

EL DELITO DE PROVOCACIÓN SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

María de Jesús Parés Hipólito
Candidata a Doctor en Derecho Penal
por la Universidad de Valencia, España
mjpires@hotmail.com.

EL DELITO DE PROVOCACIÓN SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Resumen

En este trabajo se hace un análisis del delito de provocación sexual contemplado en el Código Penal Español que consiste en la "difusión, venta o exhibición de material pornográfico a menores de edad e incapaces". Para ello habrá de concretarse cuál es el bien jurídico protegido por el tipo penal. Asimismo se habrá de dar un concepto de pornografía, término problemático en virtud de que la concepción de pornografía gira en torno a los usos sociales de cada momento histórico, sin embargo esta palabra es clave para delimitar correctamente la aplicación de la norma, para ello se realizará un recorrido por la doctrina y los criterios jurisprudenciales existentes.

Palabras clave: Provocación sexual, menores de edad, incapaces, bien jurídico, pornografía.

THE CRIME OF SEXUAL PROVOCATION IN THE SPANISH PENAL CODE

Abstract

This little essay makes a brief analysis about the crime of sexual provocation according to the Spanish Penal Code that consists of the "diffusion, sale or exhibition of pornographic material to under age and disabled". For it there will be to be summarized which is protected value by the offence specified in the statute book. Likewise there it will be itself to give a concept of pornography, problematic term by virtue of that the tour pornography conception around the social uses of each historic moment, nevertheless this word is key to delimit correctly the application of the norm for it will be carried out a travelled through by the doctrine and the jurisprudence.

Keywords: Sexual provocation, under age, disabled, juridical asset, pornography.

INTRODUCCIÓN

El tema central de esta investigación lo constituye el análisis del artículo 186 del Código Penal español, que regula el delito de "Provocación Sexual", entendido como la "difusión, venta o exhibición de material pornográfico a menores de edad e incapaces".

Este tipo penal tiene su antecedente inmediato en el antiguo "Delito de Escándalo Público", con el que se sancionaba "a quien realizaba conductas que atentaban en contra de la moral pública", de ahí la relevancia por analizar la antigua regulación ya que al conocer la evolución que ha experimentado la configuración del mencionado ilícito, podremos concretar cuál es el bien jurídico protegido en el particular tipo penal. Cabe advertir que el giro en el contenido de las figuras delictivas está en consonancia con la evolución en la concepción social relativa a la esfera de la sexualidad.

Como el tipo penal en comento, hace referencia al "material pornográfico" que se difunde a menores o incapaces, y toda vez que la Ley Penal no ofrece una definición de lo que debe entenderse por "pornografía", realizaremos un recorrido por los criterios doctrinales y jurisprudenciales sustentados con la finalidad de dotar de contenido al tipo penal en estudio.

Posteriormente habremos de señalar que debe entenderse por "material pornográfico" difundido a menores de edad e incapaces, recordando en todo momento que ellos son los destinatarios de la tutela penal.

ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 186

Las modalidades de conductas relacionadas con la pornografía, se encontraban reguladas en el Código Penal de 1973, en el artículo 432 que recogía el "Delito de escándalo público"¹. Dicho numeral sancionaba "a quien realizaba conductas que atentaban en contra de la moral pública".

Por ello fue objeto de críticas por parte de la doctrina científica, pues tenía como objeto de protección "la moral sexual colectiva o pública"², otras objeciones giraban en torno a la utilización de términos tan vagos e imprecisos como el "pudor" y "buenas costumbres", fundamentándose las mismas en la exclusión de conceptos moralizantes de un Código Penal que se ostentase de moderno. Además con esta figura delictiva se limitaba la libertad sexual, la libertad de expresión y el derecho a la información, de ahí que este numeral resultara inconstitucional e incompatible con las exigencias de una sociedad pluralista, en virtud que contravenía los principios de legalidad, igualdad, de seguridad jurídica³ y limitaba los derechos fundamentales.

1 Delito recogido en el Título IX del Libro II denominado "Delitos contra la honestidad".

2 En la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional número 62/1982, de fecha 15 de octubre, se consideró correcta la protección de la moral pública de modo general, a través del delito de escándalo público, incluso los efectos de este delito se entendían extensivos a los comportamientos de los adultos, en la medida en que se había de proteger a la infancia y a la juventud, aunque se da la paradoja de que en la misma resolución el Tribunal Constitucional reconoce que la pornografía que no tenga por destinatarios u objetos a menores, no siempre atacará a la moral pública. Con la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, del Código Penal de 1973 se sustituye el término "honestidad" de la rúbrica del Título IX del Libro II por el de "libertad sexual".

