

## Informe de Investigación

### Título: JURISPRUDENCIA DE DERECHO COMPARADO SOBRE DIFUSIÓN DE PORNOGRAFÍA.

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Internacional Privado	<b>Descriptor:</b> Derechos Fundamentales
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta	<b>Palabras clave:</b> Difusión de Pornografía, Jurisprudencia internacional.
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Jurisprudencia.	<b>Fecha de elaboración:</b> 11/2009

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>1</b>
<b>2 Doctrina.....</b>	<b>2</b>
a)Elementos normativos del tipo de Difusión de Pornografía.....	2
Culpa.....	2
Bien Jurídico.....	2
Norma Penal.....	3
<b>3 Jurisprudencia.....</b>	<b>3</b>
a)Jurisprudencia de Costa Rica referente a la difusión de pornografía.....	3
Alcances de los términos "difundir", "propagar" y "exhibir".....	3
Acción de "exhibir" no requiere finalidad comercial para que se configure el ilícito.....	12
b)Jurisprudencia de España relacionada a la difusión de pornografía.....	16
Sentencia: 62/1982 .....	16
Sentencia 189/1991. ....	35
c)Tribunal Constitucional de Ecuador.....	50

#### 1 Resumen

En el presente informe de investigación se recopila jurisprudencia disponible acerca del tema de difusión de pornografía, por medio de los fallos y de doctrina nacional se determina el bien jurídico tutelado , así como las normas infringidas en cada ordenamiento.

## 2 Doctrina

### ***a) Elementos normativos del tipo de Difusión de Pornografía.***

[PALMA VARGAS]<sup>1</sup>

“Los elementos normativos son, como ya explicamos en el tipo de Fabricación, el término "material pornográfico", definido también anteriormente. Los términos "menor de edad" e "incapaz" también se podrían considerar normativos puesto que necesitan de un especial conocimiento jurídico para interpretarlos correctamente. El verbo "comerciar" también nos remite a acciones propias del comercio, y de un conocimiento comercial. Sin embargo, al carecer de antecedentes legislativos que justifiquen este verbo, suponemos que el legislador quiso entender comerciar como se conoce comúnmente de acuerdo a una definición simplista de diccionario: efectuar una o varias compraventas.

### **Culpa.**

El Delito de Difusión de Pornografía no admite la realización culposa, solamente dolosa.

### **Bien Jurídico.**

El bien jurídico es el mismo analizado anteriormente: el bienestar y la salud del menor (el Interés Superior del Niño), más que la libre autodeterminación sexual. Tanto al difundir material pornográfico, como al exhibírseles material pornográfico.

Acerca del bien jurídico del tipo, encontramos en la resolución 2001-00581 de la Sala Tercera, de las ocho horas cincuenta y cinco minutos del quince de junio de dos mil uno, que "En atención a lo anterior, considera que no es posible condenar a su defendido por el delito de Difusión de Pornografía, ya que no se demostró que con su actuar se afectara el bien jurídico tutelado en esta clase de ilícito, pues "el hecho de que las ofendidas hayan visto UNA VEZ una revista pornográfica, no constituye por sí sólo la comisión de un delito". Esto reafirma que el bien jurídico es la salud mental del menor. También se afirma, en la misma resolución que "Como consecuencia de la anterior, resulta entonces evidente que el bien jurídico tutelado en estos casos no es la libertad sexual o la libre autodeterminación sexual de las personas, como sucede en los delitos de Violación o Abusos deshonestos, sino el normal desarrollo o la natural concepción de la sexualidad que tengan las personas menores de edad o los incapaces".

## **Norma Penal.**

La norma penal se puede traducir en "No comerciarás, difundirás o exhibirás material pornográfico a personas menores de edad o incapaces". Y "No exhibirás, difundirás, distribuyas o comerciarás, por cualquier medio y cualquier título, material pornográfico en el que aparezcan personas menores de edad o donde se utilice su imagen, o lo poseerás para estos fines"

## **3 Jurisprudencia**

### ***a) Jurisprudencia de Costa Rica referente a la difusión de pornografía***

#### **Alcances de los términos "difundir", "propagar" y "exhibir"**

[TRIBUNAL CASACIÓN PENAL]<sup>2</sup>

Resolución: 2008-00308

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN SEGUNDA, San Ramón, a las quince horas treinta minutos del tres de julio de dos mil ocho.

RECURSO DE CASACIÓN interpuesto en la presente causa seguida contra LUIS GERARDO ACOSTA CAMPOS, portador de la cédula número 2-344-380, hijo de Carmen Acosta y Dora Campos Paniagua, vecino de Calle Loría de Alajuela, por el delito de RELACIONES SEXUALES REMUNERADAS EN PERSONAS MENOR DE EDAD, en perjuicio de M.J.R.S e I.S.G. Intervienen en la decisión del recurso, los Jueces Jorge Arturo Camacho Morales, Martín Alfonso Rodríguez Miranda y Guillermo Sojo Picado. Se apersonan en casación el licenciado Luis Bonilla Umaña, en calidad de defensor particular del imputado Luis Gerardo Acosta Campos y la licenciada Yadira Godínez Segura, representante del Ministerio Público.

RESULTANDO:

I.-Que mediante sentencia número 540-07 de las once horas veinticinco minutos del primero de

noviembre de dos mil siete, del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, resolvió: POR TANTO: " De conformidad con los numerales 8 a 1 Convención Americana de Derechos Humanos, 39, 41, de la Constitución Política, 1, 22, 30, 31, 5 (sic), 71 a 76, 160 inciso 3) del código (sic) penal, el Tribunal por unanimidad de sus votos resuelve: DECLARAR al acusado LUIS GERARDO ACOSTA CAMPOS, autor responsable de DOS delitos de RELACIONES SEXUALES REMUNERADAS CON PERSONA MENOR DE EDAD, cometidos en perjuicio de M. (sic) J. (sic) R. U. (sic) Y se le impone una pena de DOS AÑOS DE PRISION (sic) por cada delito, para un total de CUATRO AÑOS DE PRISION (sic), pena que deberá descontar en el lugar y forma que determinen los reglamentos penitenciarios previo abono de la preventiva sufrida si la hubiere, remítanse los testimonios de estilo para ante el Instituto Nacional de Criminología y el Juez de Ejecución de la Pena. Se le ABSUELVE de toda pena y responsabilidad por CINCO DELITOS DE RELACIONES SEXUALES REMUNERADAS CON PERSONA MENOR DE EDAD y un delito de DIFUSION (sic) de PORNOGRAFIA (sic) acusados como cometidos en perjuicio de M. (sic) J. R. (sic) U. E (sic) I. S. G. (sic). Son los gastos del proceso a cargo del imputado. Firme el fallo archívese el expediente, inscríbese en el registro Judicial. Mediante lectura notifíquese. Hanny Sbravatti Maroto, Alex Viquez Jiménez y Armando Fuentes Quesada, jueces de juicio".

2.-Que contra el anterior pronunciamiento interpusieron recurso de casación el licenciado Luis Bonilla Umaña, en calidad de defensor particular del imputado Luis Gerardo Acosta Campos y la licenciada Yadira Godínez Segura, representante del Ministerio Público.

3.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 450 del Código de Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso de casación.

4- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta el Juez de Casación Camacho Morales; y ,

CONSIDERANDO:

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL LICENCIADO LUIS A. BONILLA UMAÑA, DEFENSOR DEL IMPUTADO.

I) PRIMERO Y SEGUNDO MOTIVOS (forma): En ambos motivos y con el mismo fundamento jurídico, se alega el vicio de falta de fundamentación y fundamentación contradictoria en relación con los hechos probados I y II. El reclamo en ambos motivos se realiza sobre la base de la ausencia de declaración de la víctima I.S.G., por lo que, al estar estrechamente relacionados, se resuelven conjuntamente. Se alega la violación de los artículos 142, 176, 178 inciso a), 179, 369 incisos d) y j) del Código Procesal Penal, 39 y 41 de la Constitución Política. CONTENIDO DE LOS RECLAMOS: (i) De la única prueba que se extrae la convicción que menciona el Tribunal en el hecho probado I es de la declaración de la ofendida M.J.R.S., no existe ninguna otra prueba que avale su dicho. La ofendida I.S.G. no compareció al debate a rendir declaración, por lo que no es



posible establecer si ese día acompañó al imputado Acosta Campos y a la ofendida M.J.R.S. al Motel La Sirenita. Además de lo anterior, la sentencia es contradictoria porque se afirma que las relaciones sexuales las tiene el imputado con ambas ofendidas, siendo carentes de prueba las acciones en perjuicio de I.S.G., porque dicha ofendida nunca declaró en el debate. No es posible que el Tribunal estime que no hay mérito para condenar al imputado por los hechos en perjuicio de I.S.G., pero los incluye como hechos probados en la sentencia para tener por probado que los hechos ocurrieron en presencia de la otra ofendida. (ii) No existe prueba de que el hecho numerado dos ocurriera, pues el testimonio de I.S.G. nunca fue recibido en el debate y al prescindirse de su testimonio el Tribunal absolvió al imputado por los hechos ocurridos en su perjuicio. Solo quebrantando los principios elementales de justicia el Tribunal puede tener por demostrados los hechos ocurridos incluso en perjuicio de I.S.G. y por otro lado absolver al encartado por no haberse demostrado esas circunstancias. La fundamentación es contradictoria y al no haber más prueba que la declaración de M.J.R.S., en aplicación del principio in dubio pro reo se debió absolver al imputado. Se solicita se acojan los motivos, se anule la sentencia y se ordene el respectivo reenvío. Los motivos se rechazan. Para la defensa técnica del justiciable, no es posible, únicamente con fundamento en la declaración de la ofendida M.J.R.S., tener por demostrados los hechos I y II de la sentencia, requiriéndose, según su criterio, que se le hubiera recibido declaración a la ofendida I.S.G., además de que el Tribunal se contradice porque tiene por demostrado que el imputado Luis Bonilla Umaña incurrió en los delitos de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad en perjuicio de M.J.R.S. e I.S.G., no obstante procedió a condenar el acusado por dicho delito en relación con M.J.R.S. y absolverlo en relación con I.S.G. El recurrente olvida que nuestro sistema procesal penal se rige en cuanto a la prueba por el principio de libertad probatoria, según el cual "Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de ley" (artículo 182 del Código Procesal Penal). Con dicho principio se rechaza el sistema de prueba tasada propio de los sistemas inquisitivos, optándose por el de libre valoración de la prueba, el que a su vez se divide en dos: íntima convicción y el de la sana crítica. En la íntima convicción no se requiere fundamentación alguna del por qué de la sentencia; en la sana crítica por el contrario, el juez debe dar razones de su sentencia. El sistema seguido en nuestro medio es el de libre valoración de la prueba y sana crítica, según lo estipula el numeral 184 del Código Procesal Penal: "El Tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial" (el subrayado no es del original). La libre valoración de la prueba y la sana crítica como sistema de valoración de la prueba se extraen también de los numerales 142, 361 y 369 inciso d), normas todas del Código Procesal Penal. En el sistema de libre valoración de la prueba se admite pacíficamente el dictado de una sentencia condenatoria con base únicamente en un simple testigo, siempre que se indiquen las razones por las que se les da crédito y éstas no sean contrarias a las reglas de la sana crítica. En tal sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional en el voto número 4845- 96; el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, votos números 222-F-98 y 456-F-98, y la Sala Tercera, voto número 366-98 (LLOBET RODRÍGUEZ Javier. Proceso Penal Comentado. 3era edición, San José Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2006, p. 288). En la sentencia impugnada el Tribunal de Juicio tuvo por demostrados los siguientes hechos: "I.-

La menor ofendida M.J.R.S. nació el 11 de agosto del año 1990; mientras que I.S.G. nació el 18 de noviembre de 1989. Que para la fecha en que ocurrió el primer hecho, las ofendidas tenían quince años de edad, y cuando ocurrió el segundo hecho tenido por probado I.S.G. cumplía ese día 16 años. Sin que se pueda precisar fecha pero en el curso del año 2005, se encontraba la aquí ofendida M.J.R.S. en compañía de I.S.G. en las afueras del colegio - Instituto de Alajuela- en el que estudian en esta ciudad, siendo que se encuentran con el aquí acusado Luis Gerardo Acosta



Campos, quien es el padre de la esposa de un hermano de M.J.R.S.; el cual las invita a pasear a lo cual acceden y el encartado las lleva al Motel La Sirenita en esta ciudad, donde les ofrece dinero a cambio de que tengan relaciones sexuales con él, accediendo ambas. Así, el acusado mantuvo relaciones sexuales vía vaginal con M.J.R.S mientras que a I.S.G. le practicó sexo oral y luego de ello les entrega la suma de diez mil colones. II El dieciocho de noviembre del año 2005 en ocasión de que I.S.G. cumplía 16 años, al ser aproximadamente las 14 horas, el aquí imputado se hizo presente en las inmediaciones del parque de Palmares de Alajuela y mediante ofrecimiento de dinero se llevó ambas menores al motel El Dorado, en donde una vez adentro encendió el televisor del local para ver películas pornográficas, se quitó la ropa y tuvo relaciones sexuales por vía vaginal con M.J.R.S. y posteriormente le hizo sexo oral a I.S.G. y sexo vía vaginal, dándoles posteriormente la suma de doce mil colones para que se repartieran por partes iguales el dinero" (cfr. folios 113 a 114). Del análisis del sumario de prueba se concluye que en el caso concreto únicamente declaró la víctima M.J.R.S. Dicha ofendida, en lo que interesa, relata que un día estaba en el colegio con I.S.G. y el imputado les dijo que fueran a dar una vuelta los tres y los llevó al motel La Sirenita, les ofreció dinero para que tuvieran relaciones con él. El imputado le practicó a ella sexo oral y luego tuvieron relaciones sexuales normales vía vaginal, procediendo luego a practicarle sexo oral a I.S.G., dejándolas en el parque luego de entregarles diez mil colones para las dos. El dieciocho de noviembre de dos mil cinco, día en que I.S.G. cumplía años, se encontraban en el parque de Palmares y el acusado pasó por ellas y las llevó al motel El Dorado, ese día les introdujo el pene y la lengua en la vagina a las dos y les entregó quince mil colones para ambas (cfr. folios 114 a 116). En la fundamentación intelectual de la sentencia recurrida (cfr. folios 116 a 120), el Tribunal de Juicio señaló que la declaración de M.J.R.S. fue amplia y detallada, indicando que estaba en compañía de su amiga I.S.G. Más adelante, refiriéndose específicamente el primer hecho tenido por demostrado, reitera el Tribunal que la citada declaración "...a (sic) sido clara, precisa, circunstanciada, sin que se note dudas en su declaración y respecto a este hecho su declaración le merece total credibilidad a la ofendida..."

(cfr. folio 147). Al valorar la declaración de M.J.R.S. con relación al hecho demostrado II, indica el Tribunal de Juicio que: "En esta ocasión la declaración de la ofendida fue clara y precisa, indicando aún la hora en que se encontraron con el imputado y detallando los hechos ocurridos en el motel, similares a los vividos en el hecho tres de la acusación fiscal, en donde detalla la forma en que fue tomada cada una de ellas, los tocamientos que les hizo, la programación de pornografía en el motel y finalmente la relación oral y vaginal que llevó a cabo con cada una de ellas, lo que permite dilucidar al Tribunal que los hechos ocurridos y narrados por la ofendida ocurrieron en realidad, tal y como ella los detalla ..."

(cfr. folio 118). Los nombres de las víctimas fueron sustituidos por las iniciales de sus respectivos nombres). La valoración positiva en cuanto a credibilidad que realiza el Tribunal de Juicio del testimonio de M.J.R.S. no es cuestionada por el impugnante como contraria a las reglas de la sana crítica, y la afirmación que realiza el impugnante de que la prueba es insuficiente porque se trata de un único testimonio es improcedente a la luz del sistema de libertad probatoria que admite la posibilidad de que se pueda fundamentar una sentencia condenatoria con base en un solo testimonio, siempre que se den las razones del fallo sin violentar las reglas de la sana crítica. En el caso concreto el testimonio de la ofendida M.J.R.S. no sólo coincide en cuanto a su contenido con los hechos tenidos por demostrados en la sentencia, sino que también es valorado como creíble por el Tribunal de Juicio que da las razones de por qué le otorga credibilidad, razones que resultan conformes con las reglas del correcto entendimiento humano y que como se indicara supra, en modo alguno fueron cuestionadas en el recurso, de manera que el alegato de que la prueba es



insuficiente para demostrar los hechos acusados constituye una apreciación subjetiva del impugnante, quien realiza igualmente una valoración subjetiva de la prueba. Tampoco es admisible el alegato esbozado en los motivos primero y segundo, en el sentido de que por no haberse presentado a declarar a debate la víctima I.S.G., no es posible tener por demostrados respecto de ella los hechos acusados. Desconoce el impugnante en su alegato, que la víctima M.J.R.S. es testigo directa y presencial de los hechos acusados en perjuicio de I.S.G., puesto que dicha víctima acompañaba a M.J.R.S. al momento de los hechos y pudo percibir a través de sus sentidos, la conducta desarrollada por el acusado respecto de I.S.G., todo lo cual forma parte del contenido de su declaración que el Tribunal valoró como plenamente creíble, por lo que no existía ningún obstáculo para que únicamente con base en el testimonio de M.J.R.S. el Tribunal de Juicio haya tenido por demostrados los hechos acusados en perjuicio de ambas víctimas. No es cierto lo afirmado por el recurrente en los motivos primero y segundo del recurso de casación, en el sentido de que el Tribunal de Juicio a pesar de haber tenido por demostrados los hechos en perjuicio de la ofendida I.S.G., absolvió al acusado de los delitos de relaciones sexuales remuneradas en cuanto a dicha víctima. En la parte dispositiva de la sentencia se indica que..."

el Tribunal por unanimidad de sus votos resuelve: DECLARAR al acusado LUIS GERARDO ACOSTA CAMPOS, autor responsable de DOS delitos de RELACIONES SEXUALES REMUNERADAS CON PERSONA MENOR DE EDAD, cometidos en perjuicio de M. J. R. U. y se le impone una pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN por cada delito, para un total de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN,..." (cfr. folio 120). Como ofendida se cita en la parte dispositiva de la sentencia únicamente a M.J.R.S., sin embargo en la parte considerativa resulta claro que la sentencia condenatoria se dicta en relación con ambas ofendidas, lo que resulta claro a partir de la fundamentación fáctica, al tenerse por demostrado los hechos acusados también en relación con la víctima I.S.G.; en la fundamentación intelectual en donde con base en la declaración de M.J.R.S. el Tribunal de Juicio analiza y valora la declaración de la citada ofendida en relación con lo ocurrido a ambas víctimas, tal y como se tuvo por demostrado. También en la fundamentación jurídica el Tribunal da las razones de porqué el justiciable incurrió en el delito de relaciones sexuales remuneradas, lo que hace refiriéndose no sólo a una víctima sino a ambas. Así por ejemplo, con respecto al primer hecho indica el Tribunal: "La ofendida fue clara y precisa en detallar la forma en que el imputado las abordó, quien conociendo de la procedencia humilde de las ofendidas y sus múltiples necesidades les ofrece dar un paseo, comprar una hamburguesa y luego se las lleva a un motel con el fin de tener relaciones sexuales con ambas..."

(cfr. folio 117). La misma situación se da con la fundamentación jurídica respecto del segundo hecho demostrado (ver folio 118). Por último, el Tribunal de sentencia al final de la parte considerativa indica lo siguiente: "...De ahí que es procedente tener a LUIS GERARDO ACOSTA CAMPOS, autor responsable de DOS DELITOS DE RELACIONES SEXUALES REMUNERADAS CON PERSONA MENOR DE EDAD en daño de M.J.R.S. e I.S.G." (cfr. folio 120). Como la sentencia es una unidad lógico jurídica, la parte dispositiva puede perfectamente ser integrada con la considerativa para concluir que simplemente el Tribunal de Juicio incurrió en un error al omitir indicar en la parte dispositiva que los delitos por los que se condenó a LUIS GERARDO ACOSTA CAMPOS también lo eran en perjuicio de I.S.G., defecto que se trata de un simple error material corregible en cualquier momento (art. 146 del Código Procesal Penal). Diferente es la situación que se presenta en cuanto a la calificación legal de los hechos tenidos por demostrados, los que en realidad son constitutivos de cuatro delitos de relaciones sexuales remuneradas, dos en perjuicio de cada una de las ofendidas, puesto que las acciones del encartado realizadas en perjuicio de cada una de ellas son perfectamente diferenciables, de manera que en cada oportunidad que las



llevó a un motel, el justiciable cometió dos delitos de relaciones sexuales remuneradas, uno en perjuicio de cada víctima, y no uno como lo consideró el Tribunal, que era un solo delito en cada oportunidad. No obstante lo anterior, por no haber mediado recurso del Ministerio Público solicitando la corrección del anterior vicio, este Tribunal de Casación carece de facultades para pronunciarse oficiosamente al respecto.

