



Manuel Camacho y de Ciria

# CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE PORNOGRAFIA Y LA REGULACION JURIDICA DE LA LIBERTAD DE EXPRESION

---

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. A) *La crisis de la normatividad*. B) *La función del Derecho*. C) *La libertad de expresión*. II. LA NOCIÓN JURÍDICA DE PORNOGRAFÍA. A) *El Derecho y el problema de la pornografía*. B) *Determinación del concepto*. a) Derecho comparado. b) Legislación española. C) *Problemática de la antijuridicidad*. a) El factor de mutabilidad. b) El llamado «valor social justificante». D) *Cuestiones ligadas a la tipicidad*. a) Los elementos descriptivos del tipo. b) Elementos normativos y subjetivos. III. CONCLUSIÓN.

---

## I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

### A) *La crisis de la normatividad*.

Es necesario, ante todo, situar el tema en el contexto en que emerge y se hace, en esta hora, especialmente problemático. Se ha repetido hasta el cansancio que el hombre está abocando —en medio de un tre-

pidante proceso de transformaciones vertiginosas— una era nueva de su vida histórica. Hay múltiples factores de todo tipo que inciden y condicionan el alcance y la intensidad del cambio y que radican —más allá y por encima de los síntomas y las consecuencias— en el origen mismo de las razones que lo generan. No es el momento de insistir, una vez más, en todo el entramado de concausas. Pero es evidente que, desde todos los ángulos de enfoque, tenemos el deber de plantearnos —haciendo nuestro el interrogante preocupado de un texto conciliar— de qué forma es posible favorecer el dinamismo y la expansión de la nueva cultura que alumbró —apoyada en la necesidad de indispensables y profundas reformas— sin que perezca la fidelidad viva a la herencia de los valores que nos sustentan <sup>1</sup>.

Todo un sistema cultural —el nuestro— se está cuarteando. Ha entrado en crisis el conjunto entero de conocimientos, creencias, costumbres, actitudes y hábitos que el hombre adquiere como miembro de la sociedad y que —como piensa Tylor <sup>2</sup>— constituye el entramado en que se asienta el andamiaje de la cultura; el haz de ideas tradicionales, históricamente generadas y seleccionadas y, especialmente, los valores vinculados a ellas que constituyen su núcleo esencial <sup>3</sup>. La conmoción a que se están sometiendo los cimientos de la convivencia social y de sus formas de manifestación —y cuyo signo fue bandera enarbolada, por ejemplo, en el Manifiesto de la Sorbona—, está negando —y combatiendo— la raíz misma del conjunto de valores y nociones fundamentales que sustenta el edificio de la civilización occidental. Hay una nota en este embate que marca la novedad del proceso de cambio actual y que reside en que su amplitud, profundidad y rapidez amenazan las estructuras hasta ahora perfectamente aseguradas y ponen en cuestión las concepciones universalmente recibidas <sup>4</sup>. Más allá del puro inconformismo, vemos dibujarse un conjunto de rasgos peculiares que configuran el esquema de lo que se llama «contracultura». Como escribe Roszak, «lo nuevo en la transición generacional en que nos encontramos es la escala a que se produce y la profundidad del antagonismo que revela; hasta el punto de que no parece una exagera-

1. Constitución *Gaudium et Spes*, 56 (7 de diciembre de 1965).

2. EDWARD B. TYLOR, *Primitive Culture: Research Into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art and Custom*, 2 volúmenes, Gloucester, Mass. 1871 (1958).

3. A. L. KROEBER y CLAY KLUCKHOHN, *Culture: Critical Review of Concepts and Definitions*, Harvard University Peabody Museum of American Archeology and Ethnology Papers. Volumen 47. N.º 1. Cambridge. Mass, 1952.

4. Véase PABLO VI, Encíclica *Populorum Progressio*, 6 (26 de marzo de 1967).

ción el llamar *contracultura* a lo que está emergiendo del mundo de los jóvenes», entendiéndolo por tal «una cultura tan radicalmente desafiliada o desafecta a los principios y valores fundamentales de nuestra sociedad, que a muchos no les parece siquiera una cultura, sino que va adquiriendo la alarmante apariencia de una invasión bárbara»<sup>5</sup>.

El huracán que esta invasión desencadena se lleva por delante —con un aliento de «subversión de la cultura tradicional, tanto en el aspecto intelectual como en el material»<sup>6</sup>— todo un mundo confiado de seguridades conceptuales, de sentimientos, ideas y certidumbres con apariencia de sólido enraizamiento. Hay un empuje primario, instintivo e irracional que acaso comporte un viento saludable de inquietudes y renovaciones; pero hay también, atizándolo, todo un conjunto de intereses, que apunta a propósitos muy definidos y a objetivos muy concretos.

Si el orden socio-cultural es un orden normativo, es evidente que su desquiciamiento o su derrumbe supone, como reflejo inmediato, el debilitamiento del esquema de normas que lo integra. La crisis social lleva consigo una crisis de normatividad, en cuyo contexto todo se hace posible. En pleno y desorientado desconcierto, no existen todavía normas que apuntalen el andamiaje vital del hombre o reemplacen a las que ya no tienen absoluta vigencia. La situación la acuñó hace ya muchos años Emile Durkheim<sup>7</sup>; el término —anomía— ha hecho fortuna y constituye un concepto importante de la ciencia social contemporánea, en el marco de las relaciones del individuo con la estructura normativa del sistema sociocultural en que está inserto. Se trata —para el autor citado— del «estado de un sistema social que hace que una determinada clase de miembros considere que el esfuerzo

5. THEODORE ROSZAK, *El nacimiento de una contracultura*, Kairós. Barcelona, 1973 (pág. 57). Son muy numerosos sus orígenes doctrinales y las corrientes intelectuales que nutren la actitud «contracultural» o van a confluír en ella: «podemos discernir —dice el mismo autor— una secuencia continua de pensamiento y experiencia que une en un haz la sociología socio-izquierdista de Wright Mills, el marxismo freudiano de Herber Marcuse, el anarquismo de terapéutica gestáltica de Paul Goodman, el misticismo apocalíptico de Norman Brown, la psicoterapia de origen zen de Alan Watts y, por último, el narcisismo, impenetrable y oculto, de Timothy Leazy...».

6. HERBERT MARCUSE, *Eros y civilización*, Editorial Seix Barral. (Biblioteca Breve de Bolsillo), Barcelona, 1968 (pág. 8).

7. Véase EMILE DURKHEIM, *Le suicide*, París, 1973; la primera edición de esta obra data de 1897.

para conseguir el éxito carece de sentido, no porque le falten facultades u oportunidades para alcanzar lo que desea, sino porque no tiene una definición clara de lo que es deseable: es una patología, no del sistema instrumental, sino del mismo sistema normativo colectivo»<sup>8</sup>. La quiebra de la norma incide, naturalmente, en el comportamiento; el comportamiento, la conducta, se desvía, se hace «anormal», y obstaculiza, por tanto, el proceso de integración de y en la sociedad<sup>9</sup>. Y de tal manera lo obstaculiza que, con frecuencia, se producen dentro del sistema social ámbitos grupales marginados o subordinados que generan, modelando socialmente los rasgos que perfilan la forma anómala de comportamiento en que sus componentes coinciden, peculiares formas de actuación que dan cauce a las expresiones de una «subcultura» o «cultura parcial» determinada<sup>10</sup>.

Alterado el proceso de integración, se agudiza de manera inevitable —ligada íntimamente, por tanto, a la crisis de la norma— la situación de conflicto; y cuando, como hoy, llega tal vez a un extremo límite la erosión normativa, el conflicto se empapa de tensión agresiva y presiona violentamente los supuestos básicos de la existencia de la colectividad. No nos sentimos ya naturalmente inmersos en ese per-

8. Véase TALCOTT PARSONS, *Emile Durkheim*, en «Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales». Aguilar. Madrid, 1975. Volumen IV; pág. 32. Véase también ROBERT K. MERTON, *Teoría y estructura sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1970.

9. «La anomía —dice ERNEST M. WALLNER (*Sociología. Conceptos y problemas fundamentales*, Herder, Barcelona, 1975; pág. 118)— encuentra su expresión en la conducta anómala, en las formas de antisocialidad y desamparo, en el delito y en el crimen; la conducta discrepante, como expresión consciente de un querer ser de otro modo, puede también desembocar en un deseo consciente de cambiar a través de una reforma o de una revolución, con nuevas normas, el grupo o la sociedad». ROBERT K. MERTON (*Contemporary Social Problems*, Harcourt, Brace and World, 1961), ha definido la conducta desviada como «una conducta apartada de forma significativa de las normas establecidas para las personas de acuerdo con su *status* social y que ha de relacionarse con las normas esencialmente definidas como apropiadas y moralmente obligatorias para personas de distintos *status*: citado por FRANCISCO ALVAREZ MARTÍN (en su trabajo *La teoría de la etiqueta y el concepto de conducta desviada*, en «Revista Española de la Opinión Pública», Madrid, número 39, enero-marzo 1975), quien subraya que el concepto de «conducta desviada» implica un apartamiento de las normas sociales en grado tal que provoque la acción del control social, por lo que debe ser de una cierta magnitud, que dependerá del nivel de tolerancia de la comunidad.

10. El término «subcultura», introducido en el pensamiento sociológico, entre otros autores, por Albert K. Cohen, hace referencia a un sistema propio de patrones de conducta y de valores de un grupo social determinado (Véase ERNEST M. WALLNER, *op. cit.*; pág. 179).

manente proceso universal de cambio que, como ha destacado Dahrendorf, afecta a todas las unidades de la organización social y llega a hacer del conflicto social una gran energía creadora, indispensable como factor de tal proceso y condicionante de su velocidad, su dirección y su radicalidad<sup>11</sup>; no se trata tan sólo, en su terminología, del desarrollo del «modelo de conflicto» que, con el «modelo de equilibrio», es componente constitutivo del doble cauce por el que transita la sociedad humana. La intensidad del ataque y del trastorno social que genera, al sobrepasar los niveles de la conflictividad necesaria, lleva al límite la carga perturbadora de «disfuncionalidad» que señala Merton, cuando el conflicto —desbordada la fase que él llama de *retreatism* dentro de los modos de adecuación del individuo a las estructuras sociales— apunta a la destrucción o la disgregación del sistema<sup>12</sup> y afecta, no ya a una sociedad determinada, sino al conjunto de valores y principios en que se asienta toda una civilización.

Este conjunto de valores y principios se articula —y las normas en que se basa el orden social lo llevan implícito— en un esquema de valores morales. En último término, todo se reconduce a una aventura humana, comprometida en la urdimbre de relaciones y estructuras sociales: el hombre es el protagonista de esa aventura, y comparece en ella con toda la carga de su condición y de su responsabilidad personal y social. El orden social humano es esencialmente un orden moral; toda cultura lleva en sí un sistema de moral y la moral, como «universal cultural», es esencial para la existencia de la sociedad; en todas las sociedades hay un núcleo común de valores culturales que proceden de su función ordenadora<sup>13</sup>. Por eso, lo grave es que la perturbación en que estamos sumergidos provoca, por encima de todo, una profunda crisis moral. Y, al saltar las barreras configurantes, el desorden social que se crea se proyecta también —y entramos así en los presupuestos concretos que aquí nos interesan— en lo que Giachetti, partiendo de sus propias coordenadas de pensamiento, llama «desorden socio-sexual»<sup>14</sup>; todos los que se llaman «tabúes burgueses

11. RALF DAHRENDORF, *Sociedad y libertad*, Editorial Técnos, Madrid, 1971 (Colección Semilla y Surco. Serie «Sociología»).

12. ROBERT K. MERTON, *op. cit.* Véase también LEWIS COSER, *The Functions of Social Conflict*, Londres, 1956.

13. Véase DAVID BIDNEY, artículo sobre la voz *Cultura; relativismo cultural*, en «Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales». Aguilar. Madrid, 1974. Volumen III; págs. 312-313.

14. ROMANO GIACHETTI, *Porno-power. Pornografía y sociedad capitalista*, Editorial Fontanella (Libros de confrontación. Serie Sociología: 7), Barcelona, 1976

del sexo» —montando un plan disgregador y disolvente sobre la base de lanzamiento de la razonable denuncia de actitudes hipócritas y estériles en el enfoque y el tratamiento del tema por una sociedad materialista y desmedulada— se atacan sistemáticamente tanto en los planteamientos teóricos de dimensión cultural, como en el terreno de los comportamientos sociales y en el discurrir de la vida diaria. A la problemática más rigurosa de los movimientos contraculturales y a las más radicalizadas posiciones de las «subculturas» viene a sumarse ahora, en todas sus múltiples manifestaciones, la violenta y caótica inquietud de los grupos más declaradamente «underground», rozando en ocasiones los linderos de las que Cohen resaltaba como características —«gratuita, maligna y destructiva»— de las «subculturas delincuentes»<sup>15</sup>. La «revolución sexual», que ya hace años delineaba Wilhelm Reich<sup>16</sup>, se inserta en el contexto general del «desorden», postulando la liberación de los instintos del aparato de las convenciones, y penetra en los componentes de la vida real: «las normas de vida, las costumbres, los hábitos, las relaciones sociales institucionalizadas y sus normas jurídicas o ideológicas»<sup>17</sup>.

Así, del horizonte amplísimo del orden moral pasamos a la perspectiva —importante, pero más acotada— de la moral sexual. El profesor López Ibor la ha definido como «el conjunto de normas socialmente aceptadas que regulan la conducta de los hombres en el aspecto sexual y recopilan las más variadas costumbres de las diversas sociedades de nuestro tiempo». El sesgo de relatividad que pudiera trans-

(págs. 59 ss.). Para él, este «desorden socio-sexual» nace de una situación en que la relación sexualidad-sociedad no es estable, pues se combinan elementos que informan, por una parte, el diagrama de la «cultura represiva de la sociedad capitalista» y, por otra, el que podrían aportar «otros elementos de protesta»: del contraste entre los dos «diagramas» —dice— «nace el desorden actual, la atracción-repulsión» (pág. 81).

15. ALBERT K. COHEN, *Delinquent Boys. The Culture of the Gang*, Glencoe, 1955 (citado por MARIO MAFFI, *La cultura «underground»*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1975. Ediciones de Bolsillo, 2 volúmenes).

16. W. REICH, *The Sexual Revolution*, New York, 1945. Una revolución sexual permisiva, como decía Peter Grosvenor, «es un prodigioso instrumento para lograr la destrucción de siglos de civilización»; por su parte, David Holbrook recuerda —y cita a este respecto los trabajos de J. D. Unwin sobre *Sex and Culture* y *Sexual Regulations and Human Behaviour*— que algunos sociólogos contemporáneos creen haber descubierto una relación entre relajamiento sexual y calidad de la civilización. (Véase *Pornografía. Informe Longford*, Ediciones Grijalbo, Barcelona, 1975; págs. 194 y 498).

17. GEORGES LAPASSADE y RENÉ LOURAU, *Claves de la Sociología*, Ed. Laia, Barcelona, 1974. Ediciones de Bolsillo; n.º 292.

parentar esta noción, al acusar los elementos del consenso social y de mutabilidad espacio-temporal, se reajusta cuando —páginas más adelante de la misma obra— se pone de relieve que «la vida sexual tomada en serio, sometida a la ética como contenido, sirve para construirnos como hombres» mientras que, en otro caso, «es aniquiladora de nuestra personalidad»; por eso, se concluye que «no todas las normas éticas de la sexualidad pueden adjetivarse como legítimas», sino las que se dirigen a una completa realización humana sin invocar únicamente razones de tipo social<sup>18</sup>.