3 Puesto que el orden jurídico no puede hacer de la "moral social", objeto de tutela penal, pues en el campo moral, el hombre es autónomo y se somete únicamente a sus normas.

*Estudiante del Doctorado en Derecho Penal por la Universidad de Valencia, España, correo de contacto mjpare@hotm.com

Mediante la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, se sustituyó este delito por los “*Delitos de exhibicionismo y provocación sexual*”, modificándose radicalmente su contenido, lo que representó un cambio positivo en virtud de que los titulares del bien jurídico pasaron a ser los menores de edad y los incapaces, excluyendo a los adultos que antes eran objeto de tutela penal. Como señala Vives Antón⁴, este cambio legislativo no “fue producto de la contradicción con la Constitución” (que el Tribunal Constitucional, en sentencia 62/1982, de 15 de octubre no había reconocido), obedeció a la disfuncionalidad del precepto originada por la evolución social.

En 1995 entró en vigor el Código Penal⁵ actual que mantuvo en líneas generales la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1988 de 9 de junio⁶; salvo escasas modificaciones, que consisten en la sustitución de la expresión “menores de dieciséis años” por la de “menores de edad” y la de “deficientes mentales” por la de “incapaces”; así como de las expresiones “cualquier medio” por la de “cualquier medio directo” que abordaremos en el estudio de la conducta típica.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Una cuestión primordial al estudiar un hecho delictivo es delimitar el bien jurídico que se protege, para ello habrá de recurrirse a la configuración y contenido de la norma encargada de su protección.

En el caso concreto, el artículo 186 del Código Penal español se encuentra ubicado en el Título VIII, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, Capítulo IV, De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en esta disposición normativa se mantiene la versión “más grave” del fenómeno pornográfico que es la que involucra a los menores de edad⁸ y a los incapaces⁹, acotando sus límites a una modalidad que genera consenso sobre la necesidad de la tutela penal¹⁰. Por lo tanto, la relevancia típica deriva del hecho de que un menor o incapaz resulte implicado en una conducta de naturaleza sexual.

4 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador.; en ORTS BERENGUER, Enrique (Coordinador), Compendio de Derecho Penal. Parte Especial; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 313.

5 En este Código se observa una transformación del Derecho Penal sexual dirigida fundamentalmente a la consolidación de la libertad sexual como bien jurídico en gran parte de las figuras delictivas. De igual forma se presenta un giro radical en la configuración de los tipos penales.

6 Así se sancionaba “a quien por cualquier medio difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de dieciséis años o deficientes mentales”.

7 Con la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, se le da una nueva rúbrica a este título, denominándosele desde este momento “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”. Epígrafe que ha sido criticado por DÍEZ RIPOLLÉS, en virtud de que la dualidad de términos “*exhibicionismo y provocación sexual*”, suscita la controversia de si nos encontramos ante dos grupos de conductas diversas; por lo que el autor referido considera que hubiese sido suficiente con la referencia a la provocación.

8 De acuerdo con los criterios legales este término se aplica a aquellos sujetos menores de dieciocho años, límite cuantitativo que sirve de criterio dominante en la mayoría de las legislaciones internacionales, no obstante existen excepciones a este precepto como ocurre en Australia, Austria, Francia, etc.

9 El artículo 25 del Código Penal Español, establece que: “A los efectos del este Código se considera incapaz a toda persona, que haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”. Por otra parte en el Código Civil se exige necesariamente la presencia del documento que acredite declarada la incapacitación, por lo tanto, en materia probatoria tiene un rol importante la situación objetiva de si el sujeto activo conocía o pudo presuponer el estado en el que se encontraba la víctima.

10 Preocupación que a nivel internacional ha quedado plasmada en los convenios de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, la resolución 1099, de 1996, relativa a la explotación de los niños, de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa y la acción común sobre la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños del Consejo de la Unión Europea, de 1997.