II.-TERCER MOTIVO (forma): Falta de fundamentación jurídica. Se acusa la violación de los artículos 142, 176, 178 inciso a), 179, 361 inciso b), 363 inciso b), y 369 inciso g) del Código Procesal Penal, 39 y 41 de la Constitución Política. CONTENIDO DEL MOTIVO: El Tribunal omite la mención de las reglas de inferencia utilizadas para concluir que el imputado incurrió en la comisión de dos delitos de relaciones sexuales remuneradas de tal manera que deja a la defensa sin posibilidad de controlar en casación tal razonamiento, perjudicándose el derecho de defensa. En el caso concreto el juzgador se limitó a hacer una referencia nominal de tipicidad pero no existe análisis jurídico alguno de los tipos penales aplicados. Se solicita se acoja el motivo, se anule la sentencia y se ordene el respectivo reenvío. Se rechaza motivo. Se pretende en el tercer motivo que se anule la sentencia toda vez que el Tribunal de Juicio no fundamentó por qué el imputado incurrió en el delito de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad. El alegato es totalmente improcedente. Si bien en la sentencia impugnada los jueces de sentencia no diferenciaron en acápite separados la fundamentación intelectual de la jurídica, ello no es razón suficiente para negar la existencia de la segunda. En relación con el primer hecho demostrado el Tribunal de Juicio indicó lo siguiente: "...En el presente hecho denunciado, se nota según la declaración de la ofendida que los actos llevados a cabo por el imputado, encuadran dentro de lo previsto en el inciso III del artículo 160 del Código Penal. La ofendida fue clara y precisa al detallar la forma en que el imputado las abordó, quien conociendo de la procedencia humilde de las ofendidas y sus múltiples necesidades les ofrece dar un paseo, comprar una hamburguesa y luego se las lleva a un motel con el fin de tener relaciones sexuales con ambas, aprovechándose de su poca experiencia en la vida y de sus necesidades económicas,..., detalló además la forma en que procedió a tener relaciones sexuales con ambas, primero con M.J.R.S. y luego con I.S.G., detalló además los tocamientos de que fueron objeto para finalmente abandonar juntos el motel en vista de que su potencia sexual había finalizado. Se aprovechó el imputado de las carencias de las menores, para darles dinero a cambio de tener relaciones sexuales con él, siendo que finalmente una vez que satisfizo sus deseos carnales les entregó la suma de diez mil colones con el fin de remunerar el servicio sexual prestado y que quedaran anuentes a volverlo a acompañar a un motel" (cfr. folio 117 los nombres de las ofendidas fueron sustituidos por las respectivas iniciales). Con relación a los actos sexuales ejecutados en el primer hecho, que no se describen en detalle en el anterior extracto, el Tribunal los identifica y precisa claramente en la fundamentación intelectual señalando lo siguiente: "...el imputado se quitó la ropa y se la quitó a M.J.R.S. mientras que le decía a I.S.G. que se la quitara, cosa que ella hizo para iniciar Gerardo, relaciones sexuales con M.J.R.S., metiéndole el dedo y el pene en la vagina, acariciándole los pechos y hacerle finalmente sexo oral a M.J.R.S.. Luego de terminar con M.J.R.S., el imputado le dice a I.S.G. que sigue ella, la toca, le introduce el dedo en la vagina, le hace sexo oral, indicándole que ya no se le paraba..."

(cfr. folio 117. Los nombres de las ofendidas fueron sustituidos por las respectivas iniciales). Con relación al segundo hecho demostrado el Tribunal argumenta que se debe aplicar el artículo 160 inciso 3° del Código Penal de la siguiente manera: "Respecto al segundo delito que tiene el Tribunal como probado fue en el mes de noviembre del año 2005 como a las dos de la tarde en que fueron abordadas en el Parque de Palmares de Alajuela por el imputado y las llevó al Motel el Dorado, con el fin de tener relaciones sexuales con ambas, siendo que luego de tocarlas y

acariciarlas las desnudó a ambas, tuvo sexo oral con M.J.R.S. y luego relación sexual normal y posteriormente tuvo sexo oral con I.S.G. y finalmente relaciones sexuales vaginales con I.S.G., retribuyéndoles los servicios con la suma de doce mil colones para que se los repartieran entre ambas, completándose en este aspecto el cuadro fáctico acusado en el artículo 160 inciso 3 del mismo, aclarándose que para cuando se dieron esas relaciones no se comprobó que ambas tuvieran 14 años de edad, sino que para el mes de noviembre de 2005 ya tenían quince años de edad por lo que los delitos encuadran en el inciso 3) del artículo 160 del Código Penal" (cfr., folios 119 a 120. Los nombres de las ofendidas fueron sustituidos por las respectivas iniciales). Incurrir en el delito de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad, entre otros supuestos: "Quien pague a una persona menor de edad de cualquier sexo... para que ejecute actos sexuales o eróticos" (art. 160 del Código Penal). El delito se sanciona con diferentes penas de prisión según la edad de la víctima, correspondiendo una pena "de dos a seis años de prisión si la persona ofendida es mayor de quince años, pero menor de dieciocho" (ibidem, inciso 3º). Todos y cada uno de los elementos típicos referidos en el numeral 160 del Código Penal están presentes en las conductas atribuidas al acusado y tenidas por demostradas. El Tribunal fundamenta adecuadamente la configuración del tipo penal citado a partir del hecho de que las ofendidas eran mayores de quince años de edad y el imputado les pagó dinero en efectivo para que ejecutaran actos sexuales o eróticos (desvestirse, permitir que el imputado les realizara el acto sexual vía vaginal, que les practicara sexo oral, etc.), por lo que el alegato de falta de fundamentación jurídica de la sentencia impugnada es absolutamente improcedente, según se ha comprobado a partir del análisis de su contenido.

#### RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO :

III.-PRIMER MOTIVO (forma): Insuficiente y contradictoria fundamentación e inobservancia de las reglas de la sana crítica. CONTENIDO DEL MOTIVO: El Tribunal de Juicio declaró a LUIS GERARDO ACOSTA CAMPOS autor de dos delitos de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad y le impuso el extremo menor de la pena por cada delito, sea dos años de prisión, sin que se hayan indicado las razones por las cuales el imputado es acreedor de la pena mínima, por lo que la representación del Ministerio Público desconoce las razones por qué se sanciona al imputado con la pena mínima, lo cual en todo caso resulta incongruente y contradictoria con los demás elementos de juicio que el Tribunal plasmó en el análisis de la prueba donde el Tribunal razona como de manera vil el imputado se aprovechó de las carencias materiales de la ofendida para conseguir satisfacer sus deseos libidinosos, no obstante sin ninguna explicación lo condena a la pena mínima pese a ser reiterativo en sus acciones, a la gravedad y alcance de las relaciones sexuales que sostuvo con la menor a quien le practicó sexo vaginal al menos en dos ocasiones. Se solicita se anule la sentencia en cuanto a la pena impuesta y se ordene el reenvío para nueva sustanciación por dicho extremo. Se acoge el motivo. En las conclusiones del debate, la Fiscal solicitó la imposición al imputado de una pena de diez años de prisión, cuatro años por el primer hecho y seis años por el segundo (cfr. acta debate de folio 106). El Tribunal de Juicio le impuso al acusado la pena mínima de dos años de prisión por cada uno de los delitos de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad por los que condenó a LUIS GERARDO ACOSTA CAMPOS, limitándose a señalar que dicha pena la imponía con fundamento en el artículo 160 inciso 3º del Código Penal que establece una pena de 2 a 6 años de prisión. Es claro que la sentencia impugnada es completamente omisa en fundamentar la pena impuesta a la luz de las exigencias que para dicha determinación establece el numeral 71 del Código Penal. El Tribunal de Juicio debía exponer las razones de por qué se rechazaba la pretensión punitiva del órgano



requiriente que pretendía penas más altas, y al no hacerlo incurrió el vicio de falta de fundamentación, puesto que se desconoce el íter lógico seguido por los juzgadores para llegar a la conclusión de que a Luís Gerardo Acosta Campos debía imponérsele la pena mínima prevista para el delito de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad, y no la pena solicitada por la Fiscal. En jurisprudencia que esta Cámara de Casación comparte, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado la necesidad de fundamentar el quantum de la pena. Al respecto ha indicado dicho órgano: "Se coincide con la recurrente, en cuanto a la obligación del Juez, de justificar adecuadamente su decisión, y en lo referente a la aplicación de la pena, que es la etapa final, donde la autoridad juzgadora, luego del análisis probatorio que respalda la conclusión arribada sobre la acreditación de los hechos acusados y la atribución de ellos a quien se les ha endilgado, determinando su culpabilidad, ha de expresar necesariamente, las razones por las que se inclina por un determinado quantum de pena, acorde a los parámetros establecidos (artículo 71 del Código Penal), dentro de criterios de racionalidad y proporcionalidad, dando así contenido a las consecuencias jurídicas previstas en el tipo penal aplicado, (...). Debemos señalar que la consideración a los parámetros de fijación de la sanción punitiva, contenidos en el numeral 71 del Código Penal, no resulta taxativa, sino ejemplificativa o enunciativa de los presupuestos que han de ser estimados en ese apartado del fallo, sin que esté obligado el Tribunal a hacer mención de todos ellos, pudiendo utilizar los que estime, esenciales para fundamentar su decisión, o bien otras argumentaciones no contenidas en la normativa señalada, en tanto el interés esencial, es que los Juzgadores, dentro de parámetros de racionalidad y proporcionalidad, expresen con claridad las razones que los llevan a imponer un determinado monto de pena en concordancia con la culpabilidad del imputado, como sustento esencial de la sanción impuesta" (resolución número 00025- 2008 de las 8:53 horas del 18 de enero de 2008). Así las cosas, tal y como se adelantó, se acoge el único motivo de casación por la forma alegado por la representación del Ministerio Público, se anula la sentencia impugnada únicamente en cuanto al extremo de la pena impuesta al acusado por dos delitos de relaciones sexuales remuneradas y se ordena el reenvío para nueva fijación de dicho extremo.

IV.-SEGUNDO MOTIVO (fondo) . Inobservancia y errónea aplicación del artículo 174 del Código Penal. CONTENIDO DEL MOTIVO: El Tribunal tuvo por hecho probado en sentencia "...El dieciocho de noviembre del año 2005 en ocasión de que I.S.G cumplía 16 años, al ser aproximadamente las 14 horas, el aquí imputado se hizo presente en las inmediaciones de Palmares de Alajuela y mediante ofrecimiento de dinero se llevó a ambas menores al motel El Dorado, en donde una vez adentro encendió el televisor del local para ver películas pornográficas, se quitó la ropa y tuvo relaciones sexuales por vía vaginal con M. J. y posteriormente le hizo sexo oral a I. y sexo vía vaginal, dándoles posteriormente la suma de doce mil colones para que se repartieran por partes iguales el dinero."

Señala la impugnante que el anterior hecho contiene dos figuras delictivas a saber: la exhibición de pornografía y las relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad, siendo evidente que no existe un concurso aparente entre ambas puesto que la exhibición de pornografía no es un delito de pasaje que lleva a un delito final sino que ambas adquieren independencia respecto de la tipicidad y fin perseguido por el imputado. Por su parte la ofendida M. J. fue explícita en señalar las escenas de contenido erótico y sexual que veían y que el imputado quería que ellas emularan los actos eróticos que las lesbianas hacían, perjudicando así la psiquis y la integridad física y emocional de la menor. El fundamento del Tribunal para absolver por el delito de difusión de pornografía es que el imputado no llevó un televisor al cuarto, un video y un reproductor de videos, sino que se trata de un servicio que brinda el motel, premisas erróneas porque basta para que se



configure el delito con que el sujeto activo tenga la voluntad de exhibir pornografía a menores y así lo haga. Se solicita se condene al imputado por el delito de difusión de pornografía y se ordene el reenvío para fundamentar pena. Se acoge el motivo. En el hecho II del considerando de hechos demostrados de la sentencia impugnada se tuvo por demostrado lo siguiente: "II El dieciocho de noviembre del año 2005 en ocasión de que I.S.G. cumplía 16 años, al ser aproximadamente las 14 horas, el aquí imputado se hizo presente en las inmediaciones del parque de Palmares de Alajuela y mediante ofrecimiento de dinero se llevó ambas menores al motel El Dorado, en donde una vez adentro encendió el televisor del local para ver películas pornográficas, se quitó la ropa y tuvo relaciones sexuales por vía vaginal con M.J.R.S. y posteriormente le hizo sexo oral a I.S.G. y sexo vía vaginal, dándoles posteriormente la suma de doce mil colones para que se repartieran por partes iguales el dinero" (cfr. folios 113 a 114). Por su parte, el tipo penal de exhibición de pornografía dispone: "Quien comercie, difunda, exhiba material pornográfico a personas menores de edad o incapaces, será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años. (...)" (artículo 174 del Código Penal). El Tribunal de juicio fundamentó la absolutoria a favor del acusado por el delito citado de la siguiente manera: "Respecto al delito de difusión de pornografía que se le achaca, consideró el Tribunal que el delito no se configuró porque no se probó que el imputado hubiera llevado un televisor al cuarto, un video y un reproductor de videos, pues al contrario, es normal que los moteles tengan un servicio de circuito cerrado para que los clientes pongan el televisor si ese es su deseo de querer ver o no pornografía" (cfr. folios 118 a 119). El tipo penal de difusión de pornografía se estructura sobre la base de varias acciones típicas alternativas, de manera que la realización de cualquiera de ellas configura el tipo. En el caso concreto el Ministerio Público pretende que se sancione al acusado como autor del delito de difusión de pornografía por difundir o exhibir material pornográfico a menores de edad. Difundir significa propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc. (p. 822). Propagar consiste en extender el conocimiento de algo o la afición a ello (p. 1845). Divulgar significa publicar, extender, poner al alcance del público (p. 841). Finalmente exhibir tiene como significado el manifestar, mostrar en público (p. 1018) (Real Academia Española. Diccionario de La Lengua Española. 21º edición, tomos I y II, 2001). De acuerdo con el significado de la conducta típica de "difundir o exhibir" que prevé el tipo penal de difusión de pornografía, deben rechazarse los fundamentos esgrimidos por el Tribunal de Juicio para absolver al acusado por dicho delito, en el tanto basta para que se configure la acción típica de difundir o exhibir, con que el sujeto pasivo ponga al alcance de un menor de edad material pornográfico o lo muestre, por ejemplo, encendiendo un televisor en el que se transmiten escenas de tal naturaleza para que el menor las observe, lo que a su vez implica extender el conocimiento de la pornografía que se transmite a través de la televisión. Es inaceptable la exigencia que establece el Tribunal de Juicio en el caso concreto de que para poder condenar al acusado por el delito de exhibición de pornografía debió llevar televisor, reproductor de video y video pornográfico, todo lo cual se sale de las exigencias típicas establecidas en el numeral 174 del Código Penal. Unido a lo anterior, este Tribunal de Casación detecta la existencia de una contradicción entre la fundamentación descriptiva y la fáctica y además una falta de fundamentación intelectual, todo ello respecto de la determinación de los hechos relativos al tema de la difusión de pornografía. En la acusación, propiamente en el hecho 5, se indica que "...estando en la habitación del motel, el imputado encendió el televisor y las puso a ver una película pornográfica,..." (cfr. folio 47), descripción que es plenamente respaldada por la declaración de M.J.R.S., quien refirió en torno al extremo acusado lo siguiente: "En el motel esa última vez vimos pornografía que él puso, se veían lesbianas, mujeres con hombres teniendo sexo oral, vaginal, anal, de todo. Quería que I.S.G. y yo nos empezáramos a tocar y hacer todas esas cosas que veíamos pero no quisimos" (cfr. folio 115). No obstante lo anterior, en la sentencia el Tribunal tuvo por demostrado únicamente que una vez dentro del Motel del Dorado, el imputado "encendió el televisor del local para ver películas pornográficas..."

(cfr. folio 114. El subrayado no es del original). Tal descripción que realiza el Tribunal de Juicio en cuanto al extremo de comentario carece de los elementos indispensables para condenar al acusado por el delito de difusión de pornografía, porque no le atribuye la realización de alguna de las acciones típicas prevista en el numeral 174 del Código Penal, descripción que en todo caso resulta contradictoria con la fundamentación descriptiva en donde la ofendida M.J.R.S. narra que el acusado las puso a ver pornografía y describe el contenido de la misma. Por otro lado, en ningún momento se aborda en la fundamentación intelectual el análisis de la declaración de la víctima respecto del extremo de comentario, por lo que existe absoluta falta de fundamentación intelectual al respecto. Así las cosas, lo procedente es anular la sentencia impugnada en cuanto absolvió al acusado por el delito de difusión de pornografía en perjuicio de M.J.R.S. e I.S.G. y ordenar el reenvío para nueva sustanciación.

#### POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto por el licenciado Luis Bonilla Umaña, defensor del imputado Luis Gerardo Campos Acosta. Se acoge el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Yadira Godínez Segura, y se anula la sentencia recurrida: a) En cuanto impuso al imputado cuatro años de prisión, dos por cada delito de relaciones sexuales remuneradas por los que fue condenado, b) En cuanto absolvió a Luis Gerardo Campos Acosta por un delito de difusión de pornografía en perjuicio de M.J.R.S. e I.S.G.. Por los extremos anulados se ordena el reenvío para nueva sustanciación. En lo demás, la sentencia permanece incólume.

### **Acción de "exhibir" no requiere finalidad comercial para que se configure el ilícito**

[SALA TERCERA]<sup>3</sup>

Res: 2004-00256

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas veinticinco minutos del diecinueve de marzo de dos mil cuatro.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Rafael Angel Ramírez Murillo, mayor, soltero, costarricense, educador, con cédula de identidad número 5-248-211, nacido en La Fortuna de Bagaces el veintitrés de agosto de mil novecientos sesenta y ocho, hijo de Felix Ramírez Rojas y María Murillo Brenes, vecino de Guararí, por el delito de Tres delitos de Difusión de Pornografía, Dos delitos de Relaciones Sexuales Remuneradas con Persona Menor de Edad, Dos delitos de Abusos Deshonestos, Dos delitos de Relaciones Sexuales con Persona Menor de Edad, cometido en perjuicio de J.M.M., J.M.Q. y D.M.S. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Daniel González Álvarez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Alfonso Chaves

Ramírez, Rodrigo Castro Monge y José Manuel Arroyo Gutiérrez. También interviene en esta instancia la Licenciada María del Rocio Murillo Mora defensora particular del imputado.