Es aquí —en este delicado equilibrio— donde se articula el que la norma moral, orientada naturalmente a la persona como tal, está presente de modo necesario en su proyección social, con la función de cohonstar la dignidad ética de la vida humana y las realidades de un condicionante biológico natural y lograr un mecanismo compensado entre las fórmulas cerradas y rígidas de una conciencia social en trance de definitiva superación y las que, predicando la entera liberación del instinto sin traba alguna que lo encauce, desembocan en un erotismo como forma de subversión. Un planteamiento coherente del tema ha de partir siempre —como no hace mucho recordaba el profesor Botella Llusia— del hecho de que el sexo, en la especie humana, no se limita a cumplir una función reproductora; y que, en los planteamientos actuales de nuestra sociedad —y en ello ve la raíz de la sexualización progresiva a que asistimos— se acusan con vigor determinados componentes que es preciso tener en cuenta para una entera comprensión de todos los factores que inciden en la crisis de la moral sexual<sup>19</sup>. Es, en el fondo, una tesis cercana a la que en la misma ocasión defendía el profesor Rof Carballo al insistir en su distinción entre las dos formas de sexualidad íntimamente entrelazadas: lo que él

18. Véase *El libro de la vida sexual* (dirigido por JUAN JOSÉ LÓPEZ IBOR), Ediciones Danae, Barcelona, 1974 (págs. 135 y 217).

19. Véase JOSÉ BOTELLA LLUSIA, *Una interpretación biológica de la sexualización del mundo actual*; ponencia presentada en la Mesa Redonda sobre «La Pornografía», Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1976. Se refiere el autor, por ejemplo, a la función de mantenimiento de la pareja, a la característica de permanencia erótica o hipersexualidad del ser humano (sexo fisiológico), a la búsqueda de nuevas formas de sexualidad (sexo curioso), a la vertiente ocupacional estimulada por el ocio como nota peculiar de la civilización actual (sexo vicioso) o al signo de prevalencia social que a veces lleva consigo en muchas de sus manifestaciones facilitadas o alentadas por una sociedad permisiva y tolerante (sexo afirmativo); y añade incluso la faceta de la comercialización, que lleva hasta una auténtica explotación de lo sexual en este sentido.

llama «sexualidad diatrófica» —o tutelar— y «sexualidad procreativa»; para concluir que en toda relación sexual que no sea «diatrófica» se opera una «apersonalización» traumatizante de lo más hondo del ser humano<sup>20</sup>.

Pero el necesario tratamiento de la temática sexual sobre bases distintas está lejos de la sacudida revisionista que conmociona la validez de toda pauta moral de comportamiento individual o social. Ni los motivos que se aducen ni los factores que confluyen —por muy razonables o dignos de estima que puedan parecer en su formulación aséptica y en su bagaje teórico y doctrinal— pueden justificar el desbordamiento de todos los cauces. Hay algo más en todo ello: el propósito de hacer saltar los resortes morales últimos de una sociedad previamente masificada, deshuesada y sin efectiva capacidad de reacción. La posibilidad de manipulación más eficaz y más sencilla —porque va a favor de un instinto primario del ser humano e incide sobre el mediocre nivel cultural del hombre masa— está en actuar el mecanismo erótico: sobre estas bases y con estos fines se monta lo que Serge Tchakotine llamaría una «industria de manipulación de masas». El arma —en el límite extremo de la sexualidad distorsionada— es la pornografía. La presentación —dentro del marco de ideas de la «revolución sexual»— hace de ella un ingrediente más de un esquema de acción para superar el desorden socio-sexual «mediante el peso de una nueva cultura»<sup>21</sup>.

### B) *La función del Derecho.*

La presencia de nuevos planteamientos en la realidad social requiere del orden normativo un esfuerzo de acomodación; de otra parte, la crisis de los valores morales —y, concretamente, la vacilante aceptación de la vigencia de los que regulan sectores concretos de la convivencia humana— repercute a su vez en el desajuste de la realidad social. En esta encrucijada problemática se instala la función del derecho en una doble perspectiva que mira, respectivamente, a las vertientes sociológica y ético-filosófica. Desde el punto de vista de la

20. Véase JUAN ROF CARBALLO, *Bases biológicas de la sexualidad y su proyección antropológica*; ponencia presentada en la Mesa Redonda sobre «La Pornografía», Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1976.

21. ROMANO GIACHETTI (op. cit., pág. 88).

sociología jurídica, dice Elías Díaz<sup>22</sup> que los dos temas fundamentales son los de las «interrelaciones entre derecho positivo —sistema de legalidad— y sociedad» (es decir, constatación del derecho realmente vivido en una sociedad, análisis del substrato sociológico de un sistema jurídico y condicionamiento o influencia del derecho sobre la realidad social) y las «interrelaciones entre valores jurídicos —sistema de legitimidad— y sociedad» (es decir, constatación de los valores jurídicos aceptados en una sociedad, análisis del sustrato sociológico de esos valores y consideración de la influencia de los mismos sobre una realidad social dada y su sistema normativo positivo); en este segundo tema, estamos en un terreno axiológico, de «estimación jurídica» o de «valoración del derecho positivo». Esta doble función viene a corresponderse con las misiones que Legaz Lacambra atribuye también a la sociología jurídica: las de «determinar, describir y explicar los factores sociales que están tras las reglas jurídicas y los juicios de valores y representaciones de finalidad que son decisivos y causales respecto al nacimiento, existencia y desaparición de las reglas e instituciones jurídicas»; pero también la de «buscar los supuestos condicionantes del derecho», y no sólo los socio-económicos, políticos u otros de índole análoga, sino asimismo los espirituales, considerando su dependencia de las «valoraciones éticas y representaciones religiosas, en cuanto que también éstas son hechos sociales que producen su efecto»<sup>23</sup>.

Hay, pues, un mundo de valores orientando al ordenamiento normativo en su función conformadora de la realidad social, sobre los que se despliega el factor de permanencia que comporta el esquema de principios del orden moral<sup>24</sup>. Cuando se habla de aceptación o rechazo social de los valores morales vigentes en una sociedad, no puede pensarse en la negación por el hombre de aquellos en que se integran los componentes esenciales de su propia naturaleza. Existe un

22. ELÍAS DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Tauros, Madrid, 1976, págs. 209 ss.; y, anteriormente, en su trabajo *Sociología jurídica y concepción normativa del Derecho*, en «Revista de Estudios Políticos», Madrid, N.º 143, septiembre-octubre de 1965.

23. LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Concepto y función de la Sociología jurídica*. En «Revista Española de Sociología», Madrid, N.º 0, abril de 1964 (citado por Elías Díaz, *op. cit.*).

24. «La Filosofía del Derecho —dice JOSÉ CORTS GRAU (*Curso de Derecho Natural*, Editora Nacional, Madrid, 5.ª edición, 1974; pág. 44)— será la búsqueda racional de los principios universales del orden jurídico, bajo el signo de aquellos caracteres ya asignados a toda filosofía».

núcleo de valores inmovibles —que constituyen lo que se llama moral social, porque están inseparablemente unidos a la esencia misma de la vida y convivencia social— y, con rango subordinado, un aparato de normas y reglas —cambiante con la moviediza condición de las relaciones sociales concretas en un tiempo y lugar determinados— que traducen y adaptan esos valores a la variabilidad de las circunstancias y, con este alcance, se incorporan a la moral social en función complementaria, contingente e instrumental. El orden jurídico queda así ligado al orden moral para asumirlo en lo intangible, incorporándolo y positivizándolo, y para referir a él, haciéndolos operativos, los reajustes y remodelaciones que requieran las formulaciones nuevas que la realidad va imponiendo, en cada sistema social, para su aplicación concreta; porque «el orden moral —como recuerda Desantes— no es un factor limitativo sino un factor de progreso del derecho»<sup>25</sup>. La capacidad de reacción del derecho para corregir el distanciamiento entre la realidad social y el esquema moral que la informa será la única posibilidad válida de superar la crisis de la normatividad.

En cuanto a nosotros nos interesa en este momento, el Derecho se encuentra ante una serie de hechos y de comportamientos —insertos en la realidad social de hoy— en pugna con el esquema de valores y principios éticos que impregnan el conjunto de pautas y condicionamientos culturales sustentadores de nuestro propio sistema social. Conductas y relaciones que discurrían por un curso trazado de reglas morales socialmente aceptadas han desbordado los cauces y están batiendo las últimas compuertas. La función del derecho es la de dirigir las de nuevo por caminos naturalmente transitables, salvando, recogiendo y reincorporando el núcleo central inmovible del que eran reflejo. La norma jurídica tiene ante sí la tarea de señalar los límites del orden moral que no pueden transponer en ningún caso las nuevas fronteras de la moralidad sexual.

En este sentido —y citamos de nuevo a Desantes<sup>26</sup>— la pornografía es un caso límite en el tema de la moral sexual: la pornografía —dice— es «radicalmente inmoral»; es «una mixtura de obscenidad y degradación humana», cuya proyección externa le da una transcendencia pública con la que alcanza su máximo grado de incidencia. El orden jurídico, ante este fenómeno generalizado que crece como una marea implacable, ha de alzar ineludiblemente la valla de la norma;

25. JOSÉ MARÍA DESANTES, *La función de informar*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1976. Colección Ciencias de la Información (pág. 230).

26. JOSÉ MARÍA DESANTES, *La función de informar*, cit. (pág. 239).

porque, al atacarse un bien jurídico en su dimensión social, se ha alcanzado el nivel en que —mucho más allá de los comportamientos sexuales individuales, que pertenecen en exclusiva al área de la conducta y la conciencia privadas a cuya perturbación moral es ajeno el derecho —se han puesto en juego los dos valores cuya protección está en la esencia misma del derecho: el bien común de la colectividad y el ámbito de libertad en que se articula el ejercicio de los derechos de los demás<sup>27</sup>.

Se trazan así las coordenadas que marcan el campo en que ha de entenderse inserta la noción de libertad. No cabe escudarse en el respeto debido a la libertad para instalar en él el basamento de la «liberación sexual». El hombre es libre —desde el punto de vista jurídico— para decidir sobre la «liberación» de sus impulsos instintivos. Pero el hombre está integrado en una sociedad y convive o coexiste en ella con los demás hombres. Si sus decisiones —libremente adoptadas— trascienden de la esfera de su intimidad, está interfiriendo —y acaso agrediendo— las libertades de los otros, de cuyo equilibrado engranaje resulta el orden común de convivencia social.

El mero enunciado de esta doble consideración está planteando ya el problema de los límites: desde las viejas formulaciones del Derecho romano, la idea de limitación subyace en la propia esencia de la noción de libertad. La necesidad de proteger la libertad y de no suprimirla impone al derecho la obligación de operar restricciones limitativas en aquellas zonas en que —en el ejercicio de los derechos— entran en colisión entre sí las libertades de los miembros de la comunidad. Es evidente que, como ha escrito ajustadamente Cantarano —hablando del concepto genérico de libertad como pórtico del análisis concreto de la libertad de expresión—, «las distintas esferas jurídicas, en la multiplicidad de las relaciones que se entrecruzan en una ordenada convivencia civil, sólo pueden coexistir y armonizarse limitándose recíprocamente»; no cabe, por tanto, «una libertad entendida como abstracción absoluta, como poder ilimitado del individuo, que degeneraría en la arbitrariedad»<sup>28</sup>. En fin de cuentas, la libertad,

27. Como se dice en la *Declaración Dignitatis humanae*, 7 (7 de diciembre de 1965), en el uso de todas las libertades hay que observar el principio moral de la responsabilidad personal y social; en el ejercicio de los derechos, la norma moral ha de tener en cuenta los derechos ajenos y los deberes para con los demás y el bien común.

28. CASIODORO CANTARANO, *Regime giuridico della stampa*, Stamperia Nazionale, Roma, 1960; pág. 24.

para decirlo con las palabras de la Constitución francesa de 1793, es «la facultad en virtud de la cual se permite hacer al hombre todo aquello que no ofenda a los derechos de los demás»<sup>29</sup>.

En este punto, una doble consideración nos lleva a ajustar más nuestro punto de mira. De una parte, el tema que nos hemos propuesto —al discurrir sobre lo que debe entenderse por pornografía en la perspectiva del derecho— se enmarca concretamente dentro de los límites que se refieren a su relevancia para la normativa reguladora de la libertad de expresión. Pero por otra, y aunque así no fuera, la reflexión sobre el conjunto de cuestiones que se plantean nos llevaría inevitablemente al mismo terreno. Lo que interesa al derecho al enfrentarse con «lo pornográfico», como tratamiento peculiar y exacerbado de la problemática del sexo, es precisamente lo que tiene de ataque a la moral sexual colectiva. Por ello, lo que importa en este momento al derecho es la contemplación de los actos y las conductas en lo que tienen de expresión exteriorizada y, en consecuencia, de potencia invasora de la intimidad de los demás y del terreno de convivencia común. Y al operarse dicha exteriorización, fundamentalmente, a través del fabuloso poder de difusión de los diversos medios actuales de comunicación social, y al ser éstos los vehículos técnicos que sirven de cauce a la expresión de ideas y opiniones, la pura encadenación lógica del razonamiento nos lleva, de manera insensible, desde la contemplación de la libertad en su más amplio y genérico contenido a la consideración específica de la libertad de expresión. Porque es precisamente en el terreno de la regulación jurídica del ejercicio del derecho a la libertad de expresión donde se mueven, con sus múltiples condicionantes, los planteamientos más significativos del tema.

### C) *La libertad de expresión.*

«La libertad —escribe Corts Grau— no es un desentenderse de las normas, sino la liberación de ciertas presiones inferiores en virtud de normas superiores; en definitiva, la afirmación de la propia espiritualidad; la razón postula un tipo de libertad ajustada a la índole de esa razón»<sup>30</sup>. Estas palabras, que vienen a resumir todo lo anteriormente dicho en torno al problema, son perfectamente aplicables al sector concreto de la libertad de expresión. Si frente al concepto

29. Párrafo 6.º de la Declaración de los Derechos del Hombre.

30. JOSÉ CORTS GRAU, *op. cit.*, pág. 346.

puramente permisivo y formalista de la libertad es preciso subrayar su significación positiva y finalista<sup>31</sup>, parece incuestionable que estos caracteres se acusan en un terreno de singular trascendencia para el armónico desarrollo de la vida social. Por ello, la exigencia de limitación, esencial a la idea de libertad, se plantea aquí de forma generalmente admitida.

Superado el momento en que la proclamación de la entonces todavía llamada libertad de prensa —ligada a las libertades intelectuales o de pensamiento— se establecía en la ámbito de las que Duverger<sup>32</sup> inscribe en la categoría de las «libertades-oposición», como freno a la acción de los gobernantes, la evolución posterior va determinando el que esa propia acción se postule incluso como necesaria para asegurar el ejercicio mismo de las libertades reconocidas. La realidad es que una serie de condicionantes de otra índole —y principalmente de carácter económico— han ido presionando el área de esta libertad —concebida inicialmente como una posición de resistencia al poder— hasta convertirla en lo que, en término acuñado por la terminología doctrinal marxista, se ha llamado una «libertad formal»; es decir, una pura formulación vacía de contenido. Se ha modificado sustancialmente, de esta forma, el contenido de las libertades tradicionales; y así, vivificada por los nuevos planteamientos, la primigenia libertad de prensa se ha convertido en la libertad de expresión de nuestros días, más actuante y dinamizadora. Porque, como señala Raymond Aron, «cuanto más aparecen las libertades reales, con razón o sin ella, como parte integrante de la libertad, más importante es subrayar que las libertades llamadas formales, personales o políticas, lejos de ser ilusorias, constituyen indispensables garantías para la impaciencia prometeica o la ambición totalitaria»<sup>33</sup>.