La doctrina española no ha sido pacífica en el momento de individualizar el bien jurídico protegido por este artículo, así Díez Ripollés¹¹; sostiene que el objeto de tutela es la libertad sexual, entendida como el derecho de toda persona de ejercer la actividad sexual en libertad, de ahí que se exija prohibir todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertas en una situación carente de libertad; o, como indica Orts Berenguer “es la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento y por la de utilizar y servirse del propio cuerpo en este orden de cosas, de donde derivan las de escoger compañero, con su consentimiento por descontado y rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques”¹². Sin embargo, el principal inconveniente que plantea esta concepción, es el relativo a que en el caso de los menores e incapaces difícilmente se podrá proteger su libertad sexual ya que no la pueden ejercer efectivamente, ya sea porque carecen de los presupuestos volitivos para ello, o porque aunque los posean jurídicamente no se les reconoce.

Lo que ha llevado a otros autores a cifrar el bien jurídico en la “*indemnidad o intangibilidad sexual*”¹³ del menor o incapaz, concibiéndolo como un bien autónomo y diferenciado de la libertad sexual que, en definitiva consiste en el derecho de estos sujetos a estar libres de cualquier daño de orden sexual¹⁴, debido a las cualidades o situación en la que se encuentran, por ello se sostiene que deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales¹⁵. Empero, como acertadamente señala Orts Berenguer, el derecho a estar libres de cualquier daño de orden sexual es un derecho que toda persona tiene y, por lo tanto; carece de aptitud para individualizar el bien jurídico.

Frente a estas posturas otros autores sostienen que el bien jurídico protegido en el artículo 186 es el “*bienestar psíquico*” del menor o el incapaz, esto es, el derecho a un desarrollo y una formación adecuados, libres de injerencias extrañas a sus intereses, y a un adecuado proceso de socialización¹⁶.

11 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; “Las últimas reformas en el Derecho Penal Sexual”, en Política criminal y Derecho Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 622-625.

ORTS BERENGUER, Enrique; “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): Agresiones sexuales”, en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y otros; Derecho Penal. Parte Especial, 3ª edición revisada y actualizada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 212.

12 CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la libertad sexual (II)”, en COBO DEL ROSAL, Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial), Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A.; Madrid, 2000, pág.233. De la misma opinión DÍEZ SÁNCHEZ, “Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en Cuadernos de Política Criminal, n° 37, Madrid, 1989, pág.86; e incluso algunas sentencias del Tribunal Supremo, como SSTS 22 de septiembre de 1993 (RA 6855, F.J. 1º); 8 de febrero de 1995 (RA 712, F.D.2º), 21 de abril de 1995 (RA 3533, F.D. 1º). No obstante, DÍEZ RIPOLLÉS entiende que la pretensión de concederle independencia a la indemnidad o intangibilidad sexual, no está justificada y que en el fondo es un concepto complementario o una variante de la libertad sexual. Vid.

13 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ob. cit., pp. 623-625.

14 COBO DEL ROSAL, Manuel; “El delito del rapto”, en BAJO FERNÁNDEZ (coordinador), Comentarios a la legislación penal, T.II, Madrid, 1983, pág. 402.

15 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en Anuario de Derecho Penal, núm. 1999, 2000, pág. 232.

16 ORTS BERENGUER, Enrique; ob. cit.; pág. 259; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Delitos contra la libertad sexual: Agresiones y abusos sexuales, de exhibicionismo y provocación sexual y relativos a la prostitución”, en BAJO FERNÁNDEZ, Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), volumen II, Madrid, 1998, pág. 132; sostiene que se protege “la libre formación de la voluntad del menor o incapaz, así como la dignidad de los mismos”; LATORRE y RAMÓN GOMIS, “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en LATORRE LATORRE, V., Mujer y Derecho Penal, Valencia, 1995, pp.59 y ss., señala que el objeto de tutela es “el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de su personalidad”.

Postura con la que coincidimos en virtud de que como lo hemos indicado a los menores e incapaces no se les reconoce autodeterminación sexual, porque se presume que carecen de la formación y madurez suficiente; en consecuencia lo que realmente está tutelando el tipo penal en comento, es el derecho que tienen los menores e incapaces a no sufrir interferencias en su proceso de formación, y no la libertad sexual como lo ha sostenido algún sector doctrinal; pues les está vedado –o cuando menos limitado- el ejercicio de su sexualidad.¹⁷ En otras palabras se tutela que sus procesos de formación sexual y de socialización no se vean afectados por las conductas provocadoras, esto es; que el descubrimiento, conocimiento, aprendizaje y ejercicio de la sexualidad tengan lugar conforme a su interés, sin interferencias extrañas a éste ni traumáticas para ellos, y en el momento o en los momentos en que les convenga¹⁸. Una vez sentado lo anterior, procederemos al análisis de la conducta típica.