Resultando:

1.-Que mediante sentencia N° 475-03, dictada a las once horas del veintidós de setiembre del dos mil tres, el Tribunal Penal de Juicio de Heredia, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, normas citadas y artículos; 39 y 41 de la Constitución Política, 8 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1, 2, 4, 5, 6, 9, 11, 258, 265 y sgts., del Código Procesal Penal; 1, 9, 30, 45, 50, 71, 174 del Código Penal, por unanimidad y la totalidad de los votos emitidos se declara a: RAFAEL ANGEL RAMÍREZ MURILLO autor responsable del delito de DIFUSIÓN DE PORNOGRAFIA cometido en perjuicio de D.M.S. , y en tal condición se le impone DOS AÑOS DE PRISIÓN ; pena que con abono de la preventiva cumplida deberá descontar en el establecimiento carcelario correspondiente de acuerdo con los reglamentos penitenciarios vigentes y a la orden del Instituto Nacional de Criminología. Por reunir los requisitos del artículo 59 y siguientes del Código Penal, se le concede el beneficio de ejecución condicional de la pena por el plazo de tres años, con la advertencia de que dentro de ese período deberá abstenerse de cometer cualquier delito doloso con pena superior a los seis meses, caso contrario se revocará el beneficio aquí otorgado. de son las costas del proceso penal a cargo del imputado. Se ordena la inscripción del fallo en el Registro Judicial de Delincuentes, remítanse los testimonios de sentencia al Juzgado de Ejecución de la Pena e Instituto Nacional de Criminología. En igual sentido se ABSUELVE al imputado RAMÍREZ MURILLO de tres delitos de difusión de pornografía, dos delitos de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad, dos delitos de abusos deshonestos, dos delitos de relaciones sexuales con persona menor en perjuicio de J.M.M . de un delito de abuso sexual en daño de J.M.Q., y de tres delitos de corrupción agravada en daño de J.M.M., D.M.S. y J.M.Q. Se dicta el fallo sin especial condenatoria en costas. " (sic). Fs. L ICDA. ILEANA MENDEZ SANDI, DR. EDWIN SALINAS DURAN, MSC. DIDIER MORA CALVO, JUECES DE JUICIO.

2.-Que contra el anterior pronunciamiento el encartado interpuso recurso de casación acusando yerros de fondo y de forma, en violación de los numeral 369 inciso i) y d) del Código Procesal Penal vigente y por la errónea aplicación de los artículos 174 del Código Penal, 39 y 40 de la Constitución Política. Solicita el recurrente se case la sentencia y se ordene el juicio de reenvío..

3.-Que verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4.-Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa el Magistrado González Alvarez y,

CONSIDERANDO:



I.-ÚNICO MOTIVO POR EL FONDO: Errónea aplicación del artículo 174 del Código Penal: Con cita de los artículos 369 incisos d) y h), y 443 y siguientes del Código Procesal Penal de 1996; y 39 y 41 de la Constitución Política, el imputado acusa en su primer agravio (como una cuestión por el fondo) que el fallo de instancia inobservó la norma sustantiva que arriba se cita. Su disconformidad se basa en lo siguiente: a) Se tiene por demostrado que en una ocasión, durante horas de la noche, el imputado invitó al ofendido para que fuera al aula de cómputo de la escuela, donde le exhibió videos y fotografías pornográficas. De seguido, el recurrente argumenta que “difundir” es “diseminar opiniones, noticias o ideas”, o sea, hacer de conocimiento de “muchas” personas esas ideas. Esto que indica el numeral 174 del Código Penal es determinable a materia comercial. En relación a la pornografía, lo que se sanciona es su “difusión a la colectividad por la vía mercantil”. Debido a lo anterior, no se está en presencia de los elementos típicos de ese delito; b) El menor habla de un programa de cuadros de Internet y no, como se indica en los hechos probados, de “videos”, ya que la prueba no lo determina. Los alegatos sustantivos son improcedentes. De previo a exponer las razones que sustentan la decisión de esta Sala, es necesario reseñar cuál fue el cuadro fáctico que, una vez evacuada en juicio la prueba, se tuvo por acreditado: “... I.-

HECHOS PROBADOS: Como tales el tribunal ha tenido por acreditados los siguientes: 1- El imputado Rafael Angel Ramírez Murillo fungió como profesor de la Escuela Los Lagos de Heredia desde el 1 de marzo de 1997 y hasta el 3 de agosto del año 2000. 2- Los menores de edad J .M.M. , D .M.S. y J .M. , quienes nacieron respectivamente el 14 de noviembre de 1984, 23 de marzo de 1986 y 16 de mayo de 1985, fueron alumnos de la Escuela Los Lagos hasta el año dos mil. 3- Desde el año 1998 y hasta agosto del 2000 el acusado Ramírez Murillo fungió como profesor de los citados menores, impartiendo lecciones de informática y las cinco materias fundamentales, matemáticas, español, estudios sociales, ciencias y agricultura. 4.- Que sin precisar fecha, pero sí cuando el ofendido D .M.S. se encontraba cursando su sexto grado el imputado en una ocasión y en horas de la noche lo invitó para que fuera al aula de cómputo de la mencionada Escuela, lugar en donde también utilizando el equipo de cómputo del mencionado centro de educación, le exhibió videos y fotografías de pornografía. 5.-

Que el imputado desde el año de 1998 y hasta agosto del 2000 en múltiples ocasiones, sin poder precisar fecha preguntaba a los menores ofendidos D .M.S. , J .M.Q. y a C .L.D.B. sobre el tamaño del pene de estos, preguntando por la longitud y el grosor de sus miembros viriles, mostrándoles un lápiz con el fin de que los menores efectuaran comparaciones ...” (cfr. folio 326, línea 19 en adelante). Como se colige con absoluta claridad de lo transcrito, el tribunal de mérito tuvo por plenamente demostrado que al menos en una ocasión, el aquí imputado le exhibió al menor ofendido “ videos y fotografías de pornografía”, lo que, tal y como lo estimaron acertadamente los juzgadores, constituye una conducta que se adecua al tipo penal previsto por el artículo 174 del Código Penal, rotulado por el propio legislador como “DIFUSIÓN DE PORNOGRAFÍA”. Debido a ello, el hecho de que en la parte dispositiva se indique que al acusado se le condenó por “difusión” de pornografía (lo que resulta correcto), de ninguna manera podría considerarse como un yerro de fondo. En efecto, el haberse utilizado tal nomenclatura (que fue la que definió el legislador para identificar “nominalmente” el tipo penal que se incluye en el artículo 174 ya citado) no implica que en este caso se haya condenado por la conducta material de “difundir”, pues a pesar del título o nombre de esa figura penal (simple nomen iuris) es claro que la misma incluye no sólo este verbo definitorio del tipo objetivo, sino otros más, entre los cuales se encuentra el “exhibir”. Esta precisamente fue la acción que se tuvo por demostrada, pues no podría perderse de vista que, según se explicó, de manera clara y expresa se acreditó que el imputado incurrió en la conducta de



“exhibir”, por lo que en la especie no se ha incurrido en quebranto alguno de la citada norma de fondo. Por otra parte, y no obstante que en el recurso de casación por el fondo no es dable cuestionar la fijación del hecho, ni entrar en una revaloración de la prueba con tal propósito, es necesario indicar que aún en el supuesto de que se eliminara hipotéticamente la referencia que se objeta en el punto b) del reproche, esto es, que se haya tenido por demostrado que el imputado también exhibió “videos”, ello en nada afectaría la legitimidad del fallo ni enervaría el juicio de tipicidad, pues además de ello se tuvo por bien acreditado que el imputado exhibió al menor fotografías pornográficas, lo que (sin importar que tal acción no conllevara fines comerciales) sería suficiente para tener por configurada la conducta ilícita. Así las cosas, se declara sin lugar la queja.

II.-ÚNICO MOTIVO POR LA FORMA: Fundamentación contradictoria. Al estimar que los artículos 369 del Código Procesal Penal, y 39 y 40 de la Constitución Política han sido inobservados, el imputado reprocha que el fallo condenatorio de instancia incurre en fundamentación contradictoria, ello a partir de lo siguiente: a) En los hechos probados se indica que el imputado “exhibió” videos y fotografías pornográficas al ofendido, mientras que en los “improbados” se indica que no se logró acreditar que el imputado le exhibiera videos y fotografías pornográficas al ofendido, ni que le solicitara que se masturbara; b) El menor nunca habla de videos. Sí determina la exhibición, pero se condena al encartado por “difusión”; c) Está confuso si el encartado realmente le exhibió o no algo al menor. El reclamo debe declararse sin lugar. En lo que se refiere al punto b) del presente motivo, el recurrente deberá remitirse a lo que se expone en el anterior considerando. Por otra lado, en vista de que el alegato que se identifica como c) no se fundamenta adecuadamente, ya que no se explica en que consistiría esa eventual “confusión” que se denuncia, esta Sala no estaría en condiciones de pronunciarse. Por último, y en lo que atañe el punto a) del alegato, a efectos de exponer de forma clara las razones por las cuales se estima que el mismo tampoco es atendible, es necesario hacer alusión al acápite del fallo donde se incluyeron los hechos que no se lograron demostrar: “ ... II.-

HECHOS IMPROBADOS: 1- Que Rafael Angel Ramírez en razón de la relación de profesor y alumno que existía entre el y los menores ofendidos, se aprovechó de su posición de educador de los menores y con el fin de satisfacer sus deseos libidinosos, cometió en contra de dichos menores actos sexuales perversos y prematuros, que les provocaron a los menores una alteración perjudicial en el normal desarrollo sexual. 2- Asimismo que desde el inicio del curso lectivo de 1999 y hasta la finalización del mismo, sin que se pueda determinar fecha exacta pero en múltiples ocasiones durante todo ese período lectivo, el imputado invitó al ofendido J.M.M. para que en horas de la noche llegara al aula de laboratorio de cómputo, lugar en donde el imputado procedía en mostrar al ofendido videos pornográficos de hombres y mujeres desnudas, al tiempo que solicitaba al menor ofendido que le mostrara el pene, y antes de la constante insistencia del imputado, sus incitaciones sexuales y sus ofrecimientos de dinero convenció al menor ofendido de realizar actos sexuales, procediendo el menor ofendido en este sitio y el múltiples ocasiones en diferentes días y en horas de la noche, mientras observaba los videos pornográficos, a masturbarse delante del acusado a la vez que el acusado procedía a acariciar libidinosamente el pene del ofendido y en otras ocasiones se lo lamió, con el fin de satisfacer sus deseos sexuales. 3- Así mismo durante todo ese período lectivo de 1999 en ese mismo lugar y bajo las mismas circunstancias, en múltiples ocasiones y a cambio de dinero, el imputado convenció al ofendido de permitirle tener actos sexuales con este, consistentes con caricias libidinosas en el pene y en todo el cuerpo, besos en el cuello, mientras el acusado a la vez procuraba penetrar con el pene al ofendido, sin que este se lo permitiera. 4- Durante el periodo lectivo del año 2000, el aquí acusado continuó con practicas depravadas en perjuicio del menor ofendido J.M., y desde el inicio del curso lectivo y hasta

principios de agosto de ese año, el imputado en múltiples ocasiones sin que se pueda determinar fecha exacta, invitó a dicho menor a visitar su vivienda ubicada en Guararí de Heredia, lugar en donde estando a solas con el menor, se desnudaba por completo y debido a la manipulación y sometimiento en que tenía al ofendido, convenció al ofendido para que este penetrara con el pene por el ano al imputado a la vez que también en este sitio exhibía videos pornográficos al ofendido de homosexuales y lesbianas. Durante ese mismo período de tiempo, en otra ocasión cuya fecha no es posible precisar, pero en horas de la noche, el imputado procedió en el aula de cómputo de la Escuela de Los Lagos a convencer al ofendido de realizarle la misma práctica sexual de penetrarlo con el pene mientras le exhibía videos pornográficos. 5- Que en la ocasión que el imputado invitó al menor ofendido D.M.S. para que se presentara en horas de la noche al aula de cómputo de la mencionada Escuela, y le exhibió videos y fotografías de pornografía, le solicitó al menor que se masturbara en su presencia en una esquina del salón de cómputo y le hacía preguntas libidinosas en relación con la masturbación, preguntándole al menor con que frecuencia se masturbaba. 6- Que sin que se pueda precisar fecha, a principios de curso lectivo del año 2000, el aquí imputado siempre aprovechándose de su condición de educador en ese centro educativo, mientras el menor ofendido J.M.Q. iba a una Huerta de la escuela, el imputado en forme libidinosa abrazo al menor y le agarró el pene ..." (cfr. folio 328, línea 4 en adelante). Como se colige con absoluta claridad de la redacción del anterior extracto, todo ese cuadro fáctico que no se tuvo por demostrado se refiere al co-ofendido J.M.M., nunca al menor D.M.S., lo que descalifica por completo el presente reclamo. Es más, en ese mismo acápite se reitera que, en cuanto a los hechos en los que intervino este último, los mismos sí se lograron establecer. Con base en estas razones, al no existir ningún defecto que justifique acoger las pretensiones del impugnante, se declara sin lugar el motivo.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso de casación que interpone el encartado.

### ***b) Jurisprudencia de España relacionada a la difusión de pornografía***

#### **Sentencia: 62/1982**

[SALA CONSTITUCIONAL]<sup>4</sup>

Extracto:

1. El recurso de amparo no es una nueva instancia jurisdiccional, sino que su función se circunscribe a la protección de los derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo. Cuando el mismo se solicita frente a resoluciones judiciales no se reduce el ámbito indicado, de forma que sólo comprenda los derechos fundamentales de carácter formal que reconoce el art. 24



de la Constitución, si bien el recurso presenta en tal supuesto determinadas peculiaridades.

2. El art. 24 de la Constitución ha de ser interpretado de conformidad con la Declaración, tratados y acuerdos a que se refiere el art. 10.2 de la propia Norma fundamental. Tal interpretación lleva a la conclusión de que el derecho a un proceso público se reconoce con unos límites implícitos, que son los previstos en el ámbito del Derecho internacional en el que se inserta nuestra Constitución.

3. Toda resolución que limite el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado.

4. De acuerdo con el art. 20.4, en conexión con el 53.1 de la Constitución, la ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el propio art. 20. Tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 29.2), como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos [art. 19.3 b)] y en el Convenio de Roma (art. 10), se prevé que el legislador puede establecer límites a la libertad de expresión con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral.

5. Dentro de la protección de la moral se comprende muy señaladamente -hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello- la protección de la juventud y de la infancia.

6. El concepto de moral pública puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, si bien tal utilización ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas.

7. El Convenio de Roma prevé dos tipos de garantías: en primer lugar, las medidas han de estar previstas en la Ley y tienen que ser «necesarias» en una sociedad democrática para la consecución de todas o alguna de las finalidades a que se refiere su art. 10; y, por otra parte, la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas (art. 18).

8. Para determinar si las medidas adoptadas han sido necesarias, hay que tener en cuenta -como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 7 de diciembre de 1978, caso Handyside- que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática que, sin perjuicio de las medidas a que se refiere el art. 10.2 del Convenio de Roma, comprende no sólo las informaciones consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población. De ahí se deduce -afirma el Tribunal Europeo- que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en esta materia debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido.

9. De acuerdo con estas ideas, para determinar si las medidas aplicadas eran necesarias para el fin perseguido, ha de examinarse si se han ajustado o si han infringido el principio de proporcionalidad, principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación.

10. El Tribunal Constitucional ha de limitarse a abordar la cuestión planteada desde la perspectiva constitucional. Y desde ella debe afirmar, partiendo del art. 20.4 de la Constitución y de la legislación postconstitucional como es la Ley 1/1982, de 24 de febrero, que la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto minimum ético acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese minimum exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de la publicidad y de la distribución, y los destinatarios.

11. Cuando los destinatarios son menores -aunque no lo sean exclusivamente- y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública, y por supuesto a la

debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior.

12. En relación con el art. 25.1 de la Constitución, es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal, debe hacer el máximo

esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime cuando su utilización responde a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución, de acuerdo con su art. 10.2, y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva, y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate. Todo ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta por el Tribunal al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena.

Preámbulo:

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García- Pelayo y Alonso, Presidente, don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Begué Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Angel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo núms. 185/1980 y 402/1981, acumulados, interpuestos por don Francisco Alvarez del Valle García, Procurador de los Tribunales, en nombre de don L. R. L., bajo la dirección del Letrado don Francisco Javier Plaza Veiga, contra Auto de 19 de septiembre de 1980 de la Audiencia Provincial de Salamanca, en la causa núm. 52/1979, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Salamanca, y contra Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1981. En el recurso ha comparecido el Fiscal General del Estado y ha sido ponente el Magistrado don Rafael Gómez- Ferrer Morant, quien expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes:

I. Antecedentes

1. En 13 de octubre de 1980 el Procurador don Francisco Alvarez del Valle García, en nombre de don L. R. L., formula recurso de amparo en que solicita se declare nulo el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 19 de septiembre de 1980, y se ordene la extinción de los efectos de tal declaración, restableciendo en cualquier caso al recurrente en la integridad de sus derechos y decretando todo lo demás que sea procedente en Derecho.



En la demanda se expone que el señor R. L., dueño de la empresa editorial «Loguez Ediciones», ordenó en su día la publicación del libro titulado «A Ver», destinado a la educación sexual de los niños, siempre a través de sus padres o tutores, por cuya publicación fue procesado junto con otras dos personas, a excitación del Presidente de la Confederación Católica Nacional de Padres de Familia y Padres de Alumnos y otras 16 asociaciones más de carácter confesional-católico la mayoría de ellas, presentando querrela el Ministerio Fiscal e incoándose sumario por el delito de escándalo público. Tras los trámites oportunos, se señaló la celebración de la vista del juicio oral para el día 19 de septiembre próximo pasado, decretándose la celebración de juicio a puerta cerrada desde los comienzos de dicha vista, notificándose a las partes el correspondiente auto, de la misma fecha, objeto del presente recurso. Acompaña testimonio del Auto y del acta del juicio oral en la que consta la protesta de la defensa y la invocación de la norma constitucional que considera violada (art. 24.2 de la Constitución). Asimismo señala que como resulta de la lectura del acta mencionada, al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales el Ministerio Fiscal retiró la acusación a los restantes procesados.

La representación del actor considera infringido el art. 24.2 de la Constitución en cuanto «todos tienen derecho... a un proceso público», siendo evidente, a su juicio, que con la resolución de celebrar a puerta cerrada el juicio oral se ha violado un derecho constitucional del recurrente al cual le interesaba un «proceso público» cuando lo que se le estaba enjuiciando era un delito, como el de escándalo público, cuyo alcance y trascendencia no pueden en modo alguno sustraerse a la garantía procesal de publicidad, tanto más cuanto no podría argumentarse que la vista pública ofendería a la moral, ya que a la vista de los juicios acuden adultos, el hecho enjuiciado era un libro y, por último, se estaba prejuzgando la cuestión de la moralidad misma que había servido de base a la acusación.

En la demanda se indica que en atención a que dos de los procesados quedaron fuera del proceso por retirada de la acusación, en todo caso se les convalide a su favor esta situación.

Por último, mediante otrosí, la parte actora pide que se acuerde dejar en suspenso la tramitación del recurso hasta que recaiga Sentencia en el recurso de casación promovido por el Ministerio Fiscal y el solicitante contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 24 de septiembre de 1980, que absuelve de delito y le condena por una falta de prensa e imprenta.

2. Por providencia de 30 de octubre de 1980 se otorgó un plazo de diez días al recurrente para que acompañara las copias preceptivas. Y una vez cumplimentado lo anterior, la Sección acordó suspender el procedimiento de acuerdo con lo solicitado.

3. En 28 de octubre de 1981, la Sección acordó requerir al demandante para que manifestara el estado procesal que mantiene el recurso de casación y aportara, en su caso, certificación de la resolución definitiva recaída en dicho recurso.

Y en 3 de diciembre de 1981, la representación del actor presenta fotocopia de la certificación de la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en 29 de octubre de 1981.

4. En 17 de diciembre de 1981, el Procurador don Francisco Alvarez del Valle García, en nombre del señor R. L., formula recurso de amparo contra la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, y demás resoluciones que menciona en el cuerpo de la demanda, que son confirmadas por dicha Sentencia, y suplica se le otorgue el amparo solicitado y se declare su derecho a publicar en España la obra titulada «A Ver», la nulidad de todas las resoluciones que se lo han impedido, que menciona en su escrito, y, en consecuencia, que se le restablezca en la integridad de sus derechos, dejando sin efecto la intervención y decomiso de los ejemplares editados de la citada obra y de los fotolitos necesarios para su edición, declarando a favor del recurrente su derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas, opiniones e imágenes contenidas en la obra «A Ver», y se declare en el momento procesal oportuno la inconstitucionalidad de los arts. 431 y



núm. 5 del 566 del vigente Código Penal. Solicita también la acumulación del recurso con el anteriormente formulado.