Pero, de una manera o de otra, el ejercicio de la libertad de expresión no es concebible como un derecho ilimitado. Desde sus primeras

31. «La libertad —escribe CORTS GRAU (op. cit.; pág. 344)— mantiene un sentido y un nervio teológico que condiciona en todo caso su ejercicio». En la misma línea, escribía hace años CARLOS RUIZ DEL CASTILLO (*Manual de Derecho Político*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1939; pág. 347) que «la libertad no radica en una inexistencia de fines: sería una libertad moviéndose en el vacío»; y añadía que «la libertad hace suyos los fines que han de realizarse, los cumple con voluntad consciente y elige los medios más aptos».

32. MAURICE DUVERGER, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel, Caracas-Barcelona, 1962.

33. RAYMOND ARON, *Ensayo sobre las libertades*, Alianza Editorial, Madrid (Colección «El Libro de Bolsillo», n.º 3, 1966); pág. 227.

expresiones jurídico-formales, la idea de limitación ha ido unida a su formulación misma: la contrapartida al derecho reconocido a la libre comunicación de pensamientos y de opiniones estuvo ya en la exigencia de responder a todo posible abuso «en los casos determinados por la Ley»<sup>34</sup>. En lo sucesivo, desarrollando esta remisión genérica —y acercándonos en mayor medida al tema que tratamos— aparece también, a todos los niveles jerárquico-legales y con una vigorosa tendencia de generalización, la mención concreta al orden moral y a los derechos y libertades de los demás como elementos delimitadores de los límites. El respeto a los principios informadores de carácter moral y a las libertades ajenas acota un terreno condicionante del ejercicio de la libertad de expresión y determina la normativa que lo regula y, en consecuencia, que establece el régimen jurídico de los medios de comunicación social, como cauce de manifestación de esta libertad.

En el ámbito de las Declaraciones de carácter internacional, tales limitaciones se recogen de manera expresa: así se manifiesta, sucesivamente, en la Declaración Universal de Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948<sup>35</sup>, en la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950<sup>36</sup> y en los Proyectos de Convención y Declaración sobre la libertad de información sometidos en 1960 por la Tercera Comisión y el Consejo Económico y Social a la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>37</sup>. Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de

34. Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 11); la libertad de prensa había sido ya establecida en las Declaraciones anteriores de Virginia y Pensilvania (1776), Massachusetts (1780) y Delaware (1782).

35. Tras proclamarse en el artículo 19 que «todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión», el artículo 29 establece 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 a *los derechos y libertades de los demás* y de satisfacer las justas exigencias de *la moral*, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

36. Se refiere al tema el artículo 10; en su párrafo 1.º determina el derecho de toda persona a la libertad de expresión y, en el párrafo 2.º, admite que el ejercicio de esta libertad, que lleva implícitos deberes y responsabilidades, puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la Ley y que «constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática», por una serie de razones, entre las que figuran la protección de *la moral* y de *los derechos de los demás*.

37. El artículo 2.º del proyecto de Convención afirma que el ejercicio de las libertades cuya regulación se propone «compорта deberes y responsabilidades; sin embargo, sólo puede estar sometido a las restricciones necesarias claramente defi-



diciembre de 1966, que acaba de ser ratificado por España, tras proclamar, en su artículo 19, que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión», puntualiza que el ejercicio de este Derecho entraña deberes y responsabilidades especiales y puede estar sujeto a las necesarias restricciones para asegurar, entre otros fines, la protección de la «moral pública».

Queda sancionado de esta forma, a nivel internacional, el valor universal de los principios que en las indicadas limitaciones se consagran. La mención genérica a la moral supone la remisión a un ordenamiento total, iniciando así el proceso de positivización de sus normas a través de las jurídicas de rango jerárquico descendente. Ello supone un mandato de posterior integración en las normas constitucionales de los Estados para obtener su actuación legal. Pero lo importante es que, en la más alta instancia del consenso entre los mismos, se encomienda a los respectivos sistemas jurídicos la protección y salvaguarda de los valores éticos: se hace patente, con ello, una obligación de la autoridad civil, que se requiere, por otra parte, en continuadas declaraciones en este sentido de documentos pontificios<sup>38</sup>. Obligación que, en este orden de ideas —y en lo que ya concretamente se refiere al tratamiento legal de la obscenidad dentro del campo de la moral sexual—, plantea el problema —doctrinal y jurisprudencialmente suscitado en algunos países— de la posible inconstitucionalidad de las disposiciones restrictivas de la libertad de expresión en ese sector determinado, cuando no existe a tal efecto, para apoyarlas, una formulación explícita en las normas fundamentales.

nidas por la ley y aplicadas de conformidad con ella». Es en el artículo 4.º del proyecto de Declaración donde se alude específicamente a «las limitaciones establecidas por la Ley para asegurar el reconocimiento y respeto de *los derechos y libertades de los demás* y satisfacer las justas exigencias de... *la moralidad...*»

38. Pío XII, por ejemplo, en la Encíclica *Miranda Prorsus*, 38-40 (8 de septiembre de 1957), subrayaba la obligación de los gobernantes de vigilar los medios de difusión, no solamente para la defensa de los intereses políticos, sino para salvaguardar la moralidad pública, cuyas primeras y fundamentales formulaciones son normas de ley natural. La misma idea llega hasta el Decreto *Inter mirifica*, 12 (4 de diciembre de 1963), sobre los medios de comunicación social, donde se insiste en que la autoridad pública, a la que incumben peculiares deberes en razón del bien común al que estos instrumentos se ordenan, «tiene el deber de procurar, justa y celosamente, mediante la oportuna promulgación y diligente ejecución de las Leyes, que no se dañen las costumbres y el progreso de la sociedad por el mal uso de estos medios», para cuya recta utilización «es absolutamente necesario que todos los que se sirven de ellos conozcan y lleven a la práctica en este campo las normas de la ley moral» (4). A la función de los gobernantes se refiere también la Instrucción pastoral *Communio et Progressio* de 23 de mayo de 1971 (parágrafos 63, 86 y 87).

Es interesante, a este respecto, la postura de las decisiones judiciales norteamericanas, sobre todo a partir de la recaída en el caso *Stanley v. Georgia* en 1969<sup>39</sup>. Cuando la Comisión encargada de estudiar la libertad de prensa elaboró en 1947 su conocido informe<sup>40</sup>, consideró que la evolución de los tiempos había alterado el sentido de las Enmiendas a la Constitución, en cuanto lo que inicialmente tendía a proteger la libertad del informador frente a las presiones gubernamentales se transformaba en protección de la libertad de los lectores y la sociedad frente a los abusos de la prensa; se conjugaba, desde este punto de vista, lo establecido en la Enmienda I, que prohíbe la promulgación de Ley alguna en que se menoscabe la libertad de palabra o de prensa, con el contenido de la Sección I de la Enmienda XIV que determina análoga prohibición para disposiciones que vayan en detrimento de los derechos o libertades de los ciudadanos. En estos criterios parece inspirarse el sustentado en la famosa decisión judicial del caso *Roth* cuando, al argumentar sobre los requisitos para la existencia de un «valor social justificante» que se entienda digno de estimación y aplicabilidad<sup>41</sup>, sentó la doctrina de que en la historia de la Enmienda I está implícita «*the rejection of obscenity as utterly without redeeming social importance*». El tecnicismo jurídico consistía, por tanto, en la afirmación de que el precepto constitucional protege solamente aquellos casos en que existe un «valor social», supuesto que no puede darse cuando concurren circunstancias que califican como obsceno al material de que se trate; por cuya razón la obscenidad no está dentro del área de protección constitucional en materia de libertad de palabra y de prensa. Pero la decisión *Stanley v. Georgia* rompe con esta norma establecida sobre el tratamiento legal de la obscenidad<sup>42</sup>. En sus términos, se afirma que no es posible negar esta

39. Véase PAUL BENDER, *Implications of Stanley v. Georgia*, en «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», U. S. Government Printing Office, Washington D. C., 1971, Volumen II: «Legal Analysis»; págs. 28 y ss.

40. *A free and responsible Press*; Informe de la «Commission on Freedom of the Press», University of Chicago Press, Chicago, 1947.

41. Más adelante analizaremos detenidamente esta teoría en cuanto a los supuestos de incriminación de material considerado obsceno o pornográfico.

42. El criterio de la «inconstitucionalidad» venía abriéndose paso en las resoluciones anteriores y, aunque no llegara a manifestarse en las decisiones finales, en tres importantes casos fallados en el año 1966 se dejaron sentir las opiniones de los jueces discrepantes manifestadas en los correspondientes dictámenes. Entre otros ejemplos, MANUELA ALVAREZ RUIZ (*La prensa norteamericana*, en «Revista Española de Documentación», Madrid, N.º 7, octubre-diciembre 1966; págs. 92 y 93) cita las afirmaciones de los jueces Hugo Black y William Douglas —«la primera



protección, ya que no puede desconocerse el derecho del individuo a recibir cualquier información y a no soportar, salvo en especialísimas circunstancias, ingerencia alguna del Gobierno en su vida privada. La afirmación primordial del dictamen, desde el punto de vista de fondo, es que toda la herencia constitucional norteamericana se rebela ante la idea de dar al Gobierno «el poder de controlar las mentes de los hombres». Sin embargo, la tesis de la inconstitucionalidad, tan rigurosamente mantenida, cede cuando se plantea el tema concreto de la «distribución pública» del material obsceno; en este punto, se acepta en absoluto la argumentación y las conclusiones de la decisión *Roth*. Es claro que, en todo caso, su admisión no se compagina fácilmente con los presupuestos aducidos en torno a los prevalentes derechos del individuo, que serían igualmente coartados, tanto en el plano teórico como en el práctico, con una amplia restricción de las actividades distributivas. Pero aquí se invocan, para basar la excepción necesaria y la exigencia de un control legal, dos tipos de razones en las que, por otra parte, nos extenderemos luego, al analizar la problemática del tratamiento jurídico de la pornografía en relación con el sujeto pasivo o receptor: de un lado, el peligro que supone que el material obsceno distribuido pueda caer en manos de menores; de otro, que una exhibición pública implique una ofensa para la sensibilidad o una intromisión en la intimidad del público en general. En resumen, pues, se advierte que, aun en estos planteamientos rigurosos de amparo y mantenimiento a ultranza de la libertad de expresión en toda su pureza, se hace preciso arbitrar un último reducto en que encastillar la defensa de los intereses amenazados por el material de carácter obsceno o pornográfico.

El tema se ha planteado también en otros países. En Italia se ha polemizado sobre la posible anticonstitucionalidad de los preceptos del Código Penal que se refieren a las actividades obscenas, así como del art. 14 de la Ley de Prensa de 1948, en relación con lo dispuesto en los artículos 3 y 21 de la Constitución, de los que resulta formulado el derecho de manifestar libremente el pensamiento con la palabra, por escrito o cualquier otro medio, y la prohibición de imposición de censura; la jurisprudencia, sin embargo, ha señalado repetidamente que la duda sobre la legitimidad constitucional de las disposiciones penales

Enmienda constitucional protege todas las formas de expresión, incluyendo la obscenidad, que no incite conducta antisocial— y de los jueces John Harlan y Potter Stewart —«en la sociedad libre a que nos obliga nuestra Constitución, cada hombre debe escoger por sí mismo»—.

es manifiestamente infundada, ya que la delimitación de la noción de la obscenidad del artículo 529 del citado Código objetiviza el concepto y, por otra parte, los supuestos previstos en el artículo 528 no suponen en ningún caso interferencia en la libertad de manifestación del «propio pensiero» que la Constitución consagra<sup>43</sup>. En Alemania, el problema se presenta cuando los valores literarios, artísticos o científicos aparecen en pugna con la calificación de obscenidad de la obra, ya que la Constitución garantiza la libertad del arte, la ciencia y la investigación sin restricción ni limitación alguna, lo que suscita una cuestión de colisión de normas en el tratamiento constitucional de la libertad de expresión.

Por consiguiente, la enseñanza que se obtiene de cuanto hemos indicado es la de que en las legislaciones de la casi totalidad de los países —ya a nivel de normativa constitucional, ya de disposiciones generales de carácter penal o de específica regulación de los medios de comunicación social, y especialmente de la prensa— se entiende que el respeto a las exigencias de la moral, reflejadas en este caso sobre todo en la proyección pública de la moralidad sexual, y a los derechos de los demás han de considerarse como limitaciones de la libertad de expresión. Tanto en uno como en otro supuesto incide la cuestión concreta de las obras o actos de carácter pornográfico, cualquiera que sea la forma y el medio a través del cual se manifiesten. En primer término, porque tales actividades corresponden por entero al mundo de la moral sexual; y, de otra parte, porque conllevan una permanente agresión a libertades y derechos ajenos y al orden social de convivencia. Por ello, y además de esta invocación a la esfera total del orden moral, son escasísimos los ordenamientos jurídicos en que no se encuentran normas reguladoras de la pornografía o de la obscenidad.

No cabe, pues, defender la pornografía en nombre de la libertad de expresión. Hacerlo así, como escribe Frederick Catherwoop, sería tanto como «degradar el conjunto estructural de la dignidad humana»<sup>44</sup>. Y ello es tan innegable que incluso podríamos plantearnos con

43. Véanse sentencias de 20 de diciembre de 1970 y 18 de mayo de 1972, citadas por CASIODORO CANTARANO, en *Códice della legislazione sulla stampa*, Stameria Nazionale, Roma, 2.ª edición, 1976; pág. 128.

44. Véase *Pornografía. Informe Longford*, cit.; pág. 165. JUAN XXIII —en su discurso *Siamo particolarmente*, 11.12 (8 de diciembre de 1959)— decía que «no puede ser lícito a la prensa, bajo el pretexto de que debe ser libre, atentar sistemáticamente contra la salud moral de la humanidad»; y en la Encíclica *Humanae*

Desantes si la razón última del rechazo jurídico de la pornografía no está más allá de la estimación de las limitaciones éticas de la libertad de expresión y de información; porque al ser la pornografía intrínsecamente inmoral, su efecto no es ya el simplemente limitativo, sino el radicalmente motivador de un «no ser»: la pornografía es «una desvirtuación de la información tan grave, en el orden moral, como la información falsa; la pornografía informativa no es información, sino menos información, una forma negativa de la información»<sup>45</sup>.

## II. LA NOCIÓN JURÍDICA DE PORNOGRAFÍA.

### A) *El Derecho y el problema de la pornografía.*

Las ideas anteriormente expuestas nos han llevado a concluir que es deber del Estado encuadrar y disciplinar, dentro de una normativa jurídica, todas estas formas y manifestaciones obscenas y pornográficas en que culmina el proceso de relajamiento de las pautas de moralidad sexual. Ya hemos visto que no cabe aducir, para oponerse a ello, razones basadas en el respeto a la libertad de expresión y a los componentes —derecho de y a la información, derecho de difusión de informaciones y opiniones— que integran su concepto. Tampoco es válido el argumento de que la intervención estatal, a través del derecho, supone una ingerencia opresora en el área de libertad del individuo, porque no se ejercita en la esfera de la autonomía personal, sino en la esfera social en que tales manifestaciones se proyectan. «Cuando la ingerencia del Estado —escribe Desantes<sup>46</sup>— no se lleva a cabo en el comportamiento individual, sino en unos resultados objetivos de tal comportamiento, destinados a tener una influencia masiva, la actitud del Estado, sea o no explícitamente declarada en la Ley, no puede ser pasiva».