CONDUCTA TÍPICA

El artículo 186 “*ad literam*” dice: “*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*”¹⁹.

El hecho típico contemplado en el artículo 186, es un delito común, puesto que el autor puede ser cualquier individuo, sin necesidad de reunir una cualidad específica. Por lo que hace al sujeto pasivo, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro será el menor de edad o el incapaz. Resultando indiferente el consentimiento que otorguen, puesto que carece de relevancia exculpante, sin embargo, resulta discutible que tratándose de un menor de edad que tenga trece años cumplidos (por debajo de esta edad siempre existirá abuso sexual), si da su aprobación a una relación sexual con un adulto, sin que medie engaño, ni prevalimiento, no hay delito sexual, como tampoco existe si la relación se produce con un incapaz, siempre y cuando no se abuse de su trastorno mental. Por lo tanto al menor y al incapaz se les reconoce cierta disponibilidad para mantener relaciones sexuales, pero no para observar una película o revista pornográfica, lo que resulta a todas luces controvertible, como se verá al analizar la sentencia del Tribunal Supremo número 1553/2000, de fecha 10 de octubre.

Así el castigo de las actividades relacionadas con la pornografía, se reducen a la “difusión, exhibición y venta de material pornográfico a menores o incapaces”, quedando excluidas la producción y difusión entre adultos capaces²⁰, así como la publicación, dentro de las que se comprenden las tareas de edición, impresión grabación, etc²¹. Ahora bien, por difusión debemos entender la entrega o divulgación del material pornográfico a los menores o incapaces; la venta implica el ofrecimiento a cambio de un precio y, por último, la exhibición equivale a la exposición o muestra del material en cuestión.

17 En el mismo sentido MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en QUINTERO OLIVARES, Comentarios al Nuevo Código Penal, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 928.

18 Vid. ORTS BERENQUER, Enrique y ALONSO RIMO, Alberto; “La reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (coordinadora); Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías, Editorial Colex, 2001, Madrid, pág. 42.

19 Texto según la reforma LO 15/2003, que entró en vigor a partir del 1 de octubre de 2004; con esta reforma únicamente se incrementó la multa que pasó de ser de “seis a doce meses” de “doce a veinticuatro meses”.

20 Exceptuando lo establecido por el artículo 189.1. “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años: ...b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”.

21 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (La frontera del Derecho Penal sexual); Editorial Bosch, Barcelona; 1982, pág. 507.

La doctrina por vía interpretativa llega a la conclusión de que todas estas conductas, exigen la confrontación directa con el menor o el incapaz; aunque también pueden incluirse en el tipo, el envío de material pornográfico por correo (incluido el electrónico) a los menores o incapaces.

Por lo tanto quedan excluidas de este tipo, conductas como la del quiosquero que tiene a la vista del público revistas pornográficas, contraviniendo la obligación de que dicho material esté precintado, o la del adulto que las posee y no adopta medidas de cautela para evitar que lleguen a manos de los niños²²; puesto que los verbos usados para la descripción de la conducta típica; han de dirigirse a involucrar al menor o al incapaz en los planes trazados por el autor con una finalidad sexual²³. La mayor problemática que entraña el artículo 186 del Código Penal consiste en determinar *¿Qué debe entenderse por material pornográfico?*, para ello debe precisarse el sentido de los términos "pornografía" y "material" pues así se delimitará correctamente la aplicación de la norma.

Definición de pornografía

Etimología: La palabra "pornografía" proviene: (Del gr. «Pornographos», comp. Con las raíces de "«porne»", prostituta, y "«grapho»", describir; v. «GRAF») «Obscenedad». Cualidad de los escritos que excitan morbosamente la sexualidad."²⁴

El diccionario de la Real Academia Española define la "pornografía" como: "Carácter obsceno de obras literarias o artísticas". Lo «obsceno» es aquello lascivo, ofensivo, lúbrico o lujurioso." En virtud de que hasta el momento no tenemos tan claro el concepto de pornografía deberemos recurrir a los criterios de la literatura científica.

