

**TIPO:** SENTENCIA

**REFERENCIA-NUMERO:** 62/1982

**FECHA-APROBACION:** 15-10-1982

**PUBLICACION-BOE:** 17-11-1982 [«BOE» núm. 276]

**SALA:** Sala Primera: Excmos. Sres. García-Pelayo, Latorre, Díez de Velasco, Begué, Gómez-Ferrer y Escudero.

**PONENTE:** don Rafael Gómez- Ferrer Morant

**RECURSO-TIPO:** Recursos de amparo.

**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 Handsyde- 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.**

#### **PREAMBULO:**

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 concordantes 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 del 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 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 resultado 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).

Planteada 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 circunscribirse 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 resultando 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.

**VOTO:**