*Vitae* (22) se escribe que «en vano se trataría de buscar justificaciones... aduciendo como argumento la libertad concedida en este campo por las autoridades públicas».

45. JOSÉ MARÍA DESANTES, *La función de informar*, cit.; pág. 230. El texto citado enlaza con la tesis mantenida por el autor en dicha obra (págs. 221 y ss.), en relación con la función del superior orden moral en la estructura interna de la información; tesis ya contenida, aunque no desarrollada en este aspecto, en su libro *La verdad en la información*, Valladolid, 1976.

46. JOSÉ MARÍA DESANTES, *La función de informar*, cit.; pág. 223.

Sin embargo, el planteamiento actual para operar lo que se ha llamado «descriminalización» de la pornografía apunta precisamente a esos resultados objetivos del comportamiento. El experimento danés que, formalizando la elevación de los niveles de tolerancia, ha desembocado en la práctica abolición de todas las restricciones legales, se basa principalmente en el criterio de que no existe una relación causal —de tal grado que justifique la adopción de medidas restrictivas o represivas— entre la exposición al impacto del material pornográfico y la conducta antisocial o delictiva<sup>47</sup>; a la misma conclusión llegó el Comité sueco, que realizó un estudio similar, en su informe de 1969. Por otra parte, y para reforzar esta tesis, se argumenta que, a partir de la puesta en práctica de las nuevas medidas liberalizadoras danesas, no solamente no se ha observado aumento en los índices de criminalidad, sino que ésta ha disminuido en las figuras delictivas más directamente afectadas por un posible nexo causal; en este sentido se pronuncian, por ejemplo, el Informe de la «Commission on Obscenity and Pornography» norteamericana de 1970<sup>48</sup> o el emitido por un Comité del

47. El argumento de la falta de evidencia —que se pone de manifiesto a lo largo de la práctica judicial— de los efectos nocivos de la pornografía se esgrimió esencialmente en el informe emitido en 1966, a solicitud del Ministerio de Justicia danés, por el Comité de Legislación Penal encargado de estudiar el tema. Como consecuencia de dicho informe, y de la propuesta que con él se elevó, a través de sucesivas modificaciones de las disposiciones penales adoptadas en 1967 y 1969, han quedado suprimidas las prescripciones anteriores, contenidas en la Sección 234 del Código Penal, lo que ha implicado, en consecuencia, la denuncia por Dinamarca del Convenio Internacional de Ginebra de 1923 sobre Represión de la Circulación y Tráfico de Publicaciones obscenas (véase, en relación con el tema, KNUD WAABER, *Denmark, Sweden and Norway*, en el «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», cit., volumen II, págs. 127 ss.; ANTONIO E. GONZÁLEZ DÍAZ-LLANOS, *Los límites de la libertad de expresión en Dinamarca*, en «Revista Española de la Opinión Pública», Madrid, N.º 45, julio-septiembre 1976, págs. 214 ss.; JOSÉ ANGEL CASTRO FARIÑAS, *Pornografía, Erotismo y Derecho*, ponencia presentada en la Mesa Redonda sobre «Pornografía», Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1976). Véase también *Pornografía. Informe Longford*, cit. págs. 122 ss.

48. En las recomendaciones finales del informe se dice que «las investigaciones llevadas a cabo han demostrado que no puede afirmarse que la pornografía sea una causa decisiva en la difusión de la delincuencia, tanto sexual como común», y que «no se tienen pruebas de la suposición de que la divulgación de materiales sexuales deba producir un descenso en el nivel moral de la nación» (Véase texto de las recomendaciones de la Comisión en ROMANO GIACHETTI, *op. cit.*; págs. 301 ss.). El informe, publicado el 30 de septiembre de 1970, fue rechazado por amplia mayoría en el Senado el 13 de octubre siguiente.

«Arts Council» británico en 1969<sup>49</sup>, que rechazan también el efecto adverso del material obsceno sobre las pautas de conducta.

Pero, no obstante todo ello, la realidad de los hechos viene a demostrar que, aun propiciándose radicalismos extremos en el tratamiento legal del tema, se conservan siempre —como ya vimos al hablar de la jurisprudencia norteamericana— prohibiciones jurídicas relativas al material obsceno o pornográfico. A pesar de la continuada elevación del techo de permisividad y de la derogación casi absoluta de la normativa penal, Dinamarca sigue manteniendo dos supuestos en que las restricciones subsisten —venta de material obsceno a menores de dieciséis años y envío a domicilio de dicho material a personas que no deseen recibirlo— al amparo de la protección legal que se debe a la infancia y la juventud o al reducto de la intimidad individual; y aún continúan en vigor numerosas disposiciones que —al regular distintas materias: exhibición pública o distribución en lugares públicos, medidas y acciones policiales, envíos postales a países que hayan suscrito la Convención Postal Universal, cuestiones aduaneras o fiscales, derechos de asociación o reunión— contienen prohibiciones jurídicas relativas a la pornografía que ofrecen posibles instrumentos de actuación. El caso de Suecia —donde no se ha llegado tan lejos como en Dinamarca desde el punto vista legal— sigue una línea muy análoga a partir de la «descriminalización» de 1970.

Todo ello indica que no es tan absoluta la conclusión de la inocuidad del impacto pornográfico en los comportamientos individuales y sociales. Como se ha puesto de relieve en las conclusiones del Informe Longford, nadie puede negar que muchas veces puede demostrarse «la existencia de una conexión entre pornografía y conducta, ya sea promiscua, desviatoria o agresiva»; aun en Dinamarca —se subraya— «se reconoce que la pornografía es, al menos, dañina para los vulnerables y, en consecuencia, no resulta intrínsecamente inocua»; y existen «muchísimas pruebas que demuestran que *a veces* hace daño, que *puede* hacer daño»<sup>50</sup>.

49. Se estima en dicho Informe (Conclusiones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>) que el Estado sólo puede prohibir a los ciudadanos la elección en materia de arte o literatura, cuando exista clara evidencia de que el resultado sería perjudicial para la Sociedad; y se afirma que tal evidencia no existe, por lo que no puede afirmarse categóricamente que el tema del sexo en el arte, aunque sea tratado con intenciones eróticas, pueda tener repercusiones en el orden penal o antisocial. (Véase *The Obscenity Laws. A Report by Working Party set up by a Conference convened by the Chairman of the Arts Council of Great Britain*, André Deutsch Ltd., Londres, 1969).

50. *Pornografía. Informe Longford*, cit., págs. 447-448.

No resiste tampoco, por tanto, el tercer frente argumental abierto para rebatir la preocupación del derecho —y consecuente regulación jurídica— ante el fenómeno de «lo pornográfico». La consecuencia, pues —con todas las dificultades prácticas y teóricas que se acumulan, con toda la temática que plantea el complicado ajuste de la norma a la realidad, con todas las cuestiones que suscita la decisión sobre la solución técnico-legislativa de las disposiciones que se adopten y su interpretación y aplicación—, no debe ser otra que la de que estamos ante un sector con fuerte incidencia en la vida del hombre y en la convivencia social que no puede, en ningún caso, ser ajeno al derecho.

### B) *Determinación del concepto.*

En muchas ocasiones, se tiende a utilizar con un significado análogo los conceptos de «erotismo», «obscenidad» y «pornografía»<sup>51</sup>. Sin embargo, una primera aproximación al significado de estos términos pone de manifiesto la inconveniencia de emplearlos indistintamente. Para operar una diferenciación que pueda servirnos de pauta orientadora, parece provechoso deslindar inicialmente dos sectores básicos a los que ordenar después las expresiones examinadas: me refiero a los que cubren las nociones de «sensualidad» y «sexualidad». Es claro que la primera acota un terreno manifiestamente más amplio, al hacer alusión esencial y genéricamente al mundo de los sentidos sin otras precisiones determinantes; con la segunda nos encontramos ya en un plano distinto, más incisivo pero de más reducidas proporciones, que incide en un instinto connatural al hombre, orgánica y funcionalmente definido. El mundo de la sexualidad se inscribe, pues, en el de lo sensual, pero ni lo agota ni se identifica con él: la sensualidad lo trasciende y lo sublima, lo levanta a un nivel más noble y de más anchos

51. Véase, por ejemplo, en nuestro país, la reciente Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1976 en la que se entiende que «resulta intranscendente, a efectos penales, la pretendida diferenciación, hoy tan en boga, entre lo pornográfico y lo erótico, pues no sólo en los actos pornográficos descarados... sino también en los de otro tipo, representativos de una pornografía sugestiva o latente, pueden figurar expresos atentados a bienes jurídicos protegidos». Y agrega que «en el campo de la pornografía incompleta, en que la obscenidad en imágenes y expresiones aparece en forma más difusa, es donde debe plantearse fundamentalmente la relación hecho-norma y su interpretación», a fin de «deslindar, con la mayor precisión posible, los actos contrarios a la moral constitutivos de ilícito penal de aquellos otros que no revisten estas características».

horizontes. En este nivel se inserta también el concepto de erotismo —«pasión de amor» o «amor sensual exacerbado» según las definiciones de la Real Academia— que, si bien puede derivar a sexualidad pura, no lo es necesariamente y por sí mismo; mientras que, por el contrario y en términos generales, «obscenidad» y «pornografía» sí se sitúan en el campo de la pura sexualidad. La «pornografía» —que enlaza etimológicamente con la idea de «prostitución»— de manera absoluta y total; la «obscenidad» —en cuya raíz semántica está la de «suciedad»— abarcando asimismo connotaciones que, en muchos supuestos —y en tal sentido utilizan muy frecuentemente la expresión y su contenido los anglosajones—, rebasan este campo específico y cubren manifestaciones de otra índole. Recogiendo la conocida expresión de D. H. Lawrence —«la pornografía ensucia el sexo»— podríamos tal vez concluir que la pornografía es la especie —obscenidad sexual— del género obscenidad<sup>52</sup>.

Sin embargo, y a efectos de establecer las debidas precisiones conceptuales en lo que se refiere al tratamiento jurídico del tema, es preciso apuntar ante todo que —tanto en lo que respecta a las propias disposiciones legales como a los planteamientos y análisis técnico-doctrinales— los términos «obscenidad» y «pornografía» aparecen utilizados con idéntico contenido, alcance y significación. El ejemplo más cercano y más reciente lo tenemos en la nueva redacción del apartado c) del artículo 64.2 de la Ley de Prensa e Imprenta —de conformidad con lo establecido en el Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión— en que se habla de impresos «obscenos o pornográficos». Por otra parte, el que de los dos ha tenido hasta ahora una más generalizada consagración legal —acaso por más comprensivo y fácil de transponer por razones de tiempo y lugar— es precisamente el de «obscenidad». Por consiguiente, al avanzar en la determinación del concepto, habremos de referirnos indistintamente, en adelante, a ambas expresiones.

52. Se han apuntado diversos criterios diferenciadores de las nociones de obscenidad y pornografía, entre ellos —y como más importante— el que hemos señalado de no reducir lo obsceno al campo estrictamente sexual. No obstante, y aún dentro de este campo, se tiende por algunos autores a encontrar rasgos distintivos, que a veces se reducen a un problema de simple gradación. Citemos, por ejemplo, la postura mantenida por C. H. ROLPH (véase *Pornografía. Informe Longford*, cit.; págs. 91 y 227) para quien «si la obscenidad puede ser ampliamente considerada como ofensiva, es pornografía»; criterio al que añade el de intencionalidad al aceptar la tesis de que «la pornografía incita intencionalmente a la lujuria y al comportamiento impúdico», mientras que la literatura obscena —lo que jamás hará la pornografía— «condenará, frecuentemente, lo que describe».

Tras estas rápidas precisiones terminológicas, hemos de plantearnos —para iniciar el análisis de los elementos objetivos que configuran, en torno a la idea de pornografía, la determinación del ilícito penal— cuales son los rasgos fundamentales que denuncian su presencia. Es evidente que el primer rastro a seguir en este sentido es el que nos lleva hasta el sistema de valores, bienes o intereses cuya violación hace ponerse en marcha el sistema de normas jurídicas que los protege.

Desde este punto de vista, podemos observar la presencia de una doble perspectiva: la que sitúa el tema preferentemente en el campo de la sociología, y se plantea la vulneración de las «normas sociales» que regulan el comportamiento sexual, y la que eleva el punto de mira hasta el nivel de los valores éticos y espirituales, y apunta, por tanto, a la conculcación del «orden moral». En ambas posturas hay, indudablemente, ingredientes a retener: porque no puede olvidarse que la norma legal, para ser mandato positivo válido, ha de estar asentada en la realidad de la convivencia social —enraizada en un conjunto trabado de normas culturales— que dirige y conforma: pero tampoco que, para trascenderse de juridicidad en un orden de derecho, no puede en ningún caso desvincularse de un esquema superior de valores inalterables, que impregnan y condicionan todo sistema socio-cultural<sup>53</sup>.

En este orden de cosas, lo pornográfico apunta a la subversión de la armónica convivencia social, a través de una agresión directa a las normas de cultura y, por consiguiente y en último término, al orden moral. El ataque se dirige de manera específica a los elementos configurantes de un sector concreto— el de la «moral sexual»— con una resonancia inmediata y más amplia en el terreno de la «moral pública» o la «moral social»: en fin de cuentas, lo que queda frontal y gravemente comprometido es el entramado de bienes superiores que informan el desarrollo espiritual del hombre. Porque «el orden moral es el único que abarca al hombre en toda su naturaleza» y, cuando «se observa íntegra y fielmente, le conduce a la perfección»<sup>54</sup>.

De este tema central arrancan las notas sustantivas que se admi-

53. El profesor ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (*Las limitaciones del artículo 2.º de la Ley*, en «Índice», Madrid, n.º 268, 1 de mayo de 1970), recuerda —al referirse a la limitación de la libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones que dicho precepto establece en razón al respeto a la moral— que «el derecho en su conjunto mantiene una conexión con la moral. Lo jurídico se define esencialmente como realización histórica del valor ético de la justicia. A la estructura jurídica le subyace una infraestructura social; y la estructura jurídica es subyacente respecto de una superestructura moral».

54. Decreto *Inter mirifica*, 6 (4 de diciembre de 1963).

ten, en líneas generales, como características del contenido de un concepto que escapa permanentemente a una definición correcta y unánimemente aceptable. En primer término —y desarrollando la temática que implica la serie de significados conceptuales que lleva en sí la gradación de los términos «sensualidad», «sexualidad», «erotismo» «obsenidad» y «pornografía»— se subraya como rasgo característico de «lo pornográfico» el hecho de que, con toda manifestación de esta índole, se produce la ruptura del «erotismo» con lo que tiene de más elevado y más noble: la relación personal en el ámbito cerrado de la intimidad. Como recuerda Gil Tovar<sup>55</sup>, el erotismo constituye una tendencia natural del ser humano y la pornografía un vehículo externo, creado por la civilización, como medio para estimularlo artificialmente a través de una directa excitación del instinto, que margina o derriba toda consideración valorativa. A través de la pornografía se opera, pues, una degradación de lo erótico, que hace incidir en pautas cualificativas de ofensividad —hasta llegar a la perversión— a lo que, dentro de sus límites naturales, enteramente aceptables, puede constituir —tal como apunta David Holbrook— un evidente factor dinamizador de la sociedad<sup>56</sup>.