CRITERIOS DOCTRINALES

En la doctrina se ha tratado de dotarle de una significación al término "pornografía"; empero el problema fundamental con el que se enfrentan al momento de definirla es el relativo al contenido valorativo. Creus indica que se concibe como «pornográfica» *"la obra de contenido lúbrico con capacidad de alterar el normal desarrollo de la sexualidad de los menores"*. También se ha dicho que la «pornografía» *"es la presentación provocadora con fines lucrativos de una sexualidad separada del amor"*. Por otra parte, Sainz Cantero sostiene que *"la pornografía es la descripción de actividades sexuales que se realizan en forma incitante, excediéndose en los detalles, inoportuna y groseramente."*

Ante las imprecisiones con las que se encontraba la doctrina tradicional en relación con la delimitación del concepto de pornografía, y la preocupación por los efectos sociales de la misma; se realizó una distinción entre pornografía blanda y dura²⁵.

La pornografía "blanda" se define como la exhibición de personas en distintas posturas eróticas, pero que no participan en ningún comportamiento explícitamente violento y/o sexual. La pornografía dura consistiría entonces en la representación de actos sexuales que utilizan la violencia, el bestialismo o las relaciones sexuales con menores, entre otros.

22 Vid. Morales Prats, Fermín y García Albero, Ramón; ob. cit., pp.278-279.

23 Vid. ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 196-197.

24 Diccionario del uso del español, MOLINER, María; Editorial Gredos, Tomo II, p.807.

25 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras, Editorial Bosch, Barcelona, 1982, pp. 81-85.

En la actualidad con la incorporación de nuevas tecnologías y la apertura de "Internet" a la comunidad internacional, en donde puede circular cualquier tipo de contenido; se ha empezado a hablar de la "pornografía técnica" que consiste en la alteración de imágenes por ordenador, de modo que los adultos que participan en actos pornográficos o de contenido sexual; parezcan menores de edad. También se habla de "pseudo pornografía" que se puede definir como "aquella en la que se insertan fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas (animadas o no), en las que no intervienen realmente".

De acuerdo con Orts Berenguer²⁶, la doctrina mayoritaria española al momento de definir la pornografía, baraja dos criterios: "el del contenido del producto, exclusivamente libidinoso, tendente a la excitación sexual de forma grosera, y el de carencia de todo valor literario, científico, artístico, educativo".

En seguida, realizaremos un recorrido por la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en relación con la definición de pornografía.

Criterios Jurisprudenciales

El Tribunal Supremo Español, ha seguido la interpretación de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, según la cual para establecer que una obra es pornográfica se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) El material tomado en su conjunto aparezca dominado por un interés libidinoso
- b) Que sea patentemente ofensivo porque se desvíe de los "estándares" contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de materias sexuales.
- c) Que se halle totalmente desprovista de valor social y que la obra tomada en su conjunto carezca de valor literario, artístico científico, político.²⁷

En líneas generales puede decirse que los criterios para definir el carácter pornográfico de una obra, tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia, se han fijado a partir de la interpretación de la jurisprudencia de los Estados Unidos.

Sin embargo, surgen algunos cuestionamientos en relación con este concepto; en primer lugar por que hace referencia al contexto social, esto es; a los "estándares" mayoritarios de la comunidad, relativos a la representación en materia sexual, por lo tanto se está recurriendo a consideraciones de carácter moral; debido a que dependerá de cada persona y del contexto en el que se desarrolle, el hecho de "calificar" un producto como pornográfico; sin olvidar que al determinar el "valor científico, literario, artístico o educativo" también se hace referencia a juicios de valor; criterios que están en permanente evolución.

Las imprecisiones señaladas, actualmente no revisten la gravedad que tenían cuando estaba en vigor el "Delito de escándalo público", refiriéndonos exactamente al delito, antes de que operara la reforma de la

26 ORTS BERENGUER, Enrique; (en Vives y otros), "Derecho Penal ...", cit.; pp. 252-255.

27 ORTS BERENGUER, Enrique, Delitos contra la libertad sexual, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág.214 y CUERDA ARNAU, María Luisa; "Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores", en Delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial; Madrid, 1997, pp.226-229. Vid. las SSTs de 22 de marzo de 1983, 9 de diciembre de 1985, 26 de octubre de 1986, 24 de marzo de 1997.

LO 5/1988; pues recordemos que se calificaba una obra como pornográfica con base en "la moral sexual colectiva" y, empleando conceptos tan vagos e imprecisos como "pudor", "recato", "buenas costumbres" o "moral pública"; convirtiéndose así la Jurisprudencia en una auténtica fuente de creación del Derecho Penal, imponiendo su particular punto de vista con la finalidad de proteger la referida moral.