Después de recoger los hechos expuestos en su anterior demanda, se refiere a la Sentencia de 24 de septiembre de 1980, de la Audiencia Provincial de Salamanca, dictada en el rollo 195/1979, que le condenó como autor de una falta de imprenta a la pena de 10.000 pesetas de multa, decretando el comiso de los ejemplares intervenidos y de los fotolitos y absolviéndole del delito de escándalo público de que venía acusado por el Ministerio Fiscal. Señala que contra dicha Sentencia promovieron recurso de casación tanto la defensa como el Ministerio Fiscal; la defensa sostenía que el hecho de la publicación del libro no constituía ni tan siquiera falta contra la moral, las buenas costumbres o la decencia pública, a que se refiere el art. 566 del Código Penal, lo que se sostuvo al formalizar el recurso a través de numerosos motivos, de los que sólo fueron admitidos a trámite tres y rechazados, entre otros, los que hacían mención de los derechos constitucionales del señor R. L.; y por su parte el Ministerio Fiscal sostuvo que la Sentencia de la Audiencia Provincial había violado por inaplicación el art. 431 del Código Penal, al considerar pornográfica la publicación en cuestión.

En 26 de noviembre de 1981, prosigue la representación del recurrente, se le notifica la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en 29 de octubre de 1981, en la que estimando el recurso interpuesto y formalizado por el Ministerio Fiscal, y rechazando el de la defensa, casa y anula la Sentencia recurrida y en segunda Sentencia de la misma fecha condena al señor R. L., «como autor responsable de un delito de escándalo público, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un mes y un día de arresto mayor, multa de 20.000 pesetas, con arresto sustitutorio de un día por cada 2.000 pesetas de multa, y seis años y un día de inhabilitación especial para ejercer cargos de dirección o análogos de revistas o publicaciones, periódicas o no, que contengan representaciones gráficas o suministren informaciones, reportajes o comentarios de carácter erótico o que hagan referencia a la intimidad sexual, condenándole al pago de las costas procesales y al comiso de los ejemplares intervenidos así como de los fotolitos, a los que se dará el curso legal, abonándosele el tiempo que hubiere estado privado de libertad por razón de esta causa y aprobando, por sus propios fundamentos, el auto de solvencia que en su día dictó el Juzgado Instructor».

En cuanto a los fundamentos de derecho, el demandante alega, sucintamente, que han sido infringidos los siguientes artículos de la Constitución:

- El art. 14, en relación con los núms. 1 y 3 del art. 16, que hacen mención de la igualdad de todos los españoles ante la Ley, con independencia de su ideología y su religión o confesión.

- El art. 20, en sus apartados 1, 2 y 4, sobre la libertad de expresión y derechos de esta índole que reconoce nuestra Constitución. Y en relación con el derecho de libertad de expresión se ha infringido también el art. 27 en su núm. 3, en cuanto que la publicación del libro «A Ver» se basa también en el derecho reconocido a los padres en dicho precepto.

- El art. 24, apartado 2, inciso último, en cuanto se le ha privado al recurrente del derecho a la presunción de inocencia a su favor.

- El art. 25, núm. 1, en cuanto se ha acusado y condenado al señor R. L. sin respetar el principio de legalidad.

En el fundamento de derecho cuarto, el demandante precisa las resoluciones a las que se refiere en el suplico, indicando que procede declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ya mencionada, así como de la segunda Sentencia pronunciada por dicha Sala, y de las resoluciones de la Audiencia Provincial de Salamanca, recaídas en la causa 52/1979, en la que se acuerdan el secuestro o decomiso de la obra antes citada y el procesamiento y ulterior



condena del señor R. L.

5. Por Auto de 17 de marzo de 1982, una vez admitido el recurso, y previa la correspondiente tramitación, la Sala acordó acumularlo al anterior del señor R.

L., accediendo a lo solicitado. Y por providencia de 28 de abril de 1982, después de recibir las actuaciones remitidas por la Audiencia Provincial de Salamanca y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la Sección acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y al solicitante del amparo por un plazo común de veinte días.

6. Por escrito presentado en 26 de mayo de 1982, el recurrente reitera su pretensión, exponiendo diversas alegaciones en apoyo de la misma como son las siguientes:

A) En primer lugar, en cuanto al Auto de 19 de septiembre de 1980 por el que la Audiencia Provincial de Salamanca acordó la celebración de la vista del juicio oral a puerta cerrada, alega que en todas las sociedades democráticas se concibe como imprescindible la publicidad del proceso penal y en concreto del juicio en que culmina, y cita en apoyo de esta afirmación el art. 6.1 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las libertades Fundamentales, la Convención de Roma, y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, y los arts. 10.2 y 24.2 (... todos tienen derecho... a un proceso público) de la Constitución, panorama que completa el art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Auto impugnado plantea a su juicio una cuestión de forma y otra de fondo. La primera consiste en que la resolución judicial omite por qué se adopta la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada, si a instancia de parte o de oficio, si consultó el Presidente al Tribunal y si éste deliberó, cuestiones todas ellas que, en cuanto afectan a los acusados, inciden en el derecho de éstos a obtener un proceso con todas las garantías, incluidas las formales, pues no hay excepciones cuando se trata de las garantías a que se refiere el art. 24.2, de la Constitución Española. Y por lo que atañe al fondo, el auto no concreta la causa que da lugar a la privación del derecho a la publicidad por parte del encausado. El Tribunal priva al interesado de razonamiento alguno que justifique la celebración del juicio a puerta cerrada, lo que bastaría para decretar la violación de su derecho constitucional a la publicidad del juicio. A tal efecto cita como antecedente la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de junio de 1976, en el caso Engel y otros. Pero aun salvando a efectos dialécticos este insalvable problema, y concluyendo que no se trataba de salvaguardar en este caso el orden público ni el buen nombre de persona alguna porque ello es evidente, debemos concluir, dice el actor, que tampoco podían aconsejar la medida restrictiva razones de moralidad, pues si de lo que se trataba era de enjuiciar la moralidad del libro «A Ver», decretar la celebración del juicio a puerta cerrada por razones de esta índole era lo mismo que prejuzgar la inmoralidad del libro y su condena, lo que violaría el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales. Añade que si el art. 431 del Código Penal se basa en el pretexto de que el elemento del delito es el ataque al pudor de las personas, éstas como sujetos pasivos del delito han de estar presentes en el juicio mediante la publicidad de éste.

B) En cuanto al segundo recurso, se refiere en primer lugar al art. 14 (principio de igualdad) en conexión con el núm. 1 del art. 16 (libertad ideológica y religiosa) afirmando que el Código Penal vigente proclama la moral católica, y la jurisprudencia que interpreta el art. 431 del mismo se refiere a esta particular moral con rechazo de toda concepción pluralista. Se discrimina por tanto en relación a la moral religiosa las publicaciones que no se someten a la particular concepción que ciertos grupos de católicos tienen de la moral pública.

Entiende asimismo que la interdicción del libro «A Ver» viola varios apartados del art. 20 de la Constitución (núm. 1, a, b, d), y se pregunta si está limitada en este caso la libertad por otros derechos, especialmente la protección a la juventud, afirmando que la respuesta ha de ser negativa porque en ninguna de las sentencias recaídas en la causa se hace mención alguna concreta de

que con la publicación del libro «A Ver» se limiten derechos constitucionales de nadie y especialmente no se dice que se dañen los que inciden en la protección de la juventud y de la infancia.

Añade que estamos en una sociedad aconfesional (art. 16.3) y pluralista (art. 1.1) y por ello puede alegarse aquí también como vulnerado el art. 27.3 de la Constitución, en virtud del cual el libro «A Ver» se publica para aquellos padres que deseen «que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». El editor no sólo es padre, real o posible, sino que tiene derecho y obligación de participar en la vida cultural del país.

Sostiene también que las Sentencias se han pronunciado absolutamente al margen del derecho individual que todo ciudadano tiene a que se le presuma inocente, porque no existe prueba de ningún género en el juicio oral de que persona alguna haya sufrido escándalo por la publicación del libro, toda vez que los firmantes de la denuncia que motivó el proceso fueron citados a juicio por la propia defensa sin que ninguno de los cuatro más significantes comparecieran a sostener en el juicio el escándalo que habían padecido, y desde qué prisma personal habían sido sujetos pasivos de tal escándalo, por lo que éste quedó sin probar.

Esta alegación se plantea por el recurrente no desde supuestos de la facultad de apreciación de la prueba por parte de los jueces, sino porque es inexistente la prueba del escándalo en que se apoya la Sentencia del Tribunal Supremo.

Por último aduce que las Sentencias que motivan el recurso, fundadas en los arts. 431 y núm. 5 del art. 566 del Código Penal, vulneran el principio de legalidad que proclama el art. 25.1 de la Constitución, ya que los conceptos de pudor, moral, buenas costumbres o decencia pública son abstractos, relativos, inconcretos y no contienen para el ciudadano un mensaje taxativo que toda norma penal ha de comprender.

7. En 28 de mayo de 1982 el Fiscal General del Estado formula escrito en el sentido de que se dicte Sentencia por la que se desestime el amparo solicitado.

Las alegaciones que fundamentan esta posición son, sustancialmente, las siguientes:

A) En cuanto al derecho a un proceso público, entiende que el mismo no ha quedado vulnerado. Afirmación que basa en una interpretación del art. 24.2 de la Constitución, deducida del art. 10.2 de la misma, a partir de los arts. 10 y 29.

2 de la Declaración de 10 de diciembre de 1948, el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, y el Convenio de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos de las libertades públicas. El cuadro de actos internacionales de uno y otro tipo, afirma, son concordes en cuanto al reconocimiento de un proceso público, pero también lo están en que, por referencia a la publicidad general, pueda ésta sufrir limitaciones si se dan los intereses que en todos ellos son asimismo coincidentes con especial mención de la moral, de la moralidad, según la terminología empleada por cada uno. Y si tal cuadro de actos internacionales es instrumento de interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce, al propio tiempo que deviene parte del ordenamiento interno -de acuerdo con el art. 96.1, de la propia Constitución-, su aceptación es insoslayable en cuanto favorezca pero también en cuanto permita la limitación en el ejercicio del derecho. La Ley de Enjuiciamiento Criminal al regular este derecho, especialmente art. 680, es acorde con esta interpretación de la Constitución, así como lo es la actuación del Tribunal, por lo que en modo alguno puede entenderse que se ha vulnerado la Constitución y lesionado el derecho alegado. B) A continuación el Fiscal estudia los fundamentos del segundo recurso, acumulado, haciendo notar con carácter previo los siguientes extremos:

En primer lugar, los límites de la actuación del Tribunal Constitucional cuando se alega ante el



mismo una vulneración directa e inmediata de un derecho ocasionado por una resolución judicial, de acuerdo con los arts. 44.1, b), y 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), y jurisprudencia constitucional que cita; en segundo término, respecto a la disconformidad del recurrente con la regulación del Código Penal (arts. 431 y 566.5) que pretende traducir en una vulneración del principio de legalidad, entiende que la valoración de los hechos y la interpretación que deba darse a los conceptos incardinados en los tipos penales es obra de los Tribunales, y, por otra parte, los convenios y pactos internacionales citados recogen la moral como límite el ejercicio de determinados derechos como el de ser oído en proceso público, límite que también figura en leyes posconstitucionales como la Ley orgánica 1/1980 sobre libertad religiosa, de donde además se deduce que esta remisión al concepto de moral no se hace residir en una determinada manera de ver la vida, es decir bajo el prisma de una determinada religión, desde el momento que la misma moralidad pública sirve de límite al propio ejercicio de tal derecho de libertad religiosa.

Efectuadas las precisiones anteriores, el Fiscal se refiere a cada uno de los derechos que se alegan como vulnerados de acuerdo, de forma sintética, con las consideraciones siguientes:

- La igualdad ante la Ley, interdicción de discriminación, no supone existencia de derechos absolutos, sino coexistentes con los derechos de los demás que también han de ser respetados (art. 10.1, de la Constitución), entre los cuales se encuentran el derecho al respeto de la dignidad personal -art. 10.1 -, y de la intimidad personal -art. 18.1-, a cuyo efecto la Ley tiende a evitar agresiones a tales derechos cuales puedan ser las que a socaire del ejercicio de actividades incidan en la integridad moral, de la que asimismo hace expresa mención el art. 15. En conclusión, estaríamos ante una tensión de derechos que ha de resolver el legislador valorando la posibilidad de limitar el ejercicio de unos en beneficio del respeto de los otros.

- Después de señalar que los argumentos anteriores son de aplicación inmediata al derecho de libertad de expresión y concordantes que se recogen en el art. 20 del texto constitucional, se refiere a los límites previstos en la propia Constitución como «el respeto a los derechos reconocidos en este título» (art. 20.4), la integridad moral (art. 15) y la «protección de la juventud y de la infancia». Y entiende que el Tribunal penal lo que ha hecho en definitiva, en sus dos instancias y con intensidad diferente, es proveer a esa protección constitucionalmente exigida. La Constitución atribuye exclusivamente a los tribunales la facultad de juzgar, es decir la de declarar el derecho aplicable a cada conducta, según el art. 117.3, por lo que la tesis de los Tribunales debe primar sobre la manera de entender el problema por el recurrente.

- En cuanto a la presunción de inocencia afirma que de los autos del proceso se obtiene la abundante prueba practicada, y que cuando el Juzgador llegó a plasmar unos hechos probados que resultan subsumidos en un determinado precepto penal, la presunción de inocencia vino a ser sustituida por un juicio de responsabilidad.

- Respecto al art. 25.1 de la Constitución, indica que lo que postulan de consuno el mencionado precepto -y el art. 1.º del Código Penal-, es que delitos y faltas estén tipificados con anterioridad como tales «según la legislación vigente en aquel momento», principio que se ha cumplido en el presente caso, sin que pueda aceptarse la tesis del recurrente de que el principio de legalidad ha quedado infringido al condenársele en base a una formulación genérica como la reflejada en el Código Penal, pues el tipo - falta y delito- recogido en el citado Código da cuerpo y realidad al principio de legalidad.

8. De los antecedentes recibidos es de interés señalar aquí que la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1981 recoge en su primer resultando el fundamento de hecho de la Sentencia recurrida, que acepta el propio Tribunal Supremo en su segunda Sentencia, con el siguiente tenor literal: «Resultando que el fundamento de hecho de la sentencia recurrida dice así: 1.º Resultando probado y así se declara que el procesado L. R. L., mayor de edad, de buena



conducta y sin antecedentes penales, propietario de la empresa editorial "Loguez Ediciones" con domicilio social en Salamanca, que conoce perfectamente el idioma alemán por haber vivido durante bastantes años en Alemania, dedicado al negocio de librería, a su regreso a España constituyó legalmente la editorial referida, inscrita en el Registro correspondiente desde octubre de 1977; que decidió publicar el libro titulado "A Ver" de Will Mc Bride y Helga Fleischhauer-Hardt, traducido a ocho idiomas, y como dominaba la lengua alemana en que estaba escrito el original, lo tradujo personalmente y, una vez realizado el trabajo, pidió su colaboración a doña J. P. M., profesora de Educación General Básica y madre de familia, al solo objeto de concretar ciertas palabras del lenguaje infantil, sin que dicha señora conociera el contenido y finalidad de la obra, solicitando también la colaboración de don J. A. P. M., licenciado en Filosofía y Letras, en cuanto afectaba únicamente a la corrección de estilo, lo cual llevó a cabo su tarea sobre el texto literario, sin cambiar su sentido; que el procesado encargó a la empresa "Gráficas Ortega, S. A.", de Salamanca, la impresión de 5.000 ejemplares; facilitando el encartado todo el material fotográfico y literario, y terminada la edición en abril de 1979 recibió L. R. L. los ejemplares y los distribuyó personalmente para su venta al público en

librerías de Madrid, Salamanca y otras capitales, consiguiendo su exhibición en la Feria del Libro de Madrid de 1979, Sección de Literatura Infantil, habiéndose vendido la mayor parte de la tirada que la obra de 196 páginas contiene en su portada la indicación de que "es un libro de imágenes para niños y para padres" recalcando en su prólogo los autores que esperan "sirva a los niños y a los padres como fuente aceptable de información y que les facilite el camino hacia una sexualidad feliz enmarcada por el amor, el cariño y el sentido de la responsabilidad", agregando en la página 5 que "las personas de cualquier edad reaccionan de modo sexual y que sólo una parte reducida de las acciones sexuales va dirigida a la procreación" para resaltar posteriormente difuminando en citas históricas que el coito sirve para la procreación y para el placer, lo inútil de la virginidad y las corrupciones de los conventos aduciendo otras citas con ejemplos sobre el comportamiento sexual de una niña de tres años con un hombre de veinticuatro (pág. 8), el de una joven de once años con chicos de su colegio (pág. 9), un informe sobre los órganos de una niña (pág. 10), las masturbaciones de dos niños (pág. 11) y el elogio del amor libre en cierta zona del Indostán y en Malanesia (pág. 12), que en lo que respecta a la parte gráfica de la obra son especialmente significativas las fotografías de las págs. 55, 65, 67, 71, 75, 79, 83, 95, 97, 103, 105, 113, 117, 121, 123, 129 y 131 y los textos que las

acompañan a los cuales nos remitimos donde se alían disimulados, bajo el subterfugio de la educación, el mal gusto, la procacidad y la chabacanería, el impudor y el mal ejemplo que dañan la moral sexual y la norma socio-cultural imperante en los momentos actuales de la vida española y que por Funcionarios de la Policía Judicial han sido secuestrados 236 ejemplares del libro, uno de los cuales está unido en cuerda floja a la causa».

9. Por providencia de 29 de septiembre de 1982 la Sala acordó señalar para votación y fallo el día 6 de octubre siguiente. En este día se deliberó y votó.

Fundamentos:

## II. Fundamentos jurídicos

1. Los dos recursos acumulados objeto de consideración plantean cuestiones claramente diferenciadas: El primero, respecto al derecho a un proceso público (art. 24 de la Constitución); y el segundo, sustancialmente, en relación con el art. 20 de la Constitución que reconoce y protege la

libertad de expresión.

2. El art. 24 de la Constitución establece, entre otros, el derecho a un proceso público, por lo que es necesario determinar si tal derecho ha sido vulnerado por el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 19 de septiembre de 1980, por el que se acordó la celebración del juicio a puerta cerrada.

Pues bien, para interpretar el mencionado art. 24 a los efectos de concretar el alcance de este derecho, hemos de partir, como hace el recurrente y el Ministerio Fiscal, del art. 10.2 de la Constitución que fija el criterio de que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

De acuerdo con este precepto, la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España.

En este sentido, debemos recordar que el derecho a un proceso público en materia penal se encuentra reflejado en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, cuyo art. 29 establece en su núm. 2 que «En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática». Y en análogos términos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, art. 14, tampoco contempla este derecho como absoluto al indicar que «la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional, o cuando lo exija el interés de la vida

privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia». Y en fin, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales adoptado en Roma en 4 de noviembre de 1950 -art. 6.º- reconoce también con carácter general este derecho si bien indica que «el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso de interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

Las consideraciones efectuadas conducen a sostener de una parte, que el art. 24 de la Constitución ha de ser interpretado de conformidad con la Declaración, tratados y acuerdos a que se refiere el art. 10.2 de la propia norma fundamental. Y de otra, que tal interpretación lleva a la conclusión de que el derecho a un proceso público se reconoce con unos límites implícitos, que son los previstos en el ámbito del Derecho Internacional en el que se inserta nuestra Constitución.

Las ideas iniciales expuestas permiten ya considerar el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 19 de septiembre de 1980, con objeto de determinar si tal resolución judicial infringe o no el derecho a un proceso público reconocido por la Constitución. Y dado que el actor sostiene que la vulneración se ha producido tanto por razones de forma como de fondo, parece oportuno examinar separadamente unos y otras.



A) En cuanto a la cuestión de forma (antecedente 6, A), entiende el actor que el Auto debió expresar si la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada se adoptó a instancia de parte o de oficio, si consultó el Presidente al Tribunal y si éste deliberó, cuestiones todas ellas que en cuanto afectan a los acusados inciden en el derecho a obtener un proceso con todas las garantías, incluidas las formales.