Roto este nexo con el mundo de valores que hace auténticamente humana la conducta del hombre<sup>57</sup>, distorsionado y desviado el sexo de su función natural y enclaustrado en sí mismo al quedar reducido a un puro funcionalismo biológico —en un enfoque estrictamente mecanicista de la vida—, orientado el proceso a un estímulo de la actividad sexual absolutamente desproporcionado a sus fines normales y con propósitos del todo ajenos a esos propios fines, se produce como lógica consecuencia —y aquí aparece tal vez el rasgo más claramente definidor— una deshumanización de la sexualidad y del erotismo<sup>58</sup>; el

55. F. GIL TOVAR, *Del arte llamado erótico*, Barcelona, 1975 (citado por DANIEL FERRER MARTÍN, en *Derecho, Erotismo y Pornografía*, ponencia presentada en la Mesa Redonda sobre «La Pornografía», Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1976).

56. A esta luz podemos decir con FERRER MARTÍN (*op. cit.*; pág. 22) que el problema está en «determinar cuando lo erótico no hiera a los demás, por mantenerse dentro de los límites de la moral sexual, en ese mínimo del respecto a los valores que le impone el ciudadano medio».

57. «El humanismo exclusivo es un humanismo inhumano...; no hay más que un humanismo verdadero, que se abre a lo absoluto» (PABLO VI, Encíclica *Popolorum progressio*, 42; 26 de marzo de 1967).

58. En el informe Longford —a través de las ideas expuestas por los miembros de los grupos de estudios, en su contribución personal al trabajo conjunto, o de correspondencia, consultas y testimonios escritos— encontramos reiterada-

hombre, en su comportamiento y en su relación sexual, se hunde en el irracionalismo, se sumerge hasta un nivel de mera animalidad: ese nivel «subhumano o puramente físico» a que se refiere Harry H. Clor al hablar de «la degradación de las dimensiones humanas de la vida» a que conduce el «hacer público lo que es por naturaleza privado» que está en la esencia de lo obsceno<sup>59</sup>. Esta nota de deshumanización es la que recoge en sus conclusiones el Informe Longford al sugerir una posible fórmula de definición de la pornografía como aquello que «explota y deshumaniza el sexo, por lo que los seres humanos son tratados como cosas y las mujeres, particularmente, como objetos sexuales»<sup>60</sup>.

Se desemboca así en el «tipo de hombre deshumanizado» —producto típico, por otra parte, de la sociedad consumista e industrializada de nuestros días— como culminación de un proceso de «progresiva descomposición del ser humano, de desintegración de la unidad de su yo, de liquidación de su responsabilidad y personalidad»<sup>61</sup>; una deshumanización que lleva en sí la amenaza de «infranaturalidad» de que habla el profesor López Ibor, refiriéndose a la sexualidad del mundo

mente subrayados estos rasgos definidores del concepto de obscenidad y pornografía. Así, por ejemplo, se dice que «el sexo se presenta de manera que lo separa del ideal del amor humano, para reducirlo, desde las alturas de ese amor, a las profundidades de la pasión animal» (PEREGRINE WORSTHORNE, Director delegado del «Sunday Telegraph»); que se trata de «un modo de tratar el tema degradándolo y distorsionándolo» (DR. KENNETH GREET, de la Iglesia metodista); que se intenta «despersonalizar el sexo para restarle su sentido humano», y «se degrada su lenguaje» (KINGSLEY AMIS y ELIZABETH JANE HOWARD); que «se tiende hacia la deshumanización que amenaza aquellos valores que son los únicos mediante los cuales podemos sobrevivir y descubrir un nuevo sentido del ser humano» (DAVID HOLBROOK, profesor de Dartington Hall); que se produce una «grosera explotación de los participantes, tendente a degradarles y envilecerles» (JOAN ROCKWELL, del Departamento de Sociología de la Universidad de Reading); que en la esencia de la pornografía está «la abstracción última del sexo del resto de la vida humana, de su contexto en la vida y las relaciones» (CANON BRIAN BENTLEY); que la pornografía «reduce el sexo a una expresión mínima y eleva la lujuria sobre el amor» (NIGEL NICHOLSON); que «el propósito de la pornografía es el de excitar sexualmente de un modo degradante, y no el de sugerir el sexo en una significativa relación interpersonal» (NATALIE SHAINNESS) (véase *Pornografía. Informe Longford*, cit.).

59. HARRY M. CLOR, *Obscenity and Public Morality. Censorship in Liberal Society*, The University of Chicago Press, 1969.

60. *Pornografía. Informe Longford*, cit. (pág. 446).

61. ANGEL BERNA QUINTANA, *Doctrina social católica en los tiempos nuevos*, en «Revista de Estudios Sociales», Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, N.º 1; enero-abril 1971.

moderno<sup>62</sup>, a la que sólo cabe oponer un decisivo esfuerzo de «personalización», de afirmación de la propia esencia de la condición humana; porque, precisamente por ser la sexualidad «una de las dimensiones más importantes en el proceso de personalización, sus decisiones, personales o colectivas, se convierten en amenazadoras cuando la ponen en peligro o impiden su normal desarrollo»<sup>63</sup>.

Por todo ello, la conmoción de los principios objetivos que sustentan el comportamiento sexual pone en juego ese «orden absoluto de los seres y de los fines» que Pío XII situaba en la base de la libertad y la dignidad humana<sup>64</sup>. Toda la carga ofensiva de «lo pornográfico» se traduce en embate que resquebraja el sentido de la dignidad del hombre y, con él, los cimientos del edificio entero de nuestra civilización; olvidando o despreciando la verdad radical de que —como subraya el profesor García Hoz— «en el hombre no hay ningún factor de su vida que pueda ser considerado exclusivamente natural o biológico».

62. JUAN JOSÉ LÓPEZ IBOR, *op. cit.*, «Es cierto —dice— que la sexualidad del mundo contemporáneo, al querer librarse de toda coerción y manifestarse sólo en sus cauces naturales, se encuentra amenazada de «infranaturalidad». La promiscuidad, el desprecio de la virginidad de la mujer como valor, la tendencia a la analogía de los dos sexos..., la penetración acentuada de las desviaciones en el área de la normalidad... demuestran hasta qué punto el peligro de la «desnaturalización sexual» es creciente» (pág. 32).

63. JUAN JOSÉ LÓPEZ IBOR, *op. cit.* (pág. 32).

64. PÍO XII, Radiomensaje *Benignitas et humanitas*, 20 (24 de diciembre de 1944). Como subrayaba JUAN XXIII, recordando precisamente palabras de su predecesor, «la época actual se distingue por un claro contraste entre el inmenso progreso realizado por las ciencias y la técnica y el asombroso retroceso que ha experimentado el sentido de la dignidad humana» (*Mater et Magistra*, 243-244; 15 de mayo de 1961). En esta misma idea insisten el actual Pontífice y diversos textos de documentos conciliares (véase, por ejemplo *Gaudium et Spes*, 8; 7 de diciembre de 1965). Se toca con ello un tema —el de la dignidad humana— que aparece como central en el magisterio de la Iglesia y motivo de permanente preocupación, ilustrada por una serie ininterrumpida de afirmaciones que van desde LEÓN XIII (Encíclica *Rerum Novarum*; 15 de mayo de 1891) hasta PABLO VI. Acaso una de las más recientes referencias —en relación con la tarea de los medios de comunicación— esté en palabras de este último: «Ningún mensaje que se transmita puede desinteresarse de la persona humana, o imponerle un modo de pensar y de vivir en contraste con la dignidad que le es propia, o disuadir a dicha persona de que desarrolle las virtudes positivas que lleva en sí misma». (Mensaje con ocasión de la celebración, el 30 de mayo de 1976, de la X Jornada Mundial de las comunicaciones Sociales, sobre el tema «Las Comunicaciones Sociales ante los derechos y deberes del hombre»: texto publicado en «Revista de Estudios Sociales», Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, n.º 16, enero-abril 1976).

co, sino que cualquier manifestación de la vida revela lo que el hombre es: un ser complejo en el cual se unen la materia y el espíritu»<sup>65</sup>.

Es comprensible, por tanto, que en estas condiciones se desencadene —y aquí encontramos otro factor determinante del concepto— un proceso de degradación que se dispara en todas direcciones. El efecto degradante que la pornografía comporta se extiende a cuanto toca y a todos los que se ven envueltos en ella; y en una doble dimensión individual y colectiva, personal y social. Hay un propósito esencial de degradación del sexo<sup>66</sup> que se proyecta en un ancho espectro de relaciones interpersonales y colectivas y que socava, en fin de cuentas, los pilares básicos en que se apoya el orden de convivencia social, amenazando el fundamento esencial de la vida familiar y los lazos de la pareja; hay, en consecuencia, un efecto contaminante de degradación de la sociedad misma que se refleja en las conductas y en los factores de presión sico-sociológica que las condicionan<sup>67</sup>; hay una degradación envilecedora en los destinatarios del mensaje o el impacto pornográfico<sup>68</sup> que frustra el impulso de su elevación personal, los empobrece moralmente y, al socavar su formación moral, abre las compuertas a conductas reprobables, desviadas o incluso delictivas; y hay también una degradación —acaso la de mayor magnitud y más profundamente depravada— en que se sume el propio autor, el sujeto activo del proceso<sup>69</sup>.

65. VÍCTOR GARCÍA HOZ, en el trabajo *A modo de epílogo*, dentro del volumen «La escalada del erotismo», Ediciones Palabra S. A., Madrid, 1972 (págs. 126-127).

66. Las citas podrían multiplicarse: «si el sexo no se entiende enmarcado en la espiritualidad se vuelve inhumano, y lo inhumano es más bajo que lo puramente animal» (VÍCTOR GARCÍA HOZ); la pornografía es «una forma de comercio vil, que ha prolongado hasta nuestra época formas impensables de esclavitud» (JOSÉ MARÍA DESANTES); «la pornografía ensucia al sexo» (D. H. LAWRENCE); «ataca a la civilización en una de sus raíces fundamentales: la vida familiar» (PETER GROSVENOR); «el divorcio del sexo y el amor devalúa al sexo» (DAVID HOLBROOK).

67. Es uno de los aspectos que se ponen de relieve a lo largo del Informe Longford. En él se resalta que la explotación del sexo es una interferencia en la libertad del individuo; se opera una especie de asedio mental que condiciona el comportamiento público y presiona incluso —porque el rechazo no es popular— la aceptación de pautas de conducta —a veces no queridas— acomodadas a los postulados de la «liberación sexual»; la pornografía influye así en la posibilidad y el mecanismo de una «elección libre de conducta» (véase *Pornografía. Informe Longford*, cit., págs. 68-9 y 104).

68. Piensa DAVID HOLBROOK (en *Pornografía. Informe Longford*, cit., pág. 227) que el placer esencial que las manifestaciones pornográficas proporcionan —y señala el voyeurismo, el sadismo o el masoquismo que con tanta frecuencia la acompañan— es el de «ver a otro ser degradado o envilecido».

69. Se afirma en la Constitución conciliar *Gaudium et Spes* (27; 7 de diciem-

En la raíz de este complejo efecto generalizado de degradación nos enfrentamos con un problema que alcanza, en nuestros días, una importancia de primer orden. Se trata del elemento de comercialización del sexo que se inserta, con carácter determinante y condicionador, en el panorama de nuestro mundo. En las líneas iniciales del «Informe Longford» se pone de relieve su presencia con un énfasis muy especial. «La inventiva moderna —se dice— ha dotado a la pornografía de una nueva dimensión: ...la orientación masiva y comercial»<sup>70</sup>. Y, más adelante, se añade: «No puede considerarse completa ninguna discusión sobre la pornografía que no preste atención a sus implicaciones comerciales... En una sociedad más permisiva, el campo de esta industria ha aumentado; la pornografía es un negocio, un negocio muy grande. Mientras lo sea, no es posible que la campaña persuasiva tenga efecto»<sup>71</sup>. Por su parte, el ya citado informe final de la «Commission on Obscenity and Pornography» norteamericana<sup>72</sup>, analiza en el Sumario de los resultados, en virtud del encargo recibido, el volumen de la difusión y canales de distribución del material de orientación sexual, ponderando —con referencia a los diversos medios— los rasgos generales de «las industrias»; se subraya especialmente la idea de que no existe, en realidad, en Estados Unidos, una «industria pornográfica monolítica, sino diferentes mercados y submercados que distribuyen una gran cantidad de material erótico»<sup>73</sup>; algunas de estas industrias están bastante organizadas, pero otras son extremadamente caóticas; estas empresas se diferencian por su contenido y por sus medios de distribución», por lo que se consideran separada y detenidamente «las características y datos referentes a la mayor parte de las empresas comprometidas en la producción y distribución de materiales que se

bre de 1965) que lo que viola la integridad de la persona, cuanto ofende a la dignidad humana y, por tanto, todas aquellas prácticas que sean en sí mismas infamantes, «deshonran más a sus autores que a sus víctimas».

70. *Pornografía. Informe Longford*, cit., pág. 21.

71. *Pornografía. Informe Longford*, cit., pág. 39.

72. Véase en ROMANO GIACHETTI, *op. cit.*, pág. 243 ss.

73. Al referirse a la llamada «industria pornográfica» —sobre la temática de su difusión, sus canales de penetración, su grado de concentración y sus peculiaridades estructurales— GUILLERMO PIERA JIMÉNEZ (*El dinero y la pornografía*, Ponencia presentada en la Mesa redonda sobre «La Pornografía», Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1976), subraya también esta peculiaridad y, aludiendo a la clásica sistematización de Stackelberg, afirma que «el mercado no es ni homogéneo, ni transparente, ni único, sino más bien una agregación de submercados, cada uno de ellos dotado de características y rasgos definitorios propios».

definen como de orientación sexual». Y el hecho de que la explotación comercial de la obscenidad se ha convertido en un negocio a gran escala que realiza enormes beneficios, aparece asimismo, como conclusión destacada, en el informe de los Comités Gathings, Kefauver y Granaham<sup>74</sup>.

Aunque este elemento —rigurosamente hablando— no constituya una nota determinante del concepto de pornografía, sí es uno de los factores de mayor transcendencia para su estudio, en el orden de su tratamiento legal. Factor que se inserta en el gran tema de la manipulación cultural condicionada por intereses comerciales<sup>75</sup>. Como dice el Pr. López Ibor, «el mecanismo erótico ha resultado ser el más eficaz entre los diversos medios de dominar al hombre-masa; por eso se emplea con pleno rendimiento, mediante su tecnificación e incluso su industrialización...; la sexualidad es también un bien de consumo»<sup>76</sup>.