Sirvan a título de ejemplo, para corroborar lo anterior las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1980, 7 de octubre de 1980, 16 de enero de 1981, 2 de marzo de 1983 [RJ 1983\1749]; en donde se establece que la "pornografía es la descripción de imágenes que, a causa de su tendencia a la lascivia o excitación a la lujuria, da lugar a una conducta o actividad productora de un daño en la honestidad colectiva, por afectar al pudor, recato y buenas costumbres, de forma grave y trascendental; la pornografía ha de entenderse a un criterio de generalidad o de común aceptación por la concepción cultural dominante en una época que, aunque mudable, siempre se mantiene dentro de una línea de normalidad".

Ante lo cual se planteó el siguiente cuestionamiento: ¿hasta que punto puede ser una limitante al derecho fundamental de expresión la noción jurisprudencial de pornografía?

En la sentencia 62/1982, de 15 de octubre, el Tribunal Constitucional se pronunció con respecto a la condena por el delito de escándalo público, dictada contra el editor del libro titulado *A ver*; quien en el recurso de amparo solicitaba se declarara la inconstitucionalidad del artículo 431, debido a que la sentencia que impugnaba vulneraba el derecho a la libertad de expresión; considerando el Tribunal Constitucional que la condena era conforme a la Constitución, en virtud de que "el legislador puede establecer límites a la libertad de expresión con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral; el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas; con especial protección de la juventud y de la infancia. La pornografía no constituye siempre y en todos los casos un ataque a la moral pública".

Con ello se pone de manifiesto que se limita el derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, las ideas y las opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (artículo 20 de la Constitución Española) en aras a la "protección de la juventud y de la infancia" (artículo 20. 4 de la Carta Magna). Actualmente el Tribunal Supremo mantiene el mismo criterio para definir la pornografía, así ha sostenido que "la pornografía en relación con su difusión a menores o incapaces, desborda los límites de lo ético, erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo imágenes obscenas o situaciones impúdicas, y en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social"²⁸.

CONCEPTO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO

Según Orts Berenguer²⁹, el término "material", abarca todo objeto que sea susceptible de servir de soporte a una muestra de pornografía, sin importar la forma que adopte, por lo que se deja fuera a las representaciones en vivo; pero para que el producto o artificio cumpla con los requerimientos del tipo es necesario que estén impregnados de sexualidad y sean apropiados para despertar o saciar al apetito genésico, provocando una respuesta erótica en el sujeto pasivo, con riesgo de alterar su proceso de formación.

En palabras de Orts Berenguer³⁰ por "material pornográfico" debe entenderse "toda obra o producto que reúna estas propiedades: carecer por completo de valor literario, científico, pedagógico, artístico; no tener otro objeto que la exacerbación grosera del instinto sexual; ser idónea para provocar el citado efecto".

28 STS de 10 de octubre de 2000.

29 ORTS BERENGUER, Enrique; Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; Editorial Tirant lo Blanch; Valencia, 2001; pág. 201.

30 ORTS BERENGUER, Enrique; ob. cit., pág. 201.

Carmona Salgado¹⁰ indica que *“la expresión material debe entenderse en sentido amplio, es decir; como equivalente a cualquier objeto que sirva de soporte a toda producción pornográfica, ya sea escrita, hablada, gráfica (cinematográfica o videográfica, etc.)”*

Por otra parte Morales Prats y García Albero¹¹, señalan que *“se debe limitar el contenido del material pornográfico; en primer lugar, el uso del sustantivo “material”, pues permite la inclusión de toda clase de objetos y en segundo lugar para calificar un producto como pornográfico, este debe de estar dominado por un contenido libidinoso, tendente a excitar o satisfacer instintos sexuales; carente de valor artístico, literario, científico o pedagógico”*.

Así, debe excluirse de calificar como material pornográfico la imagen de un desnudo (sea de un menor o un adulto), en la medida en que en el dibujo no existe una conducta sexual explícita³¹. En nuestra opinión el artículo 186 debe interpretarse restrictivamente; por lo tanto el concepto de material pornográfico debe acotarse, para no abarcar toda clase de objetos, de lo contrario se rebasarían los límites de los principios de mínima intervención, así como del carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, debido a que el Derecho Penal no puede tender a la moralización del individuo, es decir; su actuación se reduce a la represión de hechos que lesionan gravemente bienes jurídicos fundamentales.