En relación con este extremo debe señalarse que de la lectura del Auto se desprende con toda claridad que la resolución fue adoptada por el Tribunal, lo que implica obviamente que hubo reunión y deliberación del mismo. Y la falta de expresión de si la decisión se adoptó de oficio o a petición de parte es irrelevante desde una perspectiva constitucional, pues es lo cierto que el Tribunal pudo adoptarla legítimamente de una u otra forma. Por lo demás, debe hacerse notar que no toda irregularidad formal de la resolución puede intentar reconducirse al terreno de su inconstitucionalidad por la vía del recurso de amparo, sino aquellas que tengan trascendencia en relación con la observancia de los principios que se encuentran en la base del precepto constitucional, como el de contradicción y otros que podrían citarse.

B) En cuanto a la cuestión de fondo (antecedente 6, A), el actor indica que el Tribunal priva al interesado de razonamiento alguno que justifique la celebración del juicio a puerta cerrada lo que afecta a su derecho a la publicidad del juicio. Y concluyendo -dice el actor- que no se trataba de salvaguardar en este caso el orden público ni el buen nombre de persona alguna porque ello es evidente, señala que tampoco podían aconsejar la medida restrictiva razones de moralidad, pues si lo que se trataba era de enjuiciar la moralidad del libro «A Ver», decretar la celebración del juicio a puerta cerrada por razones de esta índole era lo mismo que prejuzgar la inmoralidad del libro y su condena, lo que violaría el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela efectiva de jueces y tribunales.

A juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado.

De otro modo, se infringe el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos (art. 24.1 de la Constitución), ya que se afectaría al ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en Derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo.

El Auto impugnado se fundamenta expresamente en el art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, sin especificar cuál de las razones contenidas en el mismo es la que motiva la decisión, pero es lo cierto que en el contexto del proceso en que se dicta sólo era posible entender como aplicable una de ellas, como así lo entiende el recurrente al señalar que era evidente que las otras no podían concurrir. En consecuencia la irregularidad formal del Auto, al no expresar con precisión el motivo determinante de la decisión, no ha privado en este caso al destinatario del conocimiento -con su simple lectura- de cuál era la razón determinante de la resolución judicial, sin que haya visto dificultada en modo alguno su defensa por la vía del recurso de amparo, al estar excluido el recurso en la vía judicial contra tal Auto por el art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

C) Sentado lo anterior, es necesario examinar la alegación de que la resolución de acordar la celebración del juicio a puerta cerrada por razones de moralidad era lo mismo que prejuzgar la inmoralidad del libro y su condena, lo que violaría el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela efectiva de jueces y tribunales.

El Tribunal no puede compartir este razonamiento. Como hemos señalado antes, la interpretación del art. 24.2 de la Constitución de conformidad con el Derecho Internacional en que ha de encuadrarse de acuerdo con el art. 10.2 de la misma, conduce a la conclusión de que el



legislador puede regular la restricción del derecho a un proceso público por razones de moralidad, como hace el art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y resulta claro que cuando un Tribunal adopta la decisión de que un juicio se celebre a puerta cerrada por tales razones no está prejuzgando que el inculpado sea o no inocente, ni está vulnerando el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales, siempre que la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada esté fundada en Derecho en los términos antes expuestos y ya considerados en su aplicación al caso.

Por último, no puede admitirse el argumento de que cuando el presunto delito afecte al pudor de las personas en general, éstas tengan que estar presentes mediante la publicidad del juicio. Ello, en primer lugar, porque en tal supuesto la presencia sería físicamente imposible dado su número, y, en segundo término, porque tal necesidad haría inviable la resolución judicial de que el juicio se celebre a puerta cerrada por razones de moralidad, lo que iría en contra de la interpretación del art. 24.2 de la Constitución, que ordena el art. 10.2 de la misma, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España.

3. Pasamos ahora a referirnos al segundo recurso de amparo, que se fundamenta en que la Sentencia del Tribunal Supremo, y demás resoluciones judiciales impugnadas, van en contra del derecho de libertad de expresión, del principio de igualdad, de la presunción de inocencia, del principio de legalidad y del derecho reconocido a los padres en el art. 27.3 de la Constitución (antecedentes 4 y 6 b). En el presente epígrafe nos referimos al primero de ellos.

Para determinar si el derecho a la libertad de expresión ha quedado o no vulnerado es preciso referirse a las siguientes cuestiones: En primer lugar, hay que examinar si el concepto de moral -que es el bien protegido por las resoluciones impugnadas- puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; en segundo término, si la respuesta es afirmativa, será necesario precisar en qué medida la moral puede constituir un límite de tal libertad; por último, habrá que concretar si tal medida ha quedado o no superada en el caso planteado, lo que exigirá precisar previamente el ámbito de la competencia del Tribunal Constitucional para entender de recursos de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, dadas las peculiaridades que presenta tal supuesto.

A) Para resolver la primera cuestión enunciada -la moral como posible límite de la libertad de expresión-, hay que partir del art. 20.4 de la Constitución que dice así: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos contenidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

De acuerdo con el precepto transcrito, en conexión con el 53.1 de la Constitución, la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el art. 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador, o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión. Problema que puede resolverse fácilmente a partir del art. 10.2 de la Constitución, dado que tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública [art. 19.3 b) Convenio de Nueva York], para la protección de la moral (art. 10

Convenio de Roma). El principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado



por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el art. 21 de la Constitución.

En relación con este punto el recurrente plantea la cuestión de que el Código Penal refleja un concepto de moral que es la propia de la religión católica, y afirma que la jurisprudencia que interpreta su art. 431 se refiere a esta particular moral con rechazo de toda concepción pluralista. Estamos, añade el actor, en una sociedad aconfesional y pluralista (arts. 16.3 y 1.1 de la Constitución) y por ello puede alegarse como vulnerado el art. 27.3 de la Constitución, en virtud del cual el libro «A Ver» se publica para aquéllos padres que deseen que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Sin perjuicio de ulteriores precisiones, debe recordarse que, como ha declarado ya este Tribunal en reiteradas ocasiones, las normas preconstitucionales han de interpretarse de conformidad con la Constitución, por lo que cualquiera que fuera el concepto de moral que tomara en consideración el legislador anterior, es lo cierto que con posterioridad hay que partir de los principios, valores y derechos consagrados en la misma. Pero dicho lo anterior, es lo cierto, según hemos visto, que de acuerdo con la Constitución, y con la Declaración Universal, acuerdos y tratados ratificados por España, 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, como así lo ha hecho el legislador posconstitucional al regular en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, la libertad religiosa (art. 3.1), y señalar como límite de su ejercicio «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

B) Una vez resuelta la primera cuestión enunciada, surge el problema de determinar en qué medida y con qué alcance puede ser delimitada la libertad de expresión por la idea de moral pública. Problema éste de difícil solución si se tiene en cuenta además que la moral pública -como elemento ético común de la vida social- es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social.

Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimun ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la Constitución).

Planteadas así la cuestión, para precisar tales garantías hemos de acudir al Convenio de Roma de 1950, dado el contenido del art. 10.2 de nuestra Constitución y la competencia reconocida por España a la Comisión y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, las garantías a las que nos referimos se deducen de los arts. 10.2 y 18, del mencionado Convenio, el primero de los cuales se refiere específicamente a la libertad de expresión, y el segundo -con carácter general- a las restricciones de los derechos y libertades de que trata el propio Convenio. Tales preceptos dicen así:

Artículo 10.2 «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Artículo 18. Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a



los citados derechos y libertades no podrán ser aplicados más que con la finalidad para la cual han sido previstas».

La lectura de los preceptos transcritos evidencia que el Convenio de Roma prevé dos tipos de garantías para las restricciones a la libertad de expresión de que ahora se trata: En primer lugar, las medidas han de estar previstas en la Ley y tienen que ser «necesarias» en una sociedad democrática para la consecución de todas o alguna de las finalidades a que se refiere el art. 10, y por otra parte la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

C) Desde una perspectiva constitucional la cuestión se circunscribe, pues, a determinar si tales garantías han sido o no observadas. Pero con carácter previo al posible examen de este punto es necesario plantearse si el Tribunal Constitucional tiene competencia para entender del mismo, dadas las peculiaridades que presenta el recurso de amparo contra resoluciones de órganos judiciales.

En este sentido debe reiterarse la doctrina sentada en nuestra anterior Sentencia núm. 2/1982, de 29 de enero («Boletín Oficial del Estado» de 26 de febrero), en el sentido de afirmar que el ámbito del recurso de amparo comprende los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, sin limitación alguna a los de carácter formal del art. 24 para el supuesto de que la hipotética vulneración pueda ser atribuida a órganos judiciales, siempre que en este caso se cumplan los requisitos específicos que establece el art. 44 de la LOTC.

Sin embargo, como también afirmábamos en aquella Sentencia, la competencia del Tribunal no deja de tener en este caso ciertas peculiaridades, lo que se comprende fácilmente si se observa la trascendental función que corresponde a los jueces y tribunales en relación a los derechos y libertades fundamentales, ya que, sin perjuicio de la vinculación de carácter general a que alude el art. 53.1 de la Constitución, corresponde a los mismos la tutela general de tales libertades y derechos (art. 41.1 de la Constitución). De aquí que la competencia del Tribunal Constitucional sea en este caso de carácter limitado, ya que, aparte de otros requisitos, el art. 44.1 b) de la LOTC exige que «la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso acerca de los que en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional». Es por tanto obligado para nosotros el partir de los hechos que dieron lugar al proceso declarados probados por las Sentencias impugnadas, si bien debe precisarse, como ha hecho la anterior Sentencia 46/1982, de 12 de julio («Boletín Oficial del Estado» de 4 de agosto), que la prohibición de conocer de los hechos alude a la atribución de competencia, pero no prohíbe el conocimiento en el sentido de ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar conveniente o incluso necesario para fundar la resolución.

Pero es que, además, como hemos también afirmado en reiteradas ocasiones, el recurso de amparo no es una nueva instancia jurisdiccional, sino que su función se circunscribe a la protección de los derechos y libertades fundamentales susceptibles del mismo, es decir, desde otra perspectiva, del orden constitucional, ya que tales libertades y derechos son el fundamento del orden político y de la paz social, junto con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás (art. 10 de la Constitución). Por ello, en supuestos como el presente, en que se impugnan actos de órganos judiciales, la decisión que hemos de adoptar ha de circuncribirse a determinar si se han vulnerado o no derechos o libertades fundamentales susceptibles de amparo y, en su caso, a preservar o restablecer estos derechos o libertades, sin que podamos formular consideración alguna sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales ajena a tales extremos, como indica por lo demás con meridiana claridad el art. 54 de la LOTC.



D) Sentado lo anterior, y afirmada la competencia del Tribunal Constitucional dentro de los límites expuestos, resulta ya posible entrar en el examen de si las Sentencias del Tribunal Supremo contra las que se dirige sustancialmente el recurso han vulnerado el derecho a la libertad de expresión que contiene el art. 20 de la Constitución.

Dado el valor central que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, toda restricción a los mismos ha de estar justificada. Como hemos visto anteriormente, a partir del art. 20.4 de la Constitución, y del art. 10.2 del Convenio de Roma, el legislador puede fijar restricciones o límites del derecho, entre otras finalidades, para la protección de la moral, dentro de la cual se comprende muy señaladamente -hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello- la protección de la juventud y de la infancia. Se trata, por tanto, ahora de determinar, según también antes veíamos, si se han observado por las resoluciones impugnadas los dos tipos de garantías previstas en el Convenio de Roma: de una parte, que las medidas previstas por la Ley sean necesarias en una sociedad democrática para conseguir la protección de la moral, y, de otra, que su aplicación se haya efectuado con la finalidad para la cual ha sido prevista la medida. A continuación nos referimos a cada uno de estos puntos.

4. En primer lugar, trataremos del requisito de que la medida sancionadora haya sido aplicada con la finalidad prevista de protección de la moral pública, que es el bien protegido en la regulación del Código Penal de los delitos de escándalo público (arts. 431 y 432) y en la falta de imprenta tipificada en el art. 566.5 del propio Código. Para lo cual, resulta necesario hacer una referencia al contenido de las Sentencias.

En este sentido, debe señalarse que la Sentencia de la Audiencia de 24 de septiembre de 1980, establece en su 2.º Considerando que la cuestión se reduce en esencia a determinar si la publicación en castellano del libro «A Ver»

encierra un grave atentado a la moral sexual, que aconseje la tipificación del hecho en el delito de escándalo público del art. 431 o si, por el contrario, debe encuadrarse en la falta del art. 566.5, al reputarse leve la ofensa inferida a la moral, las buenas costumbres o la decencia pública. El art. 431 establece que «el que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en la pena de arresto mayor, multa de 20.000 a 100.000 pesetas e inhabilitación especial. Si el ofendido fuere menor de veintiún años se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo», y el art. 566.5 establece que «incurrirán en la pena de multa superior a 1.000 e inferior a 20.000: 5, los que de igual manera (por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación) ofendiesen levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública». Pues bien, planteada la cuestión en los términos expuestos -delito o falta- el Tribunal penal se inclina por la segunda solución en base al razonamiento contenido en el Considerando 3.º del siguiente tenor literal: «3.º Considerando que el Tribunal ha examinado exhaustivamente la obra, los pormenores que rodearon su publicación y difusión, las traducciones que de ella se han hecho, las críticas favorables y adversas que ha merecido y que constan en la causa, la denuncia de que fue objeto por parte de varias asociaciones, así como la evolución del pensamiento, convicciones y actitud que ha experimentado el cuerpo social, en orden a la sexualidad y a las publicaciones eróticas y pornográficas, en íntima relación con las nociones imperantes sobre la decencia, el decoro público y las normas éticas del contorno social, para llegar a la conclusión, seguida en la Sentencia de 24 de abril de 1978, de que las palabras y las fotografías del libro, aunque procaces e impúdicas muchas de ellas, especialmente las aludidas en el resultando de hechos probados, ofensivas para la moral sexual más generalizada, para las buenas costumbres e incluso para la decencia pública, teniendo en cuenta la velada insinuación que se emplea, al socaire de una pretendida educación sexual, no llegan a conseguir la gravedad escandalosa que exige el art. 431, sino la de menor entidad de la falta del núm.



5.º del art. 566».

La Sentencia de la Audiencia fue casada por la del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1981, acogiendo el motivo de casación aducido en su recurso por el Ministerio Fiscal, por inaplicación del art. 431, párrafos 1 y 2, y aplicación indebida del art. 566.5, ambos del Código Penal. El Ministerio Fiscal en su escrito -que consta en los antecedentes remitidos- entiende que el contenido de los actos realizados por el procesado por su trascendencia a terceros y esencialmente por afectar a menores no puede nunca ser calificado como falta, pues por su entidad y la condición de sujeto pasivo contiene los elementos valorativos del delito de escándalo público. El Ministerio Fiscal alude más adelante a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en orden a que la gravedad y trascendencia del hecho es siempre mayor cuando el sujeto pasivo es un menor, sobre todo cuanto más temprana sea la edad, y a la protección especial que merece la recta protección de la juventud. Y deduce, a partir del Resultando de hechos probados de la Sentencia, que el procesado ha pretendido que entre los destinatarios de la publicación indicada se encuentre el niño.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada estima el único motivo de casación aducido por el Ministerio Fiscal, en base esencialmente al razonamiento contenido en su Considerando 2.º, el cual indica que, «el detenido estudio del resultando de hechos probados, unido al examen del libro que como cuerpo del delito se acompaña a las actuaciones practicadas en la primera instancia, llevan a la conclusión de que distan mucho de perseguir un criterio meramente educativo de índole sexual, aun cuando sean muchos los pasajes que así han de tildarse, algunos de ellos, incluso, elevados a un nivel científico que los despoja de todo carácter erótico, y por supuesto pornográfico; pero sí en cambio existen algunos en que bajo la máscara de aquella pseudoeducación inciden abiertamente en lo pornográfico; bastando que una publicación se tache de tal con un mínimo de ella, sin necesidad de estar toda ella, texto y reproducciones fotográficas, inmersas en ese concepto de la pornografía que, hoy por hoy, y pese a críticas tendenciosas y adversas, atentan al pudor y a las buenas costumbres en lo que de valores perennes e inmutables tienen en sí mismas, pese a la dificultad que a veces se encuentra en la delimitación de sus fronteras, circunstancias todas ellas que obligan a la estimación del único motivo del recurso articulado por el Ministerio Fiscal».

La mera lectura del Considerando transcrito, en conexión con el recurso del Ministerio Fiscal, evidencia que la Sentencia rescindente del Tribunal Supremo se fundamenta en la finalidad de protección a la moral, con especial referencia a la protección de la juventud y de la infancia. Afirmación que conviene igualmente, con toda evidencia, a la segunda Sentencia del Tribunal Supremo, dictada para sustituir a la rescindida, ya que da por reproducidos e incorporados a la misma los razonamientos contenidos en la Sentencia rescindente.

En conclusión, debemos afirmar que las resoluciones judiciales han observado la garantía exigida por el art. 18 del Convenio de Roma de que la aplicación de la medida sancionadora lo ha sido con la finalidad para la cual ha sido prevista.

5. Pasamos ahora a considerar si se ha observado la segunda garantía de que las medidas adoptadas sean necesarias en una sociedad democrática para la protección de alguno de los bienes comprendidos en el art. 10.2 del Convenio de Roma, en este caso de la moral.

La primera cuestión que surge para responder a la pregunta formulada es la de determinar qué debe entenderse por medidas necesarias. Cuestión que, a nuestro juicio, no afecta al hecho de que las medidas sancionadoras previstas por la Ley hayan sido de tipo penal, ya que esta solución no puede calificarse de incorrecta en un Estado democrático en el que debe tenderse a que el poder judicial sea el competente en materia de límites de derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo, dado que el ordenamiento -como antes veíamos- confía a los



jueces y tribunales la tutela de tales libertades y derechos.

La Sala es consciente de la dificultad de determinar en un caso concreto si las medidas adoptadas han sido necesarias, a cuyo efecto hay que tener en cuenta -como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside-, que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática que, sin perjuicio de las medidas a que se refiere el art. 10.2 del Convenio de Roma cuya calificación como necesarias en el caso planteado estamos examinando, comprende no sólo las informaciones consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática. De ahí se deduce -afirma el Tribunal Europeo- que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en esta materia debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido. Y por otra parte, para calificar o no una medida como necesaria no debe hacerse tampoco abstracción de que -art. 10.2, del Convenio- quien ejerce su libertad de expresión asume deberes y responsabilidades cuyo alcance depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado.

De acuerdo con las ideas anteriores, para determinar si las medidas aplicadas eran necesarias para el fin perseguido, hemos de examinar si se han ajustado o si han infringido el principio de proporcionalidad. La Sala no ignora la dificultad de aplicar en un caso concreto un principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación. El Tribunal entiende que debe respetar este margen de apreciación que corresponde a los jueces y tribunales, a quienes corresponde también la tutela general de los derechos fundamentales y libertades públicas, según vimos, pues lo contrario llevaría a que este Tribunal viniera a sustituir a la jurisdicción ordinaria. Entendemos que el recto funcionamiento de una sociedad democrática implica que cada institución asuma el cumplimiento de la función que le es propia, lo que nos lleva a la conclusión de que el Tribunal Constitucional ha de circunscribirse a determinar si el principio de proporcionalidad ha quedado infringido, desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio, por ser las medidas adoptadas desproporcionadas para la defensa del bien que da origen a la restricción.

Este Tribunal ha de limitarse por tanto a abordar la cuestión planteada desde la perspectiva constitucional. Y desde ella debe afirmar, partiendo del art. 20.

4 de la Constitución y de la legislación postconstitucional como es la Ley 1/1982, de 24 de febrero, que la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *mínimum ético* acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese *mínimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de la publicidad y de la distribución, los destinatarios -menores o no- e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores, y el texto en la parte que se califique así trata de actuaciones o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores -aunque no lo sean exclusivamente- y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública, y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior.

Por otra parte, para valorar la proporcionalidad de la pena cuando es de inhabilitación, debe tenerse en cuenta que la misma supone una restricción de la libertad de expresión por lo que su duración temporal habrá de ser limitada -de acuerdo con una fijación inicialmente confiada al arbitrio del legislador- y su contenido habrá de circunscribirse a la protección del bien o bienes jurídicos afectados.

