contra la libertad sexual. Tirant. 1995.
- ROMERO SIRVENT. Delitos contra la libertad sexual. ComLP. Tomo XIII. 1991.
- VIVES ANTÓN. Los delitos de escándalo público. PJ. n.º 6. 1987.
- TAMARIT SUMALLA. La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Aranzadi. 2000.