Por lo tanto por «material pornográfico» debe entenderse *“aquel contenido (auditivo, visual, impreso), que representa y/o describe actividades sexuales, cuya finalidad es provocar excitación y/o satisfacción sexual, carente de valor literario, científico, pedagógico, artístico”*.

ELEMENTO SUBJETIVO

La doctrina mayoritaria ha observado en el delito de «provocación sexual», la presencia de un *elemento subjetivo del injusto*¹², en virtud de que requiere un *“ánimo lascivo o tendencia a involucrar al menor o incapaz en un contexto sexual”*³². Este argumento tiene su fundamento en lo siguiente: *“la difusión, venta o exhibición del material pornográfico puede realizarse de diversas formas”, pero para que la conducta sea típica se requiere algo más que vender o exponer a la vista el material pornográfico, y esto no es más que el ánimo que mueve al autor para envolver al menor o al incapaz en un contexto sexual, con el riesgo de lesionar el bien jurídico. Además como acertadamente sostiene Orts Berenguer, si no se exige ese ánimo, se estaría sancionando la simple distribución que constituye una infracción administrativa, por lo tanto de no requerirse ese elemento subjetivo se desconocería el Principio de mínima intervención.*

Por su parte el Tribunal Supremo, en la sentencia número 1553/2000, de 10 de octubre, niega la existencia del elemento subjetivo del injusto señalando que *“no se exige un elemento subjetivo del injusto especialmente determinado, como atentar contra la formación o educación de los destinatarios, aunque tal finalidad esté insita en el reproche penal; siendo indiferente el consentimiento de los alumnos menores de edad”, asimismo da por supuesta la afectación en el desarrollo de la personalidad de los siete menores de edad (17 años) por el sólo visionado de la cinta en la que aparecía, supuestamente un personaje conocido manteniendo una relación sexual .*

10 CARMONA SALGADO, Concepción; *“Compendio...”*, cit.; pág. 238.

11 MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, ob. cit., pág. 279.

Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 1342/2003, de 20 de octubre [RJ 2003\7509].

12 MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal. Parte Especial; 13ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 227, MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón; ob. cit., pág. 279; CUERDA ARNAU, María Luisa; *“Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”*, en Delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho judicial; Madrid, 1997, pág.225.

32 CARMONA SALGADO, op. cit.; pp.235-236; difiere de esta opinión y manifiesta que *“es innecesario el citado requisito anímico, al cual aparece abarcado por el dolo del agente”*

En relación con esta sentencia, resulta discutible; en virtud de que el Tribunal Supremo en ningún momento declara probado que el Profesor persiguiera algún fin al proyectar la película; en este delito como ya ha quedado descrito; el castigo de la difusión del material pornográfico entre menores o entre los incapaces sólo es admisible si por medio de esa actividad se persigue como finalidad involucrar a estas personas en un contexto sexual del que el material pornográfico sólo es el instrumento³³. Otro punto a considerar es el hecho de que considera irrelevante el consentimiento de los siete menores de edad (17 años), lo que en nuestra opinión excluiría la lesión al bien jurídico protegido.

Por lo que hace al "error", este se puede dar sobre la edad del menor o el estado mental del sujeto pasivo, en cuyo caso estaríamos ante un error de tipo y en consecuencia la acción no es punible.

El Privilegio del Educador

Con este privilegio se ampara a quien imparte enseñanzas sobre sexualidad a menores, empleando para ello medios, visuales, escritos u objetos; ya que el empleo de estos medios, podría confundirse con la exhibición de material pornográfico. En todo caso, el educador incurriría en la comisión del ilícito en comento, si su conducta tiene una finalidad provocadora, no obstante si se ciñe a la finalidad didáctica, la conducta no podrá considerarse típica. Además en cualquier caso el educador podría invocar la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

CONCLUSIONES

El bien jurídico protegido en el artículo 186 siguiendo el criterio de Vives Antón, no es "la libertad sexual", "ni la indemnidad", sino el "*bienestar psíquico*", encaminado al adecuado proceso de formación sexual y de socialización de los menores e incapaces.

El problema fundamental del artículo 186 del Código Penal, radica en determinar el concepto de "material pornográfico"; lo que ha ocasionado múltiples debates, en virtud de que la pornografía típica no se desliga de los elementos valorativos, lo que de una u otra forma tiene implícitas consideraciones de tipo moral y hay que recordar que se debe desligar la moral del Derecho.