En la vertiente de la manipulación del erotismo se llega a la pornografía a través de la explotación de una sensualidad exacerbada —entre otros fines de diversa índole— por motivaciones comerciales; de la conversión del erotismo en mercancía. «La pornografía es la consecuencia de operar la sociedad de consumo sobre un mundo erotizado»; erotización que, por otra parte —e insistimos sobre ello, porque no hay que perder de vista esta afirmación básica—, «no es una aberración, ni es un vicio; es simplemente un fenómeno natural», puesto que la sexualidad es una «propiedad definidora del ser humano»<sup>77</sup>. Pero un fenómeno natural que se utiliza en función de la demanda que proporciona un mercado de enormes proporciones, dentro de la dinámica de la sociedad capitalista. Una sociedad «que necesita crear cada vez más necesidades, para producir y vender más, se ha apoderado de la sexualidad latente en nuestro mundo para estimularla, anunciarla y explotarla»; y se ha producido así la «interferencia de una sexualización biológica con la sociedad de consumo» que, desarrollando algunos de sus rasgos, ha proporcionado su comercialización<sup>78</sup>. Una sociedad, por otra parte, tan prisionera de sus propias y críticas contradicciones internas, que engendra la posibilidad de que, en su propio seno, «la reprobación moral y religiosa coexista con la explotación con fines

74. Véase HARRY M. CLOR, *op. cit.*

75. Véanse los ensayos de MAC DONALD, BELL, GREENBERG, LOWENTAL, SHILS, LAZARFELD y MERTON en la obra *La industria de la cultura*, Colección Comunicación, Ed. Alberto Corazón, Madrid, 1970.

76. JUAN JOSÉ LÓPEZ IBOR, *op. cit.*, pág. 138.

77. JOSÉ BOTELLA LLUSIÁ, *op. cit.*, pág. 2.

78. JOSÉ BOTELLA LLUSIÁ, *op. cit.*, pág. 10.

lucrativos» de la obscenidad, el sexo, la promiscuidad, la pornografía, la homosexualidad o el lesbianismo <sup>79</sup>.

Es consecuente, por tanto, que desde un ángulo de enfoque encuadrado en la perspectiva de la filosofía cristiana, y de todas aquellas posturas doctrinales que se basan en la existencia de un universo de valores éticos superiores que proclaman la más radical oposición a la explotación comercial de las debilidades del hombre, se levante un obstáculo ético insalvable a todo intento de defensa de la pornografía, en nombre de la libertad de mercado, apoyada en la tesis de que no cabe interferencia en la libertad de elección del consumidor. Como ha apuntado Frederick Catherwoop, «aunque en un sentido limitado puede decirse que la pornografía es la expresión de una idea, en la amplia mayoría de los casos se trata, simplemente, de la venta de una mercancía: un estimulante sexual»; y, si es así, «debe ser juzgada como lo son las demás mercancías y, según el juicio de la Iglesia, la publicidad que se hace de la misma es fraudulenta y el público tendría que estar advertido en su contra», ya que se trata, de «una mercancía adictiva que destruye, mediante la sobreestimulación, el instinto y degrada a la persona» <sup>80</sup>. En esta línea se encuentra todo el pensamiento católico, que se mueve en las coordenadas irrenunciables de la primacía de un orden inmutable de valores del espíritu y de la afirmación del sentido de la libertad y la dignidad humanas; en cuyo marco —y muy repetidamente lo expresa la doctrina pontificia— es claro que —y concretamente en lo que se refiere a los medios de comunicación— «toda otra exigencia —de lucro o de difusión de noticias— debe estar sujeta a estas normas fundamentales», que determinan limitaciones obligatorias que se imponen a «la morbosidad en el decir y en el tratar» y al «halago de la ganancia» <sup>81</sup>.

Quedan apuntados así los rasgos básicos que determinan la delimitación del contenido objetivo de la conducta y perfilan, en sus líneas esenciales, la noción de «lo pornográfico», a fin de destacar las notas que —al configurar los valores o bienes jurídicamente protegidos que se atacan o se vulneran— determinan su antijuricidad y, con ello, su inclusión en el terreno de lo «ilícito penal». Se ha hablado también de la concurrencia de un elemento de violencia, no siempre presente, pero que a veces viene a mezclarse con los ingredientes de hostilidad

79. Véase MARIO MAFFI, *op. cit.*, Volumen I, pág. 38.

80. Véase *Pornografía. Informe Longford*, cit, págs. 164-5.

81. JUAN XXIII, Discurso *Siamo particolarmente*, 11-12 (8 de diciembre de 1959).

y crueldad sexual que señalan algunos autores<sup>82</sup>; y se han apuntado, ligadas al factor de intencionalidad, distintas motivaciones de orden finalista que corresponden más al plano teórico y valorativo que al rigor jurídico de las precisiones conceptuales. Pero todo ello supone tan sólo referencias a la amplia gama de connotaciones adherentes al concepto puro, que —aunque a veces puedan tener una utilidad complementaria— enturbian por lo general su raíz última y contribuyen a difuminar sus contornos. Lo que importa dejar nítidamente subrayado, es que existe en todo caso un ataque al orden moral que el ordenamiento jurídico positiviza —en su manifestación de carácter social o público y en su concreción de moral social, de una u otra manera formulada en las distintas legislaciones—, y la consecuencia que comporta de lesionar, al degradarlo, el sentido mismo de la dignidad del hombre, base irrenunciable en que se asientan todos sus derechos y libertades. Con ello, estamos ya en condiciones de analizar, en concreto, el tratamiento estrictamente legal del tema.

a) *Derecho comparado.*

El examen de las formulaciones expresas que encontramos en los sistemas jurídicos de los diversos países nos permitirá ponderar lo que, a tal efecto, puede aportarnos la consideración del derecho comparado<sup>83</sup>.

El mundo anglosajón ha seguido cauces muy similares en la determinación de las notas definidoras del concepto. En Inglaterra se

82. El tema se ha abordado a lo largo del Informe Longford, a través de muchas opiniones recogidas en él: así, DAVID HOLBROOK considera a la pornografía como una consecuencia del odio, como una manifestación esencialmente cruel, cuya dinámica esencial está en la hostilidad; MALCOLM MEGGERIDGE habla del uso del erotismo y del sexo con un propósito posterior de violencia y de perversión; la Iglesia Congregacional acusa un mal que tiene como fuente una violencia que lleva en sí un estigma de corrupción; y en distintos pasajes se destaca el ingrediente de violencia directamente sexual y de explotación violenta de las emociones (véase *Pornografía. Informe Longford*, cit., págs. 67, 192, 214, 227 y 446, entre otros textos).

83. Véase, para una panorámica general de las distintas legislaciones, el «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», cit. (Volumen II: «Legal Analysis»). Hay traducción española de este texto con el título «Tratamiento jurídico de la obscenidad y la pornografía en varios países» (Servicio Informativo Documental Español, S.I.D.E.; Textos y Documentos: Temas políticos y sociales, n.º 39, 9 de enero de 1973). Véase también JOSÉ ANGEL CASTRO FARIÑAS, *op. cit.*

atiende, para calificar la obscenidad<sup>84</sup>, al criterio de «la tendencia a depravar y corromper» (*to deprave and corrupt*)<sup>85</sup>; la determinación del sentido de ambas expresiones en relación con su relevancia jurídica aparece formulada por el Juez Byrne, en cuya opinión ha de entenderse por depravar «hacer mal moralmente, pervertir, envilecer o corromper moralmente», y por corromper «viciar o adulterar moralmente, destruir la castidad o la pureza moral, pervertir para deshacer las buenas cualidades, envilecer, profanar»<sup>86</sup>. Por su parte, los Tribunales escoceses, en una decisión que se remonta a 1843, consideraron la obscenidad en atención a que el material de que se trate sea «lujurioso, impuro o indecoroso» y esté ideado, encaminado y dirigido a «enviciar y corromper la moral de los vasallos... y a inculcar y crear en sus mentes deseos lascivos»<sup>87</sup>.

La «tendencia a depravar y corromper» aparece también en los comienzos de las formulaciones judiciales en Estados Unidos<sup>88</sup>: es la

84. *Obscene Publication Acts* de 1959, Sección 1.1; *Theatres Act* de 1968, Sección 2.1. Señalemos que la *Post Office Act* de 1953 y la *Customs Act* de 1876 distinguen entre material «obsceno» o «indecente»; no se ha dado definición precisa alguna de lo que ha de entenderse por «indecente», pero la regla generalmente aceptada parece referirlo a lo que «ofende a un hombre medio normal».

85. En el informe del Comité del Arts Council de 1969 se deplora el hecho de que el precepto considere la simple «tendencia» a producir determinados efectos, sin contemplar en absoluto el elemento de intencionalidad, para configurar la posible conducta delictiva; el que se considere como delito la incitación a algo que no lo es, y mucho más cuando se sanciona la mera tendencia, se estima como una afrenta tanto al sentido legal como al sentido común (Conclusiones 9 y 10). Por su parte, en el Informe Longford se indica que la fórmula utilizada —«tendencia a depravar y corromper»— postula una prueba subjetiva, cuando sería más eficaz, a su juicio, que se basase en motivaciones de carácter objetivo: sobre esta base, se propone una nueva redacción de las normas indicadas en la nota anterior en la que se estableciese que el carácter de «obsceno» consiste en «ultra-*trajar las normas contemporáneas de decencia o humanidad*» aceptadas por el público en general»; la definición propuesta —se añade— presenta además la ventaja de no restringir la obscenidad a razones sexuales. (V. *Pornografía. Informe Longford*. cit., págs. 339 ss. y 412).

86. Véase BRYAN BROMBERGER, artículo sobre *United Kingdom* en «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», cit., Volumen II, págs. 209 y 214; es interesante resaltar que —como se subraya, por ejemplo, en el caso *John Calder Powell* (1965) que cita— el concepto de «obscenidad» no está limitado a materias sexuales y puede concurrir en relación con otros temas, como en un libro que trate del consumo de drogas.

87. Véase *Pornografía. Informe Longford*, cit., págs. 424-425.

88. Para el análisis y esquema histórico de la determinación y elaboración del concepto legal de «obscenidad» en Estados Unidos, véase el estudio de PAUL

expresión que se consagra, en 1860, por el Tribunal de Queens Bech, en Inglaterra, en el caso *Regina v. Hicklin*. Aquí se contiene la primera elaboración de la noción de obscenidad, aceptada básicamente durante más de un siglo por las decisiones de los tribunales norteamericanos. A lo largo de una serie de resoluciones posteriores fueron matizándose, con un criterio de actualización y mayor rigor doctrinal, los criterios apuntados en la resolución citada, por estimar —como subrayaba en 1913 el Juez Learned— que no respondía ya al nivel de comprensión y moralidad de los tiempos. En el curso de esta revisión va borrándose la idea de mera «tendencia» sin intencionalidad y se acusa con mayor relieve lo que hay de «incitación a impuros y libidinosos pensamientos» (*it would suggest impure and libidinous thoughts*)<sup>89</sup>. Esta línea de progresiva insatisfacción doctrinal conduce al fin, en 1957, a la histórica decisión adoptada en el caso *Roth*, sobre un informe del Juez Brennan, con mayoría suficiente para dotarla de fuerza legal. La decisión supuso un planteamiento de la cuestión sobre bases renovadas, que subsiste aun sin modificaciones sustanciales<sup>90</sup>. La «tendencia» se dirige a «suscitar pensamientos sexuales» (*to arouse sexual thoughts*). Pero esta tendencia, que condiciona la acción penal represiva, se define ahora en función de una fórmula acuñada con una terminología nueva: y así aparece la idea del *prurient appeal* o «provocación lasciva». Lo importante es que la materia sexual se trate «de forma que provoque un interés lascivo» (*in a manner appealing to prurient interest*)<sup>91</sup>; el material obsceno prohibido lo sería, no ya por tender a depravar o corromper, sino a despertar pensa-

BENDER, *Definition of Obscene under existing Law*, en «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», cit., Volumen II, págs. 5-27.

89. En este proceso pueden citarse muy especialmente las decisiones recaídas en los casos *United States v. Bennet* (1879), *United States v. Kennerley* (1913) o *Butler v. Michigan* (1956), en la que la opinión aceptada del Juez Frankfurter supuso prácticamente la liquidación de los supuestos establecidos en el caso *Hicklin*.

90. Las decisiones posteriores —por ejemplo, las acordadas en los casos *Manual Enterprises v. Day* (1962), *Jacobellis v. Ohio* (1964), *A Book Named John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure v. Massachusetts* y *Mishkin v. New York* (1966), *Redrups v. New York* (1967) o *Stanley v. Georgia* (1969)— se mueven en la línea básica de la llamada *Roth Decision*, perfilando y profundizando la determinación de supuestos teóricos de especial significación en la configuración jurídica del concepto.

91. La expresión *prurient interest* aparece incorporada también a la definición de obscenidad del proyecto sobre un Model Penal Code elaborada por el American Law Institute; en ella puntualiza —y es interesante considerar la am-

mientos lujuriosos (*lustful thoughts*). La noción se completa con el requisito de «ofensividad a las costumbres de la comunidad» (*offensiveness in light of community standards*), que en los casos *Manual Enterprises v. Day* y *Redrup v. New York* se configura como elemento unido al de «provocación de un interés lascivo» —y al de *redeeming social value* que más adelante analizaremos— para que se dé la calificación de obscenidad. La crítica a la elaboración jurídico-doctrinal de la decisión *Roth* apunta sobre todo que la expresión de *prurient appeal* adolece de confusión para una determinación exacta de su significado, que los Tribunales no han aclarado en las decisiones anteriores, y que tampoco queda claro a qué tipo de comunidad se refiere el requisito de ofensividad.

En Italia<sup>92</sup> la determinación de lo que, a efectos de las leyes penales, debe entenderse por obsceno aparece en una disposición concreta: el artículo 529.1 del Código Penal. En dicho precepto se establece que «se considerarán obscenos los actos y los objetos que, según el sentimiento común, ofendan al pudor». Encontramos aquí, por consiguiente, la remisión a un concepto cuyo alcance es predominantemente subjetivo<sup>93</sup> y que comporta, por tanto, una carga de relatividad que impone la referencia —más adelante insistiremos con mayor detenimiento sobre esta problemática— al «sentimiento común». Señala Cantarano<sup>94</sup> que «el pudor es el sentimiento natural de recato (*riserbo*) en torno a todo aquello que atañe a las manifestaciones sexuales»: este cri-

pliación temática que supone el último término de la fórmula empleada— que se trate de un *shameful or morbid interest in nudity, sex or excretion*, que sobrepase los límites habituales del pudor.

92. Véase MIRJAN DAMASKA, artículo *Italy*, en el «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography» cit., Volumen II, págs. 175 ss.; y CASIODORO CANTARANO, *Codice della legislazione sulla stampa*, cit., págs. 121 ss.

93. M. OCCHIENA (*Pornografía y moral*, en el volumen «La escalada del erotismo», cit., págs. 103 ss.), se plantea cuál es el valor moral objetivo representado por el pudor en sí mismo, y señala que «la auténtica explicación, psicológica y moral, del sentimiento del pudor» es la de que «es un espontáneo sentir vergüenza, un inmediato turbarse por una especie de descompensación psíquica, que surge repentinamente y que amenaza el equilibrio moral»; «valor habitual para todos, el sentimiento del pudor es necesariamente un valor y una exigencia social; como también es, evidentemente, una exigencia de equilibrio, para cada cual y para todos, que no degenera en estados obsesivos, antisociales e inhumanos». «En realidad —concluye— el pudor no es más que un elemento orgánico de un sentimiento más completo y complejo: lo que en psicología científica se llama el sentido moral».