6. En el caso planteado, las medidas adoptadas se concretan en el Fallo de la segunda



Sentencia del Tribunal Supremo, que califica los hechos como delito de escándalo público, y, en consecuencia, condena al procesado «a las penas de un mes y un día de arresto mayor, multa de 20.000 pesetas, con arresto sustitutorio de un día por cada 2.000 pesetas de multa y seis años y un día de inhabilitación especial para ejercer cargos de dirección o análogos de revistas o publicaciones periódicas o no, que contengan representaciones gráficas o suministren informaciones, reportajes o comentarios de carácter erótico o que hagan referencia a la intimidad sexual, condenándole al pago de las costas procesales y al comiso de los ejemplares intervenidos así como de los fotolitos, a los que se dará el curso legal, abonándosele el tiempo que hubiere estado privado de libertad por razón de esta causa y aprobando, por sus propios fundamentos, el auto de solvencia que en su día dictó el Juzgado Instructor».

Para valorar si la pena impuesta ha sido o no desproporcionada desde la perspectiva constitucional, hemos de partir de que el libro cuestionado que tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo han considerado contrario a la moral pública por exceder de la finalidad educativa aducida, en los términos antes indicados, fue distribuido a las librerías para su venta al público, y expuesto en la Feria del Libro de Madrid de 1979, Sección de Literatura Infantil, siendo sus destinatarios los niños y los padres, y siendo también los niños el objeto de algunas fotografías y partes del texto consideradas contrarias a la moral pública (antecedente octavo de esta sentencia que transcribe el resultado de hechos probados, con relación de páginas del libro al que remite de forma expresa, libro que consta entre los antecedentes remitidos). A ello hay que añadir que son también contrarias a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 de la Constitución), protección que fue aducida por el Ministerio Fiscal en el motivo único de su recurso de casación estimado por el Tribunal Supremo.

Las observaciones anteriores dan lugar a que no estimemos que la calificación como delito sea desproporcionada si se tiene en cuenta que tal calificación es necesaria en el Derecho español para poder acordar el comiso, según razona el Considerando cuarto de la Sentencia rescindente, medida que estimaron adecuada para la finalidad propuesta tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo, y que este Tribunal no puede calificar de desproporcionada en cuanto se observa fácilmente que la consecución del fin comprende el comiso como medio útil, de entre las penas previstas en el Código Penal. No podemos tampoco estimar como desproporcionada la multa de 20.000 pesetas -que es la cantidad mínima prevista por el art. 431 del Código Penal- ni la pena de arresto mayor en su grado mínimo, máxime cuando el Código Penal contempla la aplicación de la remisión condicional de la condena inferior a un año, dejando en suspenso la ejecución de la pena (art. 92), sin que sobre el cumplimiento efectivo o no de la condena se haya efectuado manifestación alguna. Y por último, tampoco podemos afirmar que resulta desproporcionada la pena de inhabilitación impuesta, en cuanto es la mínima dentro del tipo, su duración temporal aunque amplia no excede del margen de apreciación que corresponde al arbitrio del legislador para la fijación de las penas, y su contenido no excede tampoco de la protección de los bienes jurídicos lesionados dentro de los límites que es necesario reconocer al margen de apreciación que corresponde al arbitrio judicial.

7. Pasamos ahora a examinar las alegaciones del actor en orden a la vulneración de otros preceptos constitucionales (Antecedentes núms. 3 y 6, B).

A) En primer lugar, es necesario referirse a la pretendida infracción del art. 27.3 de la Constitución, a la que antes hemos aludido, en cuanto el demandante la conecta con la vulneración del art. 20 de la misma, ya examinada. De acuerdo con la tesis del actor, las resoluciones judiciales impugnadas habrían infringido el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

La mera lectura del precepto evidencia que el mencionado derecho no ha quedado afectado, ya que, como hemos visto al tratar de la libertad de expresión y ahora reiteramos, la pena



impuesta lo es por ir la publicación contra la moral pública -como mínimo ético acogido por el derecho- y no por sostener una u otra posición dentro del legítimo pluralismo en orden a la formación moral.

B) En segundo término, nos referimos a la vulneración -también aludida al tratar de la libertad de expresión- del art. 14, en relación con los núms. 1 y 3 del art. 16 de la Constitución, que hacen mención de la igualdad de todos los españoles ante la Ley, con independencia de su ideología y su religión o confesión.

Tampoco en este caso podemos apreciar infracción alguna del principio de igualdad, ya que no existe ni se aporta término de comparación alguna que acredite que el actor ha sido tratado discriminatoriamente en relación a otros ciudadanos, es decir, con una desigualdad injustificada por no ser razonable.

C) El actor alega también la infracción del principio de legalidad en materia penal a que se refiere el art. 25.1 de la Constitución, ya que los conceptos de los arts. 431 y 566.5 del Código Penal (el pudor, las buenas costumbres, la moral, la decencia pública), aplicados por las Sentencias, son abstractos, relativos e inconcretos, y no contienen para el ciudadano un mensaje taxativo que toda norma penal ha de comprender.

En relación con esta pretendida vulneración, debemos recordar que el art. 25.1 de la Constitución establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta (o infracción administrativa) de acuerdo con la legislación vigente. Es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su art. 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva, y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal.

D) Por último hemos de referirnos a la alegación del actor de que se ha violado la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución) porque no existe prueba de ningún género en el juicio oral de que persona alguna haya sufrido escándalo por la publicación del libro, toda vez que los firmantes de la denuncia fueron citados a juicio por la propia defensa sin que ninguno de los cuatro más significantes firmantes de la misma comparecieran a sostener en el juicio el escándalo que habían padecido y desde que prisma personal habían sido sujetos pasivos de tal escándalo, por lo que éste quedó sin probar.

Como ha declarado ya este Tribunal a partir de la Sentencia 113/1980, de 28 de julio de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 13 de agosto), la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y corresponde al Tribunal Constitucional estimar en el caso del recurso si dicha presunción de carácter iuris tantum ha quedado desvirtuada, estimación que ha de hacerse con respeto al principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal penal y a la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso. La mencionada Sentencia añade que el principio de libre valoración supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal penal, a quien corresponde en consecuencia valorar su significado y trascendencia en orden a la

fundamentación del fallo, si bien para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo.

En el caso presente no podemos afirmar que esa mínima actividad probatoria no se ha producido, ya que consta en el Resultando de hechos probados -en conexión con las pruebas celebradas en el juicio oral reflejadas en la correspondiente acta- la actuación del actor en orden a la traducción y publicación del libro «A Ver», distribución para su venta al público en librerías (habiéndose vendido la mayor parte de la tirada) y exhibición del citado libro en la Feria del Libro de Madrid de 1979, Sección de Literatura Infantil.

En consecuencia, no podemos afirmar que el derecho a la presunción de inocencia haya quedado vulnerado ni podemos entrar en la valoración del Tribunal penal en orden al contenido del libro y a su trascendencia pública, porque ello no entra en el ámbito del recurso de amparo según antes hemos señalado.

8. Según ha quedado ya razonado, no procede declarar la nulidad del auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 19 de septiembre de 1980 -objeto del primer recurso de amparo de los acumulados ni de las dos Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1981. Lo que nos lleva a la conclusión de que tampoco procede declarar la nulidad de las otras resoluciones judiciales a que se alude en el suplico de la demanda del segundo recurso (antecedente 3 in fine), dado que ya ha quedado claro que no puede calificarse de inconstitucional el secuestro o decomiso de la obra «A Ver» ni el procesamiento y ulterior condena del actor.

Fallo:

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar los recursos de amparo acumulados núms. 185/1980 y 402/1981, formulados en representación de don L. R. L. contra las resoluciones judiciales mencionadas en la parte correspondiente de esta Sentencia.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de octubre de mil novecientos ochenta y dos.

**Sentencia 189/1991.**

[SALA PRIMERA]<sup>5</sup>

Extracto:



1. Las cuestiones promovidas por los órganos judiciales deben encontrar, siempre que sea posible y sin menoscabo de los presupuestos procesales que son de orden público, una solución por Sentencia, al objeto de contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico de preceptos presuntamente inconstitucionales, extendiendo así la fuerza vinculante de la Constitución gracias a una imprescindible cooperación entre los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional.
2. La revisión del juicio de relevancia tiene necesariamente que realizarse a la luz de la interdependencia existente entre pretensión procesal, objeto del proceso y resolución judicial.
3. No se puede interpretar un texto legal desconectando y aislando un inciso o frase «nisi tota lege perspecta») del contexto en el que se integra de un modo lógico-normativo.
4. La televisión está declarada servicio público, sin distinción del medio técnico que utilice ni de los contenidos que transmita. Así se establece en la Ley 4/1980 del Estatuto de Radio y Televisión (art. 1.2) y en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (art. 2.1). Tal hecho no significa, sin embargo, que las razones que legitiman la configuración de la televisión de ámbito nacional como un servicio público sirvan también para justificar dicha calificación cuando la actividad de difusión televisiva tiene simple alcance local y se transmite mediante cable.
5. La igualdad no impide la existencia de regímenes jurídicos distintos para actividades, relaciones o ámbitos perfectamente diferenciados con arreglo a criterios objetivos y, «a fortiori», cuando dicha diferenciación se incorpora en una norma de rango de Ley.
6. La limitación que nace del art. 25.3 de la L.O.T. no encuentra su fundamento en la escasez del medio utilizado, sino en la consideración de que la emisión de imágenes que rebasa los límites establecidos en dicho precepto no es ya vídeo comunitario, sino televisión calificada como servicio público de difusión y, como tal, sometida a un régimen de intervención administrativa, previa como, por otra parte, permite el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

#### Preámbulo:

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, don Francisco Rubio Llorente, don Fernando García-Mon González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente

#### SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2528/89, promovido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sevilla) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por supuesta inconstitucionalidad del inciso «sin utilizar el dominio público» del art. 25.3 de la Ley 13/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones, de 18 de diciembre, por vulneración de los arts. 14 y 20 de la Constitución. Han sido partes el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado y Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### Antecedentes:

##### I. Antecedentes

1. Por Auto de 15 de noviembre de 1989, la indicada Sala de lo Contencioso-

Administrativo de Sevilla propuso a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad acerca del inciso «sin utilizar el dominio público» del art. 25.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones 31/1987, de 18 de diciembre, entendiendo que dicho inciso normativo vulnera los arts. 20 y 14 de la Constitución y proponiendo a este Tribunal la declaración de inconstitucionalidad del mismo.

2. De dicho Auto, y de las actuaciones remitidas, se desprenden los siguientes datos como antecedentes que han de considerarse:

a) El Auto cuestionado se dicta en el recurso contencioso-administrativo de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona previsto y regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, que plantean don Eloy Pardo y dos más, todos ellos titulares de videos comunitarios instalados y en funcionamiento en la ciudad de Huelva, contra la Resolución del Gobernador Civil de la localidad, de 4 de mayo de 1989, en la que de forma idéntica para los tres les dice, sin haber razón para dudar de su veracidad, dice el Auto, que el «cableado» de sus videos comunitarios se extiende por los edificios, calles y barriadas de la zona donde se encuentran instalados. A continuación razona la Resolución que, en aplicación del art. 25.2 de la Ley 31/1987, su video comunitario se considera televisión por cable con utilización de dominio público por cruzar los mismos las vías de esta naturaleza y por ello necesitar para su funcionamiento concesión administrativa, sin que sea factible su otorgamiento por razón del tipo de instalación. La parte dispositiva de la resolución requiere a los interesados para que en corto plazo desmonten el «cableado» del video comunitario que atravesase las vías públicas, de forma que, bien desaparezca la instalación dejando así de emitir, o bien lo continúen haciendo sólo en manzana urbana de fincas colindantes.

b) Tramitado el proceso, y antes de dictarse Sentencia, al amparo del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se dictó providencia el 18 de septiembre de 1989 para oír a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 25 de la Ley 31/1987, mostrando su conformidad los actores en el proceso contencioso y su oposición tanto el Fiscal como el Abogado del Estado.

3. La duda de constitucionalidad del inciso normativo (art. 25.3 de la Ley 31/1987) cuestionado se funda por la Sala de Sevilla en las siguientes razones:

a) Considera en principio que el Gobernador civil de Huelva obró dentro de la legalidad estricta al ordenar el cierre de los videos comunitarios que tendiesen sus cables de transmisión de imágenes a las viviendas o locales de sus clientes cruzando u ocupando la vía pública, ya que según los preceptos transcritos de la que esta actividad requería concesión administrativa del Estado, mientras que de no usar instalación que ocupe la vía pública, esta actividad seria correcta sin necesidad de concesión alguna.

Consecuencia de lo anterior es que la estimación de recurso de protección jurisdiccional de los derechos amparados en los arts. 14 y 20 [1 a), b) y d), 4 y 5] de la Constitución, formulado contra una actuación administrativa legalmente correcta, requiere la previa declaración de inconstitucionalidad de los preceptos que se aplicaron.

b) Se añade que la cuestión que plantea debe tener la menor extensión posible en el sentido de limitar la propuesta de inconstitucionalidad al texto de la legislación que examina indispensable para la estimación del recurso que se ha formulado, y para ello es posible reducir el enunciado de la primera providencia en que anunció a las partes el propósito de plantear esta cuestión en relación a los apartados 1.º y 3.º del art. 25 de la mencionada Ley, a sólo un párrafo del apartado tercero y en concreto a una sola frase del mismo, aquella que dice «sin utilizar el dominio público» de forma que el mismo permita la consideración legal de no constituir televisión la



transmisión de imágenes en instalaciones sin conexión a redes exteriores que presten servicio en un vehículo, inmueble o manzana urbana de fincas colindantes, resultando por ello ya irrelevante el que la red de cables de comunicación para la prestación del servicio ocupe o se instale a través de la vía pública y por ello permitidos los videos comunitarios tal como se encuentran en la actualidad, sin necesidad de previa obtención de una concesión administrativa.

c) Considera que la frase antes indicada o la exigencia de concesión de la Administración estatal para un vídeo comunitario por el hecho de cruzar o utilizar sus instalaciones por cable la vía pública es contraria o vulnera el art. 20.1 a) de la Constitución que consagra el tantas veces considerado por el Tribunal Constitucional como derecho fundamental de nuestro ordenamiento jurídico constitucional de la libertad de expresión, al suponer una limitación innecesaria e indiscriminada a su ejercicio. Innecesaria en cuanto no se vislumbra un fundamento de la misma que tenga su apoyo en los límites que a este derecho imponen el apartado 4 del referido artículo, en el respeto a los otros derechos reconocidos en el mismo Título constitucional, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen o a la protección de la juventud o infancia. Es decir, el uso de la vía pública es ajeno a los genéricos contornos de esta libertad. Tampoco tienen fundamento, como dice muy expresivamente la actora, en una limitación de la naturaleza del medio de comunicación que se usa, como ocurre con las transmisiones por el espacio y acuerdos internacionales que regulan su uso. Lo mismo que no es legalmente posible limitar el número de publicaciones periódicas o revistas en cuanto en principio unas no impiden ni perturban la edición de otros, el número de cables en la vía pública en principio no parece que atente a otras manifestaciones de la libertad de expresión y en definitiva perturben cualquier otro derecho o interés legítimo.

d) Discriminatorio y contrario, por ello, al art. 14 de la Constitución por suponer un trato ostensiblemente desigual y distinto a realidades semejantes y prácticamente idénticas como supone la absoluta libertad de los vídeos comunitarios mientras no salgan a la vía pública sus instalaciones y la práctica prohibición de ocurrir esto.

e) Salvo casos excepcionales y poco frecuentes, los cables de los vídeos comunitarios de forma subterránea o aérea, ocasionando las menores molestias posibles y sin perturbar otros destinos, se limitan a una mínima ocupación de los lugares de uso público como son las calles y plazas urbanas, cual ocurre con el tendido eléctrico y telefónico, sujeto o adherido a las fachadas de los edificios y cruzando a suficiente altura la vía pública cuando ello es necesario. La defensa de estos usos, como toda ordenación, gestión y disciplina

urbanística, le está confiado por el art. 25 a) de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, a los Municipios. Son ellos a quienes les corresponde autorizarlos y quienes perciben tasas por estos usos especiales. Relacionar estos supuestos intereses con la necesidad de concesión para el funcionamiento de los vídeos comunitarios supone mezclar conceptos e intereses totalmente distintos o la búsqueda de un pretexto por la Administración Central para suprimir o limitar unos medios de comunicación social tan populares y extendidos como han logrado ser los videos comunitarios.

No son los Gobernadores Civiles a quienes corresponde suprimir un «vídeo» cual si fuese una emisora de radio sin autorización. Serían los Ayuntamientos los que ordenarían la supresión de instalaciones u ocupaciones de la vía pública cuando resultasen ilegales, sin necesidad de relacionarlo con la libertad de expresión.

4. La Sección Segunda de este Tribunal, en providencia de 21 de diciembre de 1989, acordó tener por recibidas las precedentes actuaciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y admitir a trámite la cuestión que promueve la referida Sala, por supuesta inconstitucionalidad del párrafo que literalmente dice «sin



utilizar el dominio público» que se encuentra en el apartado 3 del art. 25 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones 31/1987, de 18 de diciembre, por poder ser contrario a los arts. 20 y 14 de la Constitución, dando traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pueden personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaré convenientes. Asimismo se ordenó publicar la incoacción de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

5. El Congreso de los Diputados, en escrito de 10 de enero de 1990, comunicó a este Tribunal que, aun cuando no se personará en el procedimiento ni formulará alegaciones, pone a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pueda precisar y remitir a la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General.

El Senado, en escrito de 16 de enero, solicitó que se le tuviera por personado, ofreciendo su colaboración.

6. El Abogado del Estado formula en tiempo sus alegaciones y, al efecto, dice, en principio, que falta en la presente cuestión el debido juicio de relevancia, es decir, el esquema argumental del que resulta la dependencia entre el fallo del proceso a quo y la validez o invalidez de la norma cuestionada. En el fundamento de derecho primero del Auto de planteamiento, la Sala limita la cuestión de inconstitucionalidad «a un solo párrafo del apartado tercero (del art. 25 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) y en concreto a una sola frase del mismo, aquella que dice "sin utilizar el dominio público" de forma que el mismo permita la consideración legal de no constituir televisión la transmisión de imágenes en instalaciones sin conexión a redes exteriores que presten servicios en un vehículo, inmueble o manzana urbana de fincas colindantes, resultando por ello ya irrelevante el que la red de cables de comunicación para la prestación del servicio ocupe o se instale a través de la vía pública y por ello permitidos los videos comunitarios tal como se encuentran en la actualidad sin necesidad de previa obtención de una concesión administrativa».

La Sala proponente incurre aquí en un error que afecta al llamado juicio de relevancia. Según resulta de las actuaciones, las resoluciones del Gobierno Civil de Huelva que fueron recurridas afectan a vídeos comunitarios que emiten o transmiten imágenes «para un ámbito que excede del de una manzana urbana de fincas colindantes». Así se infiere del segundo párrafo de las antes citadas resoluciones, sin que -como la propia Sala reconoce- haya razón para dudar de la veracidad de este hecho (fundamento jurídico primero del Auto).

Más aún, se trata de un hecho que es reconocido sin ambages por los recurrentes en el proceso contencioso-administrativo. El argumento fundamental que desarrollan en sus escritos consiste en que «el acuerdo recurrido conlleva a la absoluta desaparición de los vídeos comunitarios de mis representados al obligarle a que su ámbito de difusión no vaya más allá de un simple bloque de viviendas...». Sobre estas bases, en la demanda puede leerse que «la diferencia entre el video comunitario y la televisión no depende del número de viviendas que lo reciban ni del número de bloques unidos ni por cruzar o no la vía pública...».