Al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en la que define la "pornografía", basándose en los lineamientos marcados por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América; tenemos que: "*para calificar un producto como pornográfico debe estar dominado por un contenido libidinoso, tendente a la excitación sexual de forma grosera, y que carezca de todo valor literario, científico, artístico, educativo*".

En consecuencia, por material pornográfico» debe entenderse "*aquel contenido (auditivo, visual, impreso), que representa y/o describe actividades sexuales, cuya finalidad es provocar excitación y/o satisfacción sexual, carente de valor literario, científico, pedagógico, artístico*".

Consideramos que el artículo 186 debe interpretarse restrictivamente; de lo contrario se rebasarían los límites de los principios de mínima intervención, así como del carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal.

33 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; "Las últimas reformas en el Derecho Penal Sexual", en Política Criminal y Derecho Penal. -Estudios-, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág.638.; del mismo autor consultar "Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras", Ed. Bosch; Barcelona, 1982, pág.400.

Al realizar un recorrido jurisprudencial, constatamos que la sentencia del Tribunal Supremo 1553/2000, de 10 de octubre, da por sentado que la exhibición de dicho material resultó perjudicial para el desarrollo de la personalidad de los menores, en este sentido nos podríamos preguntar *¿Qué ocurre si se comprueba que el menor no experimenta ninguna perturbación en su proceso de formación sexual?* En nuestra opinión no se lesionaría el bien jurídico protegido y al no lesionarse no habría delito.

Otra interrogante que surge es la siguiente: Tratándose de menores que tienen la edad de trece años y de incapaces ¿es justificable una prohibición ilimitada de la "pornografía"? ¿Por qué no se les reconoce el derecho a la excitación sexual voluntaria?. De lege data, es necesario interpretar el tipo otorgando un papel decisivo al consentimiento libre de vicios del sujeto pasivo mayor de trece años para que excluya la lesión al bien jurídico.

En cuanto al elemento subjetivo del injusto, es necesario un ánimo lascivo o lubrico por parte del autor, es decir una tendencia de involucrar al menor o incapaz en un contexto sexual, si falta ese ánimo estaremos ante una infracción administrativa.

Para finalizar, desde nuestro punto de vista no está justificado penar la "pornografía" en el caso de los menores de edad (refiriéndonos a los mayores de trece y menores de dieciocho años) e incapaces, hasta que no se haya probado su nocividad; consideramos que por razones de Política Criminal primero se debe recurrir a los resultados de las investigaciones científicas, teniendo presente que en ellas se ha constatado que en los adolescentes, la pornografía no produce daño, que se aburren de verla y no tiene relación con la violencia sexual. No hay que pasar por alto que los adolescentes en esa etapa de la vida buscan este tipo de material con la finalidad de satisfacer la curiosidad sexual. Para no crear una imagen distorsionada de la sexualidad en niños y jóvenes se debe actuar de cara a una mejor educación sexual y desmitificar tabúes, por lo tanto en materia de política criminal debe hacerse énfasis en la educación sexual.

BIBLIOGRAFÍA

CARMONA SALGADO, Concepción, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coordinador); *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A.; Madrid, 2000.

COBO DEL ROSAL, Manuel; "El delito del rapto", en Bajo Fernández (coordinador), *Comentarios a la legislación penal*, T.II, Madrid, 1983.

CUERDA ARNAU, María Luisa; "Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores", en *Delitos contra la libertad sexual*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997.

DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO J., en BAJO FERNÁNDEZ (Coordinador), *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, vol. II, Madrid, 1998.

Diccionario del uso del español, MOLINER, María; Ed. Gredos, Tomo II.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982.

"El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual", en *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1999, 2000.

"Las últimas reformas en el Derecho Penal Sexual", en *Política Criminal y Derecho Penal*. Estudios-, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DÍEZ SÁNCHEZ, "Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual", en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 37, Madrid, 1989.

LATORRE, LATORRE, V. y RAMÓN GOMIS, "De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual", en LATORRE LATORRE, V., *Mujer y Derecho Penal*, Valencia, 1995.

MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón; en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*", 2ª edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ORTS BERENGUER, Enrique (Coordinador y otros), *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

"Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): Agresiones sexuales", en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (y otros), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición revisada y actualizada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ORTS BERENGUER, Enrique y ALONSO RIMO, Alberto; "La reforma de los delitos contra la libertad sexual", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (coordinadora); *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Editorial Colex, 2001, Madrid.

ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; *Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.