94. CASIODORO CANTARANO, *Codice della Legislazione sulla Stampa*, cit., pág. 123.

terio —que enlaza directamente con la interpretación que generalmente se da al significado de la alusión a las «buenas costumbres» del artículo 21 de la Constitución— expresa la teoría reiteradamente mantenida por las decisiones jurisprudenciales que no admiten más estimación de tales remisiones expresas que la que apunta directamente al campo exclusivo de la moralidad sexual<sup>95</sup>: postura que llega incluso a mantenerse, como ha señalado Manzini<sup>96</sup>, en cuanto a las ofensas a la «moral de la familia» cometidas a través de la prensa periódica (artículo 565 del Código Penal y artículo 15 de la Ley sobre Prensa de 8 de febrero de 1948) y que tan sólo se contemplan en el área de la moral que concierne a los aspectos sexuales de la vida familiar. Por otra parte, las normas penales incluyen también otros términos (artículos 725 y 726) cuya relevancia jurídica no se confunde con la de «obscenidad», definida como «ofensa al pudor»: son los que se recogen como ofensas a la *publica decenza* o licenciosidad, que se refieren a categorías de más baja potencia ofensiva, que conllevan por tanto una menor gravedad, y en las que no es preciso que concurra la intención dolosa<sup>97</sup>.

La legislación francesa no formula, por vía de norma, el concepto de «lo obsceno» o «lo pornográfico», ni hace alusión a su contenido<sup>98</sup>.

95. En la sentencia de 15 de enero de 1971, por ejemplo, se dice que ha de considerarse obsceno «todo lo que puede ofender al pudor; es decir, al sentido de reserva que atañe a todos los actos y hechos referentes a la intimidad *en la esfera de la vida sexual* y que, según el sentimiento común, debe estar rodeada del máximo recato». En el mismo sentido, sentencias de 20 de enero y 20 de junio de 1959, 16 de marzo de 1962, 13 de marzo de 1967 y 24 de febrero de 1969. En esta última, se especifica más concretamente que «son punibles los escritos que pueden excitar la sensualidad o suscitar la concupiscencia llamando la atención directa o indirectamente sobre sensaciones o manifestaciones de la vida sexual que deben permanecer encubiertas».

96. MANZINI, *Trattato del diritto penale italiano*, Volumen III, 1936.

97. Una serie de sentencias (19 de abril de 1958, 25 de febrero de 1963, 2 de febrero de 1971) tocan el tema de la distinción entre «pudor» y «decencia». Se entiende que constituyen dos conceptos autónomos, aunque afines y paralelos; el uno hace referencia al sentimiento común de reserva que acompaña de ordinario en el hombre a cuanto atañe a la función sexual; el otro, de alcance más amplio, concierne a los presupuestos mínimos del decoro y de la conveniencia que deben informar el desarrollo de la vida social en una determinada fase histórico-cultural.

98. Véase HENRI BLIN, ALBERT CHAVANNE y ROLAND GARRO, *Traité du Droit de la Presse*, Librairies Techniques, Paris, 1969, págs. 485 ss.; ANDRÉ TOULEMONT, *Code de la Presse*, Sirey, Paris, 1964, JEAN MARIE AUBY y ROBERT DUCOS-ADER, *Droit de l'information*, Dalloz, Paris, 1976, págs. 303 ss.

Incluso el término «obscenidad» deja de estar incorporado a las disposiciones sobre la materia a partir del Decreto-Ley de 29 de julio de 1939, que modifica las disposiciones anteriores de la Ley de 1881. Desde ese momento, la referencia legal se circunscribe a la figura del «ultraje a las buenas costumbres» (*l'outrage aux bonnes moeurs*), sin que las normas posteriores hayan supuesto modificación sustancial a este respecto, salvo la formal de su inclusión concreta en el artículo del Código Penal; la figura delictiva, por tanto, no se encuadra ya en el área de los delitos de prensa, sino en la de las infracciones de derecho común, con la precisión de su especial comisión por medio de «la prensa o del libro» (artículos 283 y 284 del Código Penal). Como han señalado Blin, Chavanne y Garro<sup>99</sup>, se sanciona un atentado a las costumbres y no una ofensa a persona determinada, de donde se sigue la diferenciación con la difamación o la injuria; pero, por otra parte, tampoco puede confundirse con el atentado al pudor del artículo 331 que, para ser punible, exige una ofensa de índole física a una persona, o con el ultraje público al pudor del artículo 330, que contempla un acto impúdico u obsceno; ni con las faltas sancionadas en los artículos R. 34,13 y R. 38,9 del Código Penal, aunque reconocen que, muchas veces, no resulta fácil delimitar los campos de las «buenas costumbres» y la «decencia». No hay, sin embargo, un criterio claro para precisar lo que debe entenderse por «buenas costumbres» —cuyo carácter eminentemente subjetivo se destaca—, si bien, como en el caso italiano, la tendencia doctrinal y jurisprudencial se inclina a encuadrar el acto o el hecho que dé causa al «ultraje» en el juego de coordenadas de lo sexual, aunque el término, como es evidente, se extienda genéricamente a la consideración de toda conculcación de las normas que afectan a costumbres morales; en fin de cuentas, la intención de estimular el erotismo o la naturaleza del texto, imagen u objeto de que se trate, en atención a su capacidad o idoneidad para suscitar —al margen de su carácter obsceno— deseos sexuales o intereses lascivos, han sido los criterios esgrimidos como condicionantes de la calificación a efectos penales<sup>100</sup>. En consecuencia, los autores anteriormente citados estiman que en el concepto de «ultraje a las buenas costumbres» debe estar comprendida «toda manifestación del pensamiento o de la imagen que, sin merecer la calificación de obscena, y sin ser especialmente licenciosa, se refiere, por su carácter ofensivo para el

99. HENRI BLIN, ALBERT CHAVANNE y ROLAND GARRO, *op. cit.*, pág. 486.

100. Entre otras, Sentencias de 13 de enero de 1957, 12 de marzo de 1958, 12 de abril de 1951 y 16 de marzo de 1959.

pudor o la búsqueda sistemática de una excitación erótica, a los instintos y apetitos más groseros del ser humano»<sup>101</sup>. Reaparecen aquí, dentro de un espectro conceptual más amplio que el de la obscenidad estricta —con lo que quedan abiertas más dilatadas posibilidades para la calificación de los hechos—, todos los componentes del concepto con que venimos operando.

Las referencias a los ordenamientos jurídicos de otros países no nos aportan, en líneas generales, nuevos elementos a añadir a los ya señalados. En la República Federal Alemana, con la última modificación del Código Penal a este respecto, aparece en la regulación de la materia —sustituyendo expresiones anteriormente utilizadas— la palabra «pornografía», perfilada con una carga de intensidad que reduce el ámbito de la represión penal a la llamada pornografía fuerte (*hard-core pornography*); por su parte, la jurisprudencia, que desde hace casi un siglo ha venido estableciendo el carácter de «ofensa grave al pudor» y violación del «código de la moralidad», se orienta actualmente a destacar, como rasgo característico, el hecho de que el tratamiento de lo sexual se realice de modo especialmente marcado, sin conexión de sentido con las demás manifestaciones de la vida, y degradando al ser humano al nivel de objeto intercambiable de las apetencias sexuales. La misma línea —con una mayor acentuación de los grados de tolerancia y permisibilidad— siguen los últimos planteamientos normativos del tema en Suecia, en cuyas disposiciones se incluye también —y con el mismo alcance— el término «pornografía», remitiendo su posible existencia a las ofensas graves a la decencia y la moralidad a través de la presentación de un tema sexual de manera abierta y provocativa. Especial mención merece, entre los países occidentales europeos, el reciente Decreto-Ley portugués de 7 de abril de 1976, en el que se define el material de contenido pornográfico u obsceno como aquel que «contenga palabras, descripciones o imágenes que ultrajen u ofendan al pudor público o a la moral pública» (artículo 1.2); la novedad que aporta esta disposición es la de configurar como circunstancia agravante que la infracción de lo que en ella se establece haya provocado, o sea susceptible de provocar, un daño grave de carácter social (artículo 6.5).

En los países socialistas europeos —aunque el tema es contemplado desde una perspectiva radicalmente diferente— podemos encontrar fórmulas parecidas. La URSS no ofrece resoluciones judiciales sobre la materia, pero en general se subraya su carácter socialmente

101. HENRI BLIN, ALBERT CHAVANNE y ROLAND GARRO, *op. cit.*, pág. 488.

peligroso; de algún autor, como Nikiforov<sup>102</sup>, podemos recoger el concepto de obscenidad o pornografía referido a «descripciones indecentes o representaciones de circunstancias relacionadas con actos sexuales cuyo objeto o posible resultado es excitar la pasión sexual». La jurisprudencia húngara subraya el carácter de «ofensa grave al general sentimiento de moralidad a causa de su orientación hacia el sexo», con intención externamente manifestada de incitación o excitación sexual. Por otra parte, y en el grupo de estos países, cabe subrayar el caso yugoslavo como el único en que, hasta el momento, se manifiesta acusadamente el criterio de tolerancia en línea occidental; los textos legales —Código Penal y Estatuto de Prensa— hablan de hechos gravemente ofensivos a la moral, remitidos generalmente por las decisiones judiciales —sobre todo los regulados por las normas penales— al área de la moral sexual.

Finalmente, y en lo que a los restantes países se refiere, podemos citar la fórmula jurisprudencial argentina —«todo aquello que por escrito o por medio de la imagen provoque instintos viles y despierte apetitos sexuales, ofendiendo al sentimiento público del pudor y las buenas costumbres»—; las recogidas en las Leyes penales o en las normas sobre educación pública mejicanas —violación u ofensa al sentimiento del pudor o a las buenas costumbres, incitación a la prostitución o ejecución de actos licenciosos o vergonzos, actos que la opinión pública ha reputado como contrarios al sentimiento del pudor o dañosos para la dignidad humana—; o los criterios establecidos por los tribunales japoneses —actos contrarios a la moralidad sexual, que excitan o estimulan deseos sexuales con injuria al sentido del pudor humano—<sup>103</sup>.

#### b) *Legislación española.*

De lo dispuesto en los distintos preceptos de los textos legales actualmente vigentes que —dentro del ordenamiento jurídico español— constituyen el esquema regulador de la materia no aparecen claramente determinados los posibles elementos definidores de lo que debe entenderse por «obscenidad» o «pornografía». Las disposiciones

102. Citado por MIRJAN DAMASCA, artículo *Hungary and the Soviets Union*, en el «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», cit., Volumen II, pág. 161.

103. Véanse los artículos correspondientes a los países citados en el «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», cit., Volumen II.

básicas a este respecto están contenidas en el Código Penal<sup>104</sup>, y en ellas se hace referencia a lo que ofenda a la «moral», lo que sea contrario a la «moral pública» y lo que ofenda al «pudor», las «buenas costumbres» o la «decencia pública»<sup>105</sup>; y en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, modificada por la de 28 de noviembre de 1974, aparece el término «pornográfico» y se habla de los actos que atenten a la «moral»<sup>106</sup>.

En cuanto a aquellas disposiciones que se refieren de manera expresa a los medios de comunicación social, y que establecen las limitaciones al ejercicio a través de los mismos del derecho a la libertad de expresión, el artículo 64.2 de la Ley de Prensa e Imprenta habla de impresos «obscenos o pornográficos», y el preámbulo del Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, —que da a dicho precepto su redacción actual— se refiere, en relación con la regulación que establece, a la

104. Con distintas formulaciones en cuanto a la amplitud y alcance de los casos de infracción, todos los Códigos Penales —desde el de 1822 hasta el actual— han acogido figuras delictivas tipificadas en esta materia. En lo que se refiere a las normas específicamente reguladoras de las publicaciones, se utilizan diversas expresiones; así, se habla de delitos u ofensas contra la «moral» (R. D. de 10 de enero de 1852, R. D. de 2 de enero de 1853, R. O. de 6 de febrero de 1876) o contra la «moral pública» (R. D. de 2 de abril de 1852, R. D. de 7 de marzo de 1867), delitos «inmorales», «obscenos», «licenciosos» o contrarios a la «decencia» y a las «buenas costumbres» (D. de 22 de octubre de 1820, R. O. de 1 de junio de 1834, R. D. de 10 de abril de 1844, R. D. de 1 de enero de 1852, Ley de 13 de julio de 1857, R. D. de 7 de marzo de 1867) y contrarios a «la moral, la religión y las buenas costumbres» (R. O. de 6 de febrero de 1876). Hay una disposición (el Decreto-Ley de 23 de octubre de 1868) que se refiere a la responsabilidad de directores o empresarios de los teatros por los ataques a la moral o a las buenas costumbres que se dirijan en las obras que se representan.

105. En los artículos 431 y 432 —referidos al delito de «escándalo público»— se contemplan las conductas del que «de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres» o del «que expusiere o proclamare por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública»; y en el artículo 566 —dentro de las faltas de imprenta— se hace mención a «los que ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública». El recientemente derogado artículo 165 bis b) hablaba de publicación de «informaciones peligrosas para la moral».

106. El artículo 2-5.º de dicha Ley establece que serán declarados en estado peligroso, a efectos de la aplicación de las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, «los que promuevan, favorezcan o faciliten la producción, tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología, así como los que realicen actos de exhibicionismo que atenten a la moral, y los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos, abiertos o no al público, en los que, con su conocimiento, tengan lugar las actividades expresadas».

necesidad de prevenir los males derivados de los «ataques a la moral pública». Por otra parte, en el Estatuto de la Publicidad de 1964 se alude a lo que sea contrario a la «moral» o a las «buenas costumbres» o incluso atente al «decoro social» y al «buen gusto»; y la Ley de 22 de julio de 1967, por la que se dictan normas sobre sanción de infracciones en materia de espectáculos, se refiere a las ofensas a la «moral» y a las «buenas costumbres»<sup>107</sup>. Quede también mencionado aquí el Estatuto de Publicaciones Infantiles y Juveniles de 16 de enero de 1967, en que se subraya con especial acento (artículo 8) el respeto a los valores «religiosos» y «morales» en el contenido de tales publicaciones, insistiendo de forma más explícita (artículo 9) en lo que atañe a «conductas inmorales», justificación de «comportamientos negativos» y «defectos o vicios individuales y sociales» o temas en que se resalte el «erotismo». Sin olvidar —dentro del área de implicaciones deontológicas— las menciones contenidas en los «Principios generales de la profesión periodística» que se incorporan como Anexo al Estatuto de 1967<sup>108</sup>.

En la esfera estrictamente normativa, es en el sector referente al mundo de los espectáculos —por su especial carácter e incidencia— donde se exteriorizan y se consagran criterios que marcan con mayor amplitud el contenido de los conceptos en cuanto a la posible configuración de lo que se entiende que ha de ser jurídicamente protegido.

107. El artículo 7 del Estatuto de la Publicidad —desarrollando el principio de legalidad que se proclama en el artículo precedente— dispone que «no será lícita la publicidad que por su fin, por su objeto o por su forma... atente al buen gusto o al decoro social o sea contraria a... la moral o a las buenas costumbres»; y el artículo 2.º de la Ley de 1967 arriba citado preceptúa que «en la imposición de las sanciones se atenderá a la naturaleza y circunstancia del hecho, y en especial las ofensas a la moral y a las buenas costumbres». El artículo 2.º de la Ley de Prensa e Imprenta —derogado por el Real Decreto-Ley de 1 de abril de 1977—, imponía el «respeto a la moral» como limitación a la libertad de expresión y al derecho a la difusión de informaciones.