En suma: Los vídeos comunitarios a que se refieren las Resoluciones recurridas prestan servicio en un ámbito que excede al de una manzana urbana de fincas colindantes. De manera que aunque este Tribunal declarase la invalidez por inconstitucionalidad de la expresión «sin utilizar el dominio público» que se contiene en el art. 25.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, los citados videos seguirían teniendo la consideración de televisión y en nada se verían afectadas las Resoluciones en su día dictadas por el Gobernador Civil de Huelva. En el presente caso, la anulación del inciso legal al que se ciñe la cuestión de inconstitucionalidad no tendría ninguna incidencia en el sentido del fallo del proceso a quo. La Sala proponente no manifiesta ninguna duda acerca de la legitimidad constitucional de la consecuencia jurídica que, a



sensu contrario, se desprende del art. 25.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones; a saber: Que tendrán la consideración de televisión las emisiones o transmisiones de imagen realizadas por instalaciones que sin conexión a redes exteriores presten servicio a un ámbito territorial que exceda al de una manzana urbana de fincas colindantes. Y este es precisamente el supuesto del presente caso, en el que la emisión o transmisión de imágenes por cables «se realiza para un ámbito que excede del de una manzana urbana de fincas colindantes» (vid. Resoluciones de 4 de mayo de 1989). Se está, pues, en presencia de emisiones que tienen consideración de televisión, esto es, de servicios de difusión cuya prestación en régimen de gestión indirecta requiere concesión administrativa (art. 25.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, cuya constitucionalidad no se discute por la Sala).

En cuanto al fondo, el Abogado del Estado alega que la Sala entiende que no debe tener la consideración legal de televisión la transmisión de imágenes en instalaciones sin conexión a redes exteriores que presten servicio en un vehículo, inmueble o manzana urbana de fincas colindantes, aunque «la red de cables de comunicación para la prestación al servicio ocupe o se instale a través de la vía pública» (fundamento jurídico tercero del Auto de planteamiento). Se pretende la declaración de inconstitucionalidad del inciso «sin utilizar el dominio público», que se contiene en el párrafo primero del art. 25.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. Este es el único problema suscitado en el auto de planteamiento, que nada tiene que ver con los hechos debatidos en el proceso contencioso-administrativo y cuya resolución por este Tribunal no tendría ninguna incidencia en el sentido del fallo judicial que se pronuncie.

Pero el planteamiento del que parte el auto de promoción carece de toda consistencia. La expresión «dominio público», contenida en el art. 25.3 de la Ley de la Ordenación de las Telecomunicaciones no puede entenderse exclusivamente referida a las vías públicas. También cabe aplicarla al dominio público radioeléctrico. Pues bien: A partir de la STC 12/1982 (fundamento jurídico 3.º), este Tribunal menciona tres tipos de límites posibles del derecho a crear soportes o instrumentos de comunicación libre de sonidos o imágenes no permanentes mediante ondas electromagnéticas.

El primero de estos límites consiste en no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos. La segunda fuente de posibles limitaciones deriva de la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, el espectro de frecuencias radioeléctricas. La asignación de una frecuencia representa un uso limitado y excluyente de este bien de dominio público, cuyo aprovechamiento puede ser objeto de regulación (SSTC 26/1982, fundamento jurídico 6.º, y 44/1982, fundamento jurídico 7.º). La tercera fuente de la que pueden brotar límites al derecho a crear instrumentos de radiodifusión de imágenes y sonidos es la disciplina internacional de la radiocomunicación.

Añade que, después de las SSTC 74/1982 y 79/1982, la indivisibilidad del problema de la llamada televisión privada determina la extensión de la conclusión a la que llegó la STC 12/1982, también para la televisión por cable.

Con ello, el derecho a crear instrumentos de radiodifusión refuerza su faceta institucional como medio para alcanzar un resultado acorde con el pluralismo democrático. La necesaria intervención organizadora del legislador sobre la llamada televisión privada presupone la desconfianza en que las libres fuerzas del mercado sean capaces, por sí solas, de producir un resultado congruente con los imperativos constitucionales del art. 20 C.E. Las libertades del art. 20 C.E. no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que «también

significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre; elemento imprescindible del pluralismo político en un Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales» (SSTC 6/1981, 104/1986 y 51/1989).



El Auto de planteamiento invoca, asimismo, el art. 14 C.E. Pero esta invocación, según esta parte, carece de consistencia, ya que no se aporta un término válido de comparación que permita enjuiciar el inciso cuestionado desde el parámetro del art. 14 C.E. El argumento que levemente se esboza carece de mínimo desarrollo y el tertium comparationis no reúne las condiciones precisas. La ocupación de la vía pública es un elemento diferencial de suficiente trascendencia, que justifica, en todo caso, el diverso régimen jurídico aplicable a dos realidades distintas. No hay, pues, discriminación contraria al principio de igualdad.

Por ello, solicita la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

7. El Fiscal general del Estado, en su escrito de alegaciones, formula las siguientes:

Los videos comunitarios, que en la actualidad carecen de una normativa específica, pueden reunir características muy diversas entre sí. Si las grabaciones que se transmiten han sido previamente confeccionadas por los responsables de los mismos, con posibilidad de incluir espacios informativos, políticos y de opinión, poco se distinguen de la televisión privada, aunque su ámbito sea necesariamente reducido. En tal sentido, la normativa aplicada tendría plena razón de ser, y la libertad de expresión e información que se postula no sería óbice para la necesaria concesión administrativa, aunque la infraestructura de dichas emisoras no permita su concesión.

Por el contrario, son más frecuentes los videos comunitarios que se limitan a la transmisión de películas o telefilmes, por lo general previamente alquilados.

En estos supuestos, se hace difícil su conceptualización como verdaderas «emisoras».

Se trata más bien de un servicio cinematográfico a domicilio, previo pago de su importe. La analogía más cercana serían los locales de reposición de películas comerciales.

En este último supuesto, se hace difícil, incluso mediante una interpretación de la legalidad favorable a la efectividad del derecho fundamental, entender que nos encontramos ante un verdadero ejercicio de las libertades de expresión o información consagradas en el art. 20 de la C.E. Entiende el Fiscal que tales actividades se centran más en el terreno del espectáculo que en el de las libertades públicas.

No obstante lo anterior, e independientemente de ello, hay que reconocer que mientras no exista una legislación específica que los regule, no es fácil distinguir entre unos y otros sistemas. Ahora bien, tal dificultad nace de una laguna legal imputable, sin duda, al legislador, que, habiendo podido regular los videos comunitarios en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones o en la Ley de la Televisión Privada, ha preferido no hacerlo así. Tampoco existe una normativa general de la televisión por cable, pues la misma es meramente aludida en el art. 25.2 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, sin que exista un desarrollo de la misma. Tales omisiones legislativas no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano. Y aunque no sea misión de este Tribunal la de suplir las lagunas legales, sino más bien de depurar el ordenamiento jurídico de cuanto pueda resultar contrario a las normas constitucionales, se debe procurar que las oscuridades legislativas no enturbien el acreditado principio in dubio libertas.

Cita y reproduce el Fiscal el art. 25.2 de la Ley 31/1987 y el art. 4 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, que dispone que «el objeto de la concesión administrativa (de la televisión privada) será la emisión de programas con una cobertura nacional»; lo cual le lleva a la conclusión de que la configuración que hace el Gobierno Civil de Huelva de los videos comunitarios que utilicen el dominio público para extender su alcance hasta una barriada como una emisora de televisión privada por cable supone una extensión analógica *in malam partem* para los titulares de dichas explotaciones. A juicio del Fiscal, la interpretación integrada de la legislación vigente en este momento permite excluir a los mencionados videos comunitarios de la calificación de televisión por cable, pues cabe un entendimiento de la legalidad que así lo abona, al tratarse patentemente de

supuestos diversos, aunque sólo fuera por su ámbito de acción.

En consecuencia, cabiendo una interpretación de la ley que aún los intereses del juego y permita un resultado acorde con las normas constitucionales, no sería necesaria la declaración de inconstitucionalidad del inciso del art. 25.3 aquí cuestionado. Y es que, en realidad, más que un supuesto de inconstitucionalidad de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, lo que se plantea en el presente caso es una laguna legal, esto es, la falta de normativa específica aplicable a los videos comunitarios, que constituyen un fenómeno sin duda distinto a la televisión privada por cable. La aplicación a aquéllos de una normativa inadecuada es lo que provoca las disfunciones que aparecen en el presente caso. Con ello no quiere decirse que la utilización del dominio público pueda llevarse a cabo sin autorización de ninguna clase, sino que ésta debe corresponder a los Ayuntamientos, en forma de licencia administrativa, cuya obtención debe ser previa al tendido de cables aéreos o subterráneos.

La conclusión a que llega el Fiscal es la de la improcedencia de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues cabe una interpretación conjunta de la normativa de telecomunicaciones y de la televisión privada que permite extraer la consecuencia de que pueden existir otras excepciones a la televisión por cable que las expresamente mencionadas en el art. 25.3 de la Ley 31/1987. Tal exégesis haría innecesaria la declaración de inconstitucionalidad del precepto aquí cuestionado, pues el resultado obtenido no sería contrario a los arts. 20 ni 14 de la C.E., y permitiría a la Sala proponente de la cuestión dictar Sentencia estimatoria en el pleito subyacente, si así lo entiende procedente, sin necesidad de acudir a métodos tan drásticos como lo que propone de expulsar del ordenamiento jurídico una norma prevista para otros supuestos.

En consecuencia, el Fiscal interesa se dicte Sentencia declarando la constitucionalidad del inciso dubitado, por caber una interpretación acorde con las normas constitucionales, en los términos antedichos.

8. Por providencia del Pleno de este Tribunal de fecha 1 de octubre de 1991, se acordó señalar el día 3 del mismo mes y año para deliberación y votación de la presente Sentencia.

Fundamentos:

## II. Fundamentos jurídicos

1. Es objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad el inciso del apartado 3.º del art. 25 de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones (L.O.T.), que dice «sin utilizar el dominio público». La propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) dejó patente su voluntad de dar la menor extensión posible a la cuestión que planteaba, limitando por ello la propuesta de inconstitucionalidad a la mencionada frase (Auto de 15 de noviembre de 1989, fundamento jurídico 3.º. Con ello, la Sala proponente redujo el contenido de su providencia de 18 de septiembre de 1989, en la que anunciaba a las partes su propósito de plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación a los apartados 1.º y 3.º del art. 25 de la L.O.T.

Con el fin de delimitar claramente la cuestión, conviene recordar ahora lo establecido por el art. 25 de la L.O.T.: «1. Los servicios de difusión son servicios de telecomunicación en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente. La prestación en régimen de gestión indirecta de estos servicios requerirá concesión administrativa. 2. La televisión tendrá siempre la consideración de servicio de difusión y en ningún caso podrá prestarse como servicio final o valor añadido. Se entiende por televisión la forma de



telecomunicación que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio. Sin perjuicio de lo previsto en la presente Ley, el régimen jurídico de la televisión se regulará por su legislación específica. 3. No tendrá la consideración de televisión la emisión o transmisión de imágenes realizadas por instalaciones que sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público presten servicio en un vehículo, en un inmueble o en una comunidad de propietarios constituida de conformidad con lo previsto en la Ley 49/1960, de 21 de julio, o en una manzana urbana de fincas colindantes. Asimismo, no se considerará televisión la mera recepción de imágenes para su transmisión, realizada en las mismas condiciones enumeradas en el párrafo anterior, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de antenas colectivas, ni la transmisión de imágenes realizada por el servicio final videotelefónico mencionado en el art. 13 de la presente Ley».

También ha de tenerse presente, para delimitar el objeto de la cuestión, que este proceso constitucional tiene su origen en el recurso contencioso- administrativo interpuesto por tres titulares de videos comunitarios de Huelva, al amparo de la Ley 62/1978, contra las resoluciones del Gobernador Civil de la provincia en las que se les requería, a cada uno de ellos, para que desmontasen el cableado que atravesaba las vías públicas, de modo que emitiesen sólo para la manzana de fincas colindantes, o bien desmontasen totalmente el video, dejando de emitir. Las tres resoluciones de 4 de mayo de 1989 son de idéntico contenido y en ellas se dice que estos videos comunitarios se consideran televisión por cable, en aplicación del art. 25.2 de la L.O.T., «ya que la emisión o transmisión de imágenes por esos cables se realiza para un ámbito que excede del de una manzana urbana de fincas colindantes, utilizándose el dominio público porque los cables atraviesan las vías públicas, no siéndole aplicable la excepción del punto 3 del mismo artículo». En el encabezamiento de las resoluciones se dice también que el cableado de los videos se extiende por los edificios, calles y barriada de la respectiva zona.

Determinado, pues, con estas precisiones, el tenor del precepto de la L.O.T. donde se inserta el inciso cuestionado y el contenido de los actos administrativos impugnados en el recurso que ha dado lugar a este proceso constitucional, cabe afrontar ya la resolución de la duda de constitucionalidad que se plantea.

2. Antes de entrar a examinar el fondo del asunto es preciso analizar y decidir previamente la alegación hecha por el Abogado del Estado en el sentido de que falta en la presente cuestión el debido juicio de relevancia, es decir, el esquema argumental del que resulta la dependencia entre el fallo del proceso a quo y la validez o invalidez de la norma cuestionada. Pero esa objeción procesal no puede ser acogida, de acuerdo en principio con una interpretación flexible de nuestra ley orgánica que se justifica por la conveniencia de que las cuestiones promovidas por los órganos judiciales encuentren, siempre que sea posible y sin menoscabo de los presupuestos procesales que son de orden público, una solución por sentencia, al objeto de contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico de preceptos presuntamente inconstitucionales, extendiendo así la fuerza vinculante de la C.E. gracias a una imprescindible cooperación entre órganos judiciales y el Tribunal Constitucional.

Aparte, sin embargo, de ese argumento pragmático, juega también aquí la consideración de que, en definitiva, sólo aparece justificado enteramente el rechazo procesal que se postula por la Abogacía del Estado cuando resulte evidente que la norma legal cuestionada no sea, en modo alguno, aplicable al caso o aparezca manifiestamente constitucional (SSTC 17/1981, 103/1983, 3/1988, 76/1990, 142/1990, 157/1990 y 27/1991). La revisión del juicio de relevancia tiene necesariamente que realizarse a la luz de la interdependencia existente entre pretensión procesal, objeto del proceso y resolución judicial. Es claro que para la Sala proponente se da esa relación e interdependencia, puesto que los actos administrativos que dieron lugar al proceso a quo



encuentran su cobertura legal en la disposición cuestionada y según sea el entendimiento constitucional de ésta, es decir, del art. 25.3 Ley 31/1987, así será el sentido estimatorio o desestimatorio del fallo en el recurso contencioso- administrativo. A los efectos, pues, del juicio de relevancia, no cabe anticipar una

interpretación de dicho precepto por parte de este Tribunal, bastando con que la Sala que cuestiona constitucionalmente el precepto entienda, en el ámbito de su competencia, que la validez del inciso que cuestiona puede ser determinante para la decisión del caso y así lo razone suficientemente, como se hace en el Auto en el que propone la duda a este Tribunal (STC 17/1981).

3. Una vez rechazada esta objeción formal, procede estudiar el fondo del asunto y esclarecer si la norma cuestionada vulnera los arts. 14 y 20 de la C.E., para lo cual es preciso examinar el art. 25.3 de la L.O.T. in integrum, ya que no se puede interpretar un texto legal del modo en que se propone, es decir, desconectando y aislando un inciso o frase (nisi tota lege perspecta) del contexto en el que se integra de un modo lógico-normativo.

Lo que el art. 25.3 de la L.O.T. hace es excluir del concepto de televisión, considerada como servicio público (arts. 25.2 y 2.1 de la misma Ley), la emisión o transmisión de imágenes realizadas por instalaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: no estar conectadas a redes exteriores, no utilizar dominio público y desarrollar la emisión en un ámbito que no exceda de un vehículo, un inmueble o comunidad de propietarios, constituida de conformidad con lo previsto en la Ley 49/1960, o una manzana urbana de fincas colindantes. A su vez, la calificación de la televisión como servicio público no deriva sólo y en primer lugar de la norma cuestionada, sino del ordenamiento jurídico del sector globalmente considerado.

En efecto, la televisión está declarada servicio público sin distinción del medio técnico que utilice ni de los contenidos que transmita. Así se establece en la Ley 4/1980 del Estatuto de Radio y Televisión (art. 1.2) y en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (art. 2.1). Por lo que se refiere concretamente a la televisión propagada por cable, la misma ha sido calificada por el legislador como servicio de difusión (art. 25.2 de la L.O.T.) y por ello como servicio público esencial de titularidad estatal (art. 2.1 de la L.O.T.).

De dicho régimen legal, que no ha sido en modo alguno cuestionado por la Sala a quo, se desprende con toda claridad que lo que impide emitir a los tres titulares de videos comunitarios de Huelva que interpusieron el recurso contencioso-administrativo, que ha dado origen a esta cuestión de inconstitucionalidad, no es tanto o no es sólo que sus instalaciones utilicen dominio público, sino que estén desarrollando una actividad a la que también alcanza la calificación de servicio público, pero cuyos modos de gestión no han sido todavía regulados por el legislador.

Al respecto este Tribunal ha declarado en la STC 12/1982 que «la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador» y, muy recientemente, que «la calificación de servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad determinados derechos fundamentales de la colectividad» (STC 206/1990). Sin embargo, tales declaraciones constitucionales no implican necesariamente, ni pretenden significar, que las razones que legitiman la configuración de la televisión de ámbito nacional como un servicio público sirvan también para justificar dicha calificación cuando la actividad de difusión televisiva tiene simple alcance local y se transmite mediante cable, pues no cabe excluir qué motivos técnicos o de otro tipo no bastarán para legitimar la declaración como servicio público de una televisión de esas características.

Pero, incluso admitiendo en hipótesis la legitimidad constitucional de la configuración de la



televisión por cable como un servicio público, este Tribunal ha declarado que dicha calificación no es una etiqueta que una vez aplicada al medio permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos -los de comunicar libremente el pensamiento y la información que la publicatio limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar (STC 206/1990). El propio Tribunal, en más de una ocasión, ha señalado algunas de las condiciones que hace constitucionalmente legítima la regulación de esta actividad como servicio público, lo que significa que una legislación como la actual que impide, al no preverla, la emisión de televisión de alcance local y mediante cable podría ser contraria, no sólo al art. 20 de la C.E., tal y como ha sido interpretado por este Tribunal, sino también a los derechos y valores constitucionales cuya garantía justifica para el legislador la configuración de la televisión como servicio público, con la consiguiente vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el art. 9.3 de la Constitución.

4. Pero, dicho todo esto, es claro que en este proceso constitucional el Tribunal no puede pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la calificación de servicio público aplicada a la televisión por cable de alcance local ni sobre el vacío legislativo existente en cuanto a su desarrollo, ya que ambas son cuestiones que no sólo no han sido planteadas por la Sala proponente, sino que han sido expresamente excluidas del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, lo que la Sala de Sevilla propone es «la declaración de inconstitucionalidad del párrafo que literalmente dice "sin utilizar el dominio público" que se encuentra en el apartado 3.º del art. 25 de la L.O.T. por contrario a los arts. 20 y 14 de la Constitución».

Planteadas en tales términos la cuestión, el Tribunal ha de rechazarla, pues ni el inciso del art. 25.3 de la L.O.T., ni el precepto íntegramente considerado, vulneran los arts. 14 y 20 de la C.E. En cuanto al principio de igualdad (art. 14), su invocación carece de consistencia y del necesario término de comparación válido, ya que la conexión con redes exteriores, el empleo del dominio público y la extensión de las emisiones por encima del ámbito fijado en la Ley son condiciones suficientes para diferenciar una y otra actividad de difusión. La igualdad no impide la existencia de regímenes jurídicos distintos para actividades, relaciones o ámbitos perfectamente diferenciados con arreglo a criterios objetivos y, a fortiori, cuando dicha diferenciación se incorpora en una norma con rango de ley.