108. Tras una remisión genérica al deber del periodista, en el ejercicio de su misión, de «observar las normas de la moral *cristiana*» (Principio 1.º), se subraya especialmente, en los siguientes, la obligación de evitar toda presentación o tratamiento de la noticia que pueda suponer «apología o valoración sensacionalista» de hechos o formas de vida que sean delictivos o «atenten a la moral y a las buenas costumbres» (Principio 2.º) y de respetar de manera estricta «la dignidad, la intimidad, el honor, la fama y la reputación de las personas», de tal forma que «el derecho y el deber a la verdad informativa tiene sus justos límites en este respeto» (Principio 4.º). Finalmente, cuando se proclama el deber de lealtad del periodista a la empresa, se condiciona a que no sea incompatible con «la moral pública» (Principio 6.º).

El análisis de las normas sobre calificación contenidas en la Orden de 19 de febrero de 1975 proporciona ideas y matices aprovechables en este sentido: pueden retenerse, por ejemplo, las de no justificación objetiva de conductas reprobables —entre las que expresamente se alude a prostitución, perversiones sexuales, relaciones sexuales ilícitas y cuanto atente a la institución familiar, a la conciencia colectiva y a la dignidad de la persona humana— y no admisión de imágenes que se presenten «con intención de despertar pasiones en el espectador normal o incidan en la pornografía». El principio básico que sustenta la orientación de las normas indicadas es el de la fijación de los límites naturales a la libertad inherente a la creación artística, en orden a garantizar la «expresión cultural al servicio de la persona humana» dentro del «respeto a los valores sociales compartidos a cuya defensa el Estado viene obligado por razones de bien común»<sup>108 bis</sup>.

Pero los intentos de concreción del contenido y significado de las distintas expresiones que se utilizan en las disposiciones legales para determinar, a través de ellas, el sentido de las remisiones últimas a las acciones que impliquen un atentado al orden moral, configurante del ilícito penal, se encuentran especialmente en la elaboración de la jurisprudencia; teniendo en cuenta el contenido concreto de estas páginas, vamos a referirnos tan sólo a aquellas resoluciones que se refieren a supuestos relacionados con normas aplicables al tema en la órbita de la regulación de la libertad de expresión y de los medios de comunicación social<sup>109</sup>. Tratan de establecerse de esta forma lo que podemos

108 bis. La Orden de 19 de febrero de 1975 ha sido derogada por el Real Decreto 3071/77, de 11 de noviembre, que regula determinadas actividades cinematográficas. Ya en prensa este trabajo, se han dictado algunas normas que afectan a la materia estudiada: por ejemplo, y además del citado, los Reales Decretos 2748/77, de 6 de octubre, que se refiere a la exhibición de determinadas publicaciones periódicas y unitarias, y 3449/77, de 16 de diciembre, sobre publicidad exterior de espectáculos.

109. Acerca de la doctrina jurisprudencial española sobre la materia, en relación con los medios informativos, véase JOSÉ MARÍA DESANTES, *La función de informar*, cit., págs. 249 ss.; PEDRO CRESPO DE LARA, *El artículo dos. La Prensa ante el Tribunal Supremo*, Editorial Prensa Española, Madrid, 1975, págs. 93 ss.; DANIEL FERRER MARTÍN, *op. cit.*; y ENRIQUE GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, *Las infracciones al artículo 2.º de la Ley de Prensa*, en «Revista de Administración Pública», Madrid, n.º 69, 1972, págs. 150 ss. Véase también la «Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1976 por el Fiscal del Tribunal Supremo Excmo. Sr. D. Antonio José García Rodríguez-Acosta», Instituto Editorial Reus, Madrid, 1976.

llamar elementos configurantes de la infracción, tanto en el aspecto penal como en el puramente administrativo, según la normativa especial que lo regula. En lo que se refiere sobre todo a esta última vertiente, son raras las alusiones concretas a los términos de «pornografía» y «obscenidad», apuntándose preferentemente a determinar el alcance de la ofensa a la moral mediante la fijación de lo que debe entenderse por tal y de los valores jurídicamente protegidos.

En general, las resoluciones judiciales parecen estar concordes en que el área de la «moral» a que las disposiciones legales se refieren debe remitirse a los conceptos de «moral pública» o «moral social»<sup>110</sup>, conceptos contemplados, evidentemente, a la luz de los principios de la moral católica pero también de aquellos que, aún con una mayor laxitud, amparan un orden de valores éticos<sup>111</sup>. Desde esta perspectiva, se afirma que la obscenidad ha de considerarse como «límite extremo de la ofensa a la moralidad pública», porque ofende al «pudor» y al «recato» según han de entenderse vinculando estos conceptos al «clima y las costumbres vigentes en el país»<sup>112</sup>. Ya tenemos aquí, por consiguiente, la remisión, dentro de los valores que integran el orden moral, a nociones de más reducido enfoque y con una evidente connotación subjetiva o individual, y que constituyen con la de «buenas costumbres» —inserta predominantemente en la vertiente objetiva o social— el binomio de las más continuadas referencias conceptuales; a las que, a veces, se añaden otras, utilizadas como módulos determinantes de la infracción, tales como «honor», «honestidad», «decoro», «dignidad», «moralidad privada», e incluso el «buen gusto» en relación con la moral pública.

A lo largo de todo el cuerpo de doctrina que van elaborando los sucesivos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo se perfilan dos líneas directivas continuadas: la existencia de una provocación erótica y la incidencia o impacto de esta provocación. En lo que se refiere al primero de los términos apuntados —que implica toda la problemática de la intencionalidad, en que más adelante nos detendremos—, la provocación erótica se entiende dirigida, con las expresiones

110. Entre otras, sentencias de 17 de enero, 8 de febrero, 13 de marzo y 27 de diciembre de 1969, 26 de febrero de 1970 y 15 de junio de 1973.

111. Sentencia de 22 de noviembre de 1969.

112. Sentencia de 17 de enero de 1969. La idea de ofensa al pudor se repite en numerosas resoluciones hasta la más reciente de 18 de marzo de 1976 en que se habla concretamente de los sentimientos de «pudor o morigeración sexual».

más comunmente empleadas, a incitar al hombre a «deseos depravados», a excitar de forma soez los «instintos sexuales», a excitar la «lubricidad de las gentes» o el «desahogo de los impulsos y apetitos humanos», a dar publicidad a «conductas viciosas contrarias a las buenas costumbres» con expresión de «conceptos groseros y chabacanos», a especular sobre los «gustos malsanos de cierto sector de la juventud»<sup>113</sup>. De otro lado, y en cuanto al efecto de esta incitación provocativa, se acusa muy repetidamente lo que significa de resquebrajamiento de las normas morales y el «impacto pernicioso en la conciencia social», por degradante y dañino para la dignidad humana y el valor moral de las personas y desmoralizante y disgregador para la colectividad; se estima, por tanto, que ha de reprobarse, como contrario a la moral, «cuanto comprenda el triunfo de las pasiones corporales sobre el espíritu y la ofuscación de la inteligencia por la sensualidad»<sup>114</sup>.

Uniendo ambos criterios. una reciente sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo<sup>115</sup> define a la pornografía, en relación con el mundo de los medios de comunicación social, como «toda descripción gráfica o escrita que directamente o por representación escénica tienda a excitar la lubricidad de las gentes» y que, «en cuanto trasciende y lesiona gravemente la moral sexual colectiva», puede tener encaje adecuado en el delito de escándalo público; concepto ya clásico —añade— que, con unas u otras expresiones ha venido siendo subsumido por la doctrina de esa Sala desde antiguo —y cita Sentencias de 20 de octubre de 1909, 12 de junio de 1922, 31 de diciembre de 1927, 21 de di-

113. Sentencias de 28 de marzo, 22 de noviembre y 4 y 23 de diciembre de 1969, 22 de enero de 1972, 3 de abril de 1974 y 18 de marzo de 1976.

114. Sentencias de 22 de noviembre y 4 de diciembre de 1969, 26 de febrero de 1970, 22 de enero de 1972, 15 de junio de 1973.

115. Sentencia de 18 de marzo de 1976. Es interesante aludir también a dos resoluciones que se plantean directamente el problema de la definición de la pornografía: la primera, dictada por la Sala 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Territorial de Madrid, dice que «lo pornográfico lleva implícito el sentido de lo torpe, de lo impuro, de lo ofensivo al pudor, tendente a despertar la lascivia y a excitar las bajas pasiones humanas, por medio de la representación escandalosa siempre digna de repulsa»; la segunda es un Auto del Juez Especial de Prensa e Imprenta de Barcelona, de 30 de enero de 1976, en el que se configura como «degenerada distorsión de lo sexual, al contemplarlo simplemente en los aspectos animales del sexo» con el fin de «romper la complejidad humana de lo sexual para centrarse en lo puramente mecánico y asocial». (Véase DANIEL FERRER MARTÍN, *op. cit.*).

ciembre de 1928, 2 de marzo de 1934, 18 de febrero de 1953 y 26 de abril de 1966— en los artículos 431 y 432 del Código Penal. Se tendía así un puente que armonizaba el tratamiento de los supuestos contemplados por estos artículos y los que recogía el artículo 165 bis b —incorporado al Código por la Ley 3/1967, de 8 de abril, transponiendo sustancialmente a las normas penales el texto del artículo 2.º de la Ley de Prensa e Imprenta—, y se apuntaba el planteamiento de un «concurso normativo» que había de resolverse a través de «los principios de especialidad y subsidiariedad tácita», ya que, «siendo el mismo bien jurídico el protegido en ambas infracciones», el artículo 165 bis b) reducía su ámbito a las «noticias» e «informaciones», quedando por tanto todos los demás casos comprendidos en la tipificación penal contenida en los artículos 431 y 432. Como la infracción a que esta Sentencia se refiere aparece cometida por medio de una publicación unitaria, serán aplicables los preceptos últimamente citados. Y, de esta forma, se establecían de manera implícita pautas y criterios similares en cuanto al bien tutelado, y a la estimación de los rasgos característicos y efectos del comportamiento infractor, para las vulneraciones de las normas penales o administrativas que venían regulando supuestos análogos; sin perjuicio de la postura que en diversas Sentencias se ha mantenido de que, lógicamente, la jurisprudencia sobre figuras delictivas recogidas en las normas penales no era aplicable a las infracciones de la Ley de Prensa e Imprenta, ya que éstas se referían a normas administrativas, carentes de la condición de tipicidad penal <sup>116</sup>.

### C) *Problemática de la antijuridicidad.*

El repaso a las distintas soluciones legislativas pone de relieve que existe una coincidencia generalmente manifestada en la inserción de la regulación del supuesto en la perspectiva jurídico-penal, aunque haya diferencias terminológicas en las expresas determinaciones de los valores, bienes o intereses que se vulneran; desde los preceptos que contienen una alusión a «la moral» sin más —operando así, según señala Desantes <sup>117</sup>, una remisión en bloque a un ordenamiento completo y total— hasta los que incorporan referencias a nociones que apelan a categorías o sentimientos de orden predominantemente subjetivo que, en cierto modo, entorpecen la necesaria objetivización; si bien,

116. Sentencias de 13 de marzo y 23 de diciembre de 1969.

117. JOSÉ MARÍA DESANTES, *La función de informar*, cit., págs. 221 ss.

como subraya Corts Grau<sup>118</sup>, no cabe decir de una manera absoluta que al derecho no le importe «la interioridad del ánimo», sino que entra en su función penetrar en ella «en cuanto que, de cerca o de lejos, afecte a relaciones sociales exteriores». Por consiguiente —y expresada con unas términos o con otros— se evidencia, en todos los supuestos, que la obscenidad o la pornografía se inscribe, en mayor o menor medida, en la tipología penal de los diferentes sistemas jurídicos.

Estamos, pues, ante conductas contrarias a las normas que constituyen el ordenamiento jurídico, tanto en cuanto suponen lesión de las de carácter moral o cultural vigentes en una comunidad determinada como en cuanto infringen los principios de orden superior que están en la raíz misma del derecho en cualquier tiempo y lugar; estamos, por otra parte, ante conductas que lesionan derechos, individuales y colectivos, fundados, como la sociedad misma, sobre la ley moral y que incorporan —en terminología grata a la ciencia penal alemana— bienes jurídicamente protegidos. En consecuencia, nos encontramos ante los elementos esenciales de la noción del delito que, superando la estrictamente legalista —como infracción de una ley penal, en que el derecho encarna— apuntan nuclearmente al quebrantamiento del derecho mismo: es decir, no ya a lo meramente ilegal, sino a la categoría de lo antijurídico.

Directamente ligada a las estimaciones conceptuales a que nos hemos referido en las páginas anteriores, nos encontramos, pues, con la problemática de la antijuridicidad. En el esquema de la noción del delito, el sector de lo «antijurídico» se inscribe entre el más amplio de «lo ilícito» —que alude a la oposición a los valores éticos— y el más restringido de «lo ilegal» —que se ciñe a la contradicción del precepto determinado, en la esfera del ordenamiento jurídico positivo—. La antijuridicidad —que es material, objetiva y valorativa— es una característica substancial del delito, porque en la esencia del delito está el ser contrario al derecho; es decir, antijurídico. Frente a la tipicidad —que implica la mera comparación cognoscitiva del supuesto con lo descrito en el precepto legal—, la antijuridicidad lleva en sí, inseparablemente, el elemento valorativo. Es —como ha dicho Mezger— «la valoración objetiva con la norma»; o —con palabras de von Hippel— el «juicio de reproche sobre el acto». La antijuridicidad, en sentido objetivo, es «la contradicción de la conducta con la norma», y «en última instancia, y en prueba de la indeclinable concatenación de todos los

118. JOSÉ CORTS GRAU, *op. cit.*, pág. 277.

principios de Derecho penal, que entrelazan y ligan con sus consecuencias, lo injusto o antijurídico, que se opone a la norma, lesiona el objeto jurídico u objeto de protección»<sup>119</sup>; es decir, los bienes jurídicamente protegidos<sup>120</sup>.

En lo que atañe concreta y directamente a nuestro tema, hay algunos aspectos que —en estrecha relación con esta noción de la antijuridicidad— requieren una atención más detenida. En primer lugar, la determinación de los bienes tutelados por el derecho, lesionados por las manifestaciones de la conducta en que recae la calificación de «obscena» o «pornográfica», está entorpecida o, al menos, dificultada por la incidencia de un factor de mutabilidad que es necesario valorar y que introduce un elemento polémico y perturbador en el trazado lineal de las categorías jurídicas. Por otra parte, se argumenta —y ello afecta derechamente al núcleo conceptual de la antijuridicidad, porque desencadena la presencia de una posible causa de justificación que la haría desaparecer— con la posible existencia, en el material presuntamente pornográfico, de valores de cualquier orden —literario, científico, técnico o artístico— compensatorios de sus efectos negativos. A ambos aspectos vamos a referirnos en las líneas que siguen.

a) *El factor de mutabilidad.*

Al fijar los criterios generales que delimitan el concepto de pornografía —y, por ende, de la figura de delito cuya noción tratamos de acotar— y al afirmar la inserción de los mismos —en cuanto elementos de la llamada «moral sexual»— en el mundo de la moral concebido en sentido genérico, apuntábamos ya un hecho que ha de condicionar el análisis sobre la materia: la existencia de un factor de variabilidad y mutabilidad, íntimamente ligado por otra parte —y mucho

119. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada, Buenos Aires, Tomo III, 1958, págs. 998