Por lo que respecta al art. 20.1 a) de la C.E., la Sala proponente considera que el art. 25.3 de la L.O.T. vulnera dicho precepto por suponer una limitación innecesaria a la libertad de expresión, en cuanto no se vislumbra un fundamento de la misma que tenga su apoyo en los límites que a este derecho impone el apartado 4 del referido artículo, ni en una limitación de la naturaleza del medio de comunicación que se usa. Sin embargo, la limitación que nace del art. 25.3 de la L.O.T. no encuentra su fundamento en la escasez del medio utilizado, sino, como ha quedado dicho, en la consideración de que la emisión de imágenes que rebasa los límites establecidos en dicho precepto no es ya vídeo comunitario, sino televisión calificada como servicio público de difusión y, como tal, sometida a un régimen de intervención administrativa previa como, por otra parte, permite el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así pues, la pretendida limitación a la libertad de expresión a través de este singular medio de difusión no proviene de la utilización del dominio público, sino de la calificación de la televisión por cable como servicio público, calificación que, al no haber sido cuestionada por la Sala proponente, impide a este Tribunal, como antes se dijo, hacer un juicio de constitucionalidad de la misma y conduce a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Fallo:

**FALLO**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) en relación con el inciso «sin utilizar el dominio público» del art. 25.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Voto:

Voto particular que formula el Magistrado don Francisco Rubio Llorente a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 2528/89

Disiento de la decisión adoptada por el Tribunal en la presente cuestión de inconstitucionalidad que, a mi juicio, debió ser estimada, declarando en consecuencia, como en ella se solicitaba, que la diferenciación establecida entre los vídeos comunitarios según que sus instalaciones se reduzcan al interior de una manzana de casas contiguas o, por el contrario, utilicen el dominio público, es contraria a la Constitución, cuyos arts. 14, 20 y 38 viola frontalmente.

Las razones de mi disentimiento, brevemente expuestas, son las siguientes:

1.º Según la decisión de la que disiento, el inciso cuestionado se limita a establecer «régimenes jurídicos distintos para actividades... perfectamente diferenciadas con arreglo a criterios objetivos». Así es, si así se quiere decir, aunque sobre la «objetividad» de los criterios algo habré de precisar después.

Sucede, sin embargo, que la distinción establecida comporta la prohibición pura y simple de la «actividad diferenciada» como resulta inequívocamente de la conexión entre tal inciso, el apartado segundo del mismo art. 25, y la Ley 10/1988 de la Televisión Privada y su Plan Técnico Nacional. Es esta prohibición y no un «vacío legal», ni una frase aislada en si misma inocua, lo que la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sevilla) del Tribunal Superior de justicia de Andalucía ha sometido a nuestra consideración porque es esta prohibición la que se hace explícita en las resoluciones administrativas recurridas ante ella, resoluciones en las que, con admirable claridad y, supongo, sin ironía alguna, se comunica a los destinatarios que la televisión por cable necesita una concesión administrativa de otorgamiento imposible.

2.º La diferenciación entre la plena licitud de los videos comunitarios que no utilicen el dominio público y la absoluta prohibición de los que hagan uso de él, la más absoluta de las diferenciaciones deónticas, es una palmaria violación

del art. 14 de la Constitución por la muy simple razón de que el criterio de diferenciación es absolutamente irrazonable. Desde el primer momento de su actividad (STC 34/1981) este Tribunal, de acuerdo con una doctrina universalmente adoptada en todos los países de nuestro entorno, ha sostenido que para ser congruente con el principio de igualdad, el criterio de diferenciación empleado por el legislador ha de ser «razonable», no simplemente objetivo.

Perfectamente objetivo es, para usar un ejemplo célebre en la doctrina, el criterio que diferencia a los vecinos de una misma calle según el número, par o impar, de las casas que habitan; pese a ello, nadie, creo, consideraría ajustada al principio de igualdad una norma que obligase a pagar impuestos a los vecinos de casas con número impar, eximiendo de esa obligación a los que

habitasen en los pares.

La razonabilidad del criterio empleado para la diferenciación requiere siempre, y no sólo cuando la diferenciación es, como en este caso, la que media entre licitud total y absoluta prohibición, algo más que la siempre «objetividad».

Cuando menos se necesita, como ya dijimos en nuestra STC 45/1989, que exista congruencia entre el criterio y el fin perseguido por la norma y aquí tal congruencia ni ha sido sostenida, ni se adivina por parte alguna. Ni la congruencia ni la finalidad de la prohibición. Esta no puede ser, claro está, la de limitar el número de quienes tienen acceso a un mismo centro de difusión, pues, como es obvio, el número de habitantes de una manzana formada por grandes edificios contiguos excede, con mucho, al de vecinos de un pueblo integrado por viviendas unifamiliares. Tampoco, es evidente, la de impedir el monopolio de una empresa emisora en un ámbito dado, puesto que la existencia de una red de distribución no impide el establecimiento de otras. Menos aún, por último, la de asegurar la utilización común o especial del dominio público, que ya está garantizada por las normas que establecen el régimen jurídico de éste. Se trata, en definitiva, de una prohibición absurda, carente de toda razón de ser en cuanto que apoyada en un criterio absolutamente irrazonable, que no puede fundamentar diferenciación alguna; tan absurda como la que impidiese la apertura de salas cinematográficas cuya frecuentación no estuviese restringida a los vecinos del mismo bloque de viviendas.

3.º La prohibición viola también la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20 de nuestra Constitución.

Esta libertad de comunicación puede ser limitada, como bien se sabe, para asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el Título I y en especial al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Pero, aun dejando de lado, y no es poco dejar, que una cosa es la regulación limitativa y otra la prohibición lisa y llana, también es evidente que tampoco en la necesidad de proteger estos bienes constitucionales puede buscarse fundamento alguno para la prohibición de las transmisiones televisivas por cable que excedan de los límites de una manzana.

No se puede ni siquiera imaginar que con esa prohibición se intente preservar el honor, o la intimidad o la imagen de nadie, pues nadie, que se sepa, se ha quejado de ello, ni puede justificar esa preservación la prohibición, a priori, de una actividad de comunicación que podría ser utilizada para lesionar el derecho de otros. La prohibición constitucional de la censura previa (art. 20.2) impide, a fortiori, declarar fuera de la Ley un género de medios de comunicación en cuanto tal.

Podría pensarse que, como a veces se afirma, la razón de ser de la prohibición está en la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia frente a los estragos de la pornografía, pero tampoco este argumento resiste la más mínima crítica. En primer lugar, claro está, porque una cosa es regular el contenido posible de los mensajes y otra bien distinta prohibir que se difunda mensaje alguno. Pero es que, además, ni se advierte qué razón puede abonar la necesidad de proteger a los niños o a los adolescentes de los espectáculos pornográficos que les vienen del otro lado de la calle, dejándolos absolutamente desprotegidos frente a los que proceden de otra casa de la misma acera, ni autoriza la naturaleza del medio a protección de clase alguna. Las transmisiones de imágenes por cable sólo pueden recibirse en el domicilio de los abonados y, dentro de él, son los padres y no el Estado quienes deben decidir lo que a los menores ha de prohibirse.

4.º Por último, la prohibición infringe también, en mi opinión, el derecho a la libertad de empresa que como derecho fundamental, esto es, como derecho cuyo ejercicio ha de ser regulado por la Ley «que en todo caso deberá respetar su contenido esencial», consagra el artículo 38 de la Constitución.



Es cierto que este artículo no ha sido invocado por la Sala proponente, pero el art. 39.2 de nuestra Ley Orgánica nos autoriza para fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el curso del proceso, y a mi juicio, como digo, es también flagrante la violación del derecho a la libertad de empresa.

Esta libertad no impide, desde luego, como ya dijimos en STC 83/1984, la regulación del ejercicio de las distintas actividades empresariales, ni la publicación de algunas de ellas, de manera que su ejercicio requiera de una previa autorización administrativa.

Aunque, como es obvio, la sustracción de una determinada actividad empresarial del ámbito de la plena libertad mediante su publicación sólo es posible cuando esta restricción del derecho fundamental se justifique por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos y sea proporcionada a esa necesidad, también cabe aceptar que las empresas de televisión puedan quedar sometidas a un régimen de autorización previa, como efectivamente autoriza a hacer el Convenio de Roma (art. 10.1).

Para poder juzgar de la licitud constitucional del régimen jurídico que impone la necesidad de autorización es imprescindible, sin embargo, como es obvio, que sea posible conseguirla.

Cuando tal posibilidad no existe, como es el caso aquí, es inútil argumentar sobre la eventual licitud de un régimen de autorización previa, pues no es tal un sistema de prohibición total. Es claro que, considerado en su totalidad, el régimen jurídico de la televisión permite, desde la Ley 10/1988, la autorización de algunas empresas de ámbito nacional, pero, a mi juicio, de ahí no puede extraerse conclusión alguna respecto de la validez de la prohibición que, a contrario, resulta para las emisiones de ámbito local; menos aún en lo que concierne a las emisiones por cable y absolutamente nada, por último, en lo que toca a la absoluta permisividad con la que se admite la televisión por cable fragmentada por manzanas y la total prohibición de esta misma actividad en cuanto cruza la calle.

En definitiva y para concluir, entiendo que la cuestión debió ser considerada *toto systemate* respecto, como la propia Sentencia de la que disiento afirma y que, al no hacerlo así, el Tribunal no ha comprendido correctamente el sentido de la cuestión que se nos planteaba y ha desaprovechado la ocasión de resolver un problema de gran trascendencia social.

Madrid, a tres de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Voto particular que formula el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer en la cuestión de inconstitucionalidad 2528/89

Estoy en desacuerdo con la opinión mayoritaria del Pleno, por estimar que existe una inconsistencia entre la afirmación del fundamento jurídico tres, de que es preciso examinar el art. 25.3 L.O.T. *in integrum*, y el fundamento jurídico cuatro, según el cual en este proceso constitucional el Tribunal no puede pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la calificación de servicio público aplicada a la televisión por cable de alcance local, ni sobre el vacío legislativo existente en cuanto a su desarrollo.

No cabe olvidar que el precepto legal, al establecer una excepción en favor de los videos comunitarios en sentido estricto, al mismo tiempo deja claro el sometimiento de otros videos comunitarios, como técnicamente corresponde, al régimen jurídico de la televisión por cable. El problema constitucional no lo plantea este sometimiento, a mi juicio constitucionalmente impecable, al igual que lo es el uso legal para ello del criterio de la utilización del dominio público, sino el efecto real que produce la innovación legislativa establecida en el art. 25.3 L.O.T., la ilegalidad sobrevenida de una actividad que antes de la L.O.T. había recibido alguna cobertura jurídica por



parte de la jurisprudencia (entre otras, SSTs de 17 de noviembre y 11 de diciembre de 1986; 21 de febrero, 6, 7, 10 y 13 de marzo, 21 de abril y 10 de julio de 1987).

En consecuencia, el precepto, dentro del contexto de la normación aplicable al medio, implica, no la mera sujeción a una concesión administrativa, que un ciudadano pudiera obtener en condiciones de igualdad con otros, sino una prohibición de esa actividad, que es ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 C.E., medida legal que exigiría el rango de Ley Orgánica, y además razones justificadoras de esa limitación dentro de una sociedad democrática. En mi opinión puede ser compatible con el precepto constitucional, aunque no sea la única opción posible, la consideración de servicio público y el sometimiento de la emisión televisiva a un régimen de intervención administrativa previa, pero ello siempre que existan razones que justifiquen suficientemente el sacrificio o la restricción del derecho fundamental. Lo que no considero constitucionalmente justificado es el resultado último a que lleva el art. 25.3 L.O.T., la prohibición de emisiones televisivas de carácter local y por cable, sobre lo que debería haberse pronunciado el Tribunal.

Madrid, a tres de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Voto particular que formula el Magistrado don Luis López Guerra a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2528/89

Discrepo de la resolución dada por el Pleno de este Tribunal a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2528/89, que, en mi opinión, debería haber sido contestada positivamente, estimando que el inciso «sin utilizar el dominio público», del art. 25.3 de la Ley 31/1987, vulnera lo dispuesto en el art. 20.1 a) de la Constitución, que garantiza el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones».

Mi discrepancia parte, primeramente, de la consideración de que la emisión de programas de video comunitario constituye, sin duda, un ejercicio del derecho mencionado que protege la comunicación, por cualquier medio de reproducción, de pensamientos, ideas y opiniones; derecho que no puede separarse de la emisión de programas de entretenimiento, información, o de otro género, como suelen ser los incluidos en los videos comunitarios. El carácter unitario de la expresión humana (que comprende, en un mismo enunciado, elementos de información, opiniones y creación artística) hace imposible aislar de la libertad de expresión manifestaciones concretas como la emisión de películas, o de espectáculos de cualquier tipo.

Pues bien, la regulación legal de la televisión viene a limitar considerablemente el ejercicio del derecho citado, sin cobertura, o habilitación constitucional para ello. En efecto, baste recordar que: a) cuando las instalaciones de video comunitario utilicen dominio público, quedan inmediatamente incluidas, ex art. 25.3, Ley 31/1987, en la categoría de «televisión»; b) la televisión tendrá siempre la consideración de servicio de difusión (art. 25.2 misma Ley), y la prestación en régimen de gestión indirecta de estos servicios requerirá concesión administrativa (art. 25.1 Ley citada), y c) la única regulación existente respecto a la concesión de servicios de televisión es la contenida en la Ley 10/1988, de Televisión Privada, que restringe las concesiones a tres, para la emisión de programas de cobertura nacional, a realizarse por sociedades anónimas. En otras palabras, para los videos comunitarios que utilicen el dominio público (mediante cables aéreos o subterráneos en suelo urbano, como en el supuesto de la cuestión 2528/89) se requiere concesión administrativa, pero no se prevé ni se habilita quién ha de concederla, ni en qué condiciones. No es sorprendente, por tanto, que la resolución del Gobierno Civil de Huelva en el caso que nos ocupa estimase que, al cruzar los cables del video comunitario la vía pública, y por ello necesitar



concesión administrativa, no fuera «factible el otorgamiento por razón del tipo de instalación».

Nos hallamos, pues -y en esto concuro con el Ministerio Fiscal- ante una laguna legal, pues nada se ha previsto respecto del tipo de comunicación que representan los vídeos comunitarios que utilicen dominio público. Ahora bien, esa laguna legal viene, de hecho, en el caso que ha dado lugar a la cuestión, y a la vista de las resoluciones del Gobierno Civil, a imposibilitar el ejercicio de un derecho fundamental, sin suficiente cobertura constitucional. La consideración de dominio público de un medio escaso como el espacio radioeléctrico (STC 12/1982, asunto «Antena 3, Sociedad Anónima») puede legitimar, para proteger derechos de otros, la supeditación del ejercicio de la libertad de expresión mediante emisiones por televisión a la existencia de una legislación ordenadora del medio. Pero el dominio público a que se refiere el artículo cuestionado, en el supuesto que ha dado lugar a la cuestión, es la vía pública, difícilmente estimable, a este supuesto, como un bien escaso; y no encuentro razón suficiente alguna para considerar que el ejercicio de un derecho fundamental, como el recogido en el art. 20.1 a) C.E. en su manifestación de emisión de programas de vídeo comunitario, deba quedar impedido, o en suspenso, hasta que el legislador estime oportuno regularlo. Pues una cosa es la conveniente y oportuna regulación de la utilización del dominio público mediante cables aéreos o subterráneos, y otra cosa muy distinta obstaculizar decisivamente el ejercicio de la libertad de expresión en tanto tal regulación se produce, cuando el trazado de cables para el vídeo comunitario no implica, por sí y ordinariamente, restricciones al derecho de expresión de los demás, ni agotamiento de un medio escaso de comunicación.

El inciso que se cuestiona, pues («sin utilizar el dominio público»), viene, ante la ausencia de regulación legal, a imposibilitar (desproporcionadamente respecto a los posibles bienes o intereses a tener en cuenta) el ejercicio de un derecho fundamental. Sin negar la conveniencia de una regulación de la materia, estimo, por lo señalado, que, hasta que ésta se produzca, no cabe sujetar al régimen de concesión previsto para la televisión a los videos comunitarios que utilicen el dominio público, en los términos del art. 25 de la Ley, pues ello implica la supresión del derecho del art. 20.1 a) C.E.: siendo la fórmula propuesta por el Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía la manera más simple y directa de evitar tal supresión. En consecuencia, estimo que el inciso citado debería ser considerado inconstitucional y nulo.

Madrid, a tres de octubre de mil novecientos noventa y uno.

### ***c) Tribunal Constitucional de Ecuador***

[TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ARGENTINA]<sup>6</sup>

RESOLUCION Nro. 0008-2002-CI

"EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL En el caso signado con el Nro. 0008-2002-CI

CONSIDERANDO:

Que, conforme lo prevé el artículo 276 número 5 de la Constitución Política, el Tribunal

Constitucional es competente para: “Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional”;

Que, el artículo 161 número 6 de la Constitución Política consigna que el Congreso Nacional aprobará o improbará los Tratados y Convenios Internacionales “que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley”;

Que, el artículo 162 de la Carta Política, en su inciso segundo dispone: “Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución”;

Que, el artículo 163 de la Carta Suprema, dice: “Jerarquía de los instrumentos internacionales.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”;

Que, el Presidente Constitucional de la República, doctor Gustavo Noboa Bejarano, ha puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional, por ser de su competencia el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Prostitución Infantil y la Utilización de niños en la pornografía”;

Que, consta del expediente el informe favorable del Procurador General del Estado, del Director General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Presidente de la Comisión de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional del Congreso Nacional;

Que, el bien supremo del Estado, constituye la vida y la integridad de las personas, y dentro de ellas y con mayor trascendencia y jerarquía, la de los niños y niñas ecuatorianos, y que sin embargo de ello, hay quienes insensibles y deshumanizados se aprovechan de la situación de ingenuidad e indefensión de los niños y niñas, atropellan su dignidad como personas y se benefician de su angustiante pobreza, sometiéndolos a la prostitución y pornografía, provocándoles traumas físicos y psicológicos y coartando su desarrollo integral;

Que, la Constitución Política del Estado en el artículo 16 preceptúa que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”;

Que, el artículo 48 señala: “Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás”;

Que, el artículo 49 dice: “Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten” y “El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley”;

Que, el artículo 50 prevé: “El Estado adoptará las medidas que aseguren a los niños y adolescentes las siguientes garantías:

1. Atención prioritaria para los menores de seis años que garantice nutrición, salud, educación y cuidado diario.
2. Protección especial en el trabajo, y contra la explotación económica en condiciones laborales peligrosas, que perjudiquen su educación o sean nocivas para su salud o su desarrollo personal.
3. Atención preferente para su plena integración social, a los que tengan discapacidad.
4. Protección contra el tráfico de menores, pornografía, prostitución, explotación sexual, uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas.
5. Prevención y atención contra el maltrato, negligencia, discriminación y violencia.
6. Atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados.
7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, y que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores”.

El artículo 51 consigna: “Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales”; y,

Que, el Código Penal en el Capítulo 11 del Título VIII, contempla “De los Delitos de Proxenetismo y Corrupción de Menores”; por tanto, tipifica y establece sanciones para este tipo de delitos.

Con estos antecedentes, en ejercicio de sus atribuciones;

RESUELVE:

1. Comunicar al Congreso Nacional, la total pertinencia de que nuestro país apruebe el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Prostitución Infantil y la Utilización de niños en la pornografía”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de mayo del 2000, y suscrito por el Ecuador el 6 de septiembre de 2002.

2. El Protocolo guarda plena conformidad con los mandatos consignados en la Constitución Política de la República, concretamente con la Sección 5, Título III, artículos 47 al 51 arriba puntualizados.- Notifíquese”.

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

## FUENTES CITADAS

- 1 PALMA VARGAS, María. El delito de pornografía Infantil en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 2003 pp 135-137.
- 2 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN SEGUNDA. Resolución: 2008-00308 San Ramón, a las quince horas treinta minutos del tres de julio de dos mil ocho.
- 3 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2004-00256. San José, a las diez horas veinticinco minutos del diecinueve de marzo de dos mil cuatro.
- 4 Sentencia 62/1982. Fecha de Aprobación: 15/10/1982. Recurso tipo: Recursos de amparo. Extraída de la página oficial del Boletín oficial del Estado de España. Visitada el 24/11/2009. Disponible en: [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0062](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0062)
- 5 Sentencia 189/1991.Fecha de Aprobación: 3/10/1991. Recurso tipo: Cuestión de inconstitucionalidad. Extraída de la página oficial del Boletín oficial del Estado de España. Visitada el 24/11/2009. Disponible en: [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1991-0189](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1991-0189)
- 6 Sentencia Nro. 0008-2002-CI. Tribunal Constitucional de Ecuador. Visitada el 24/11/2009 Disponible en: [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm\\_cont.nsf](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/admcon/adm_cont.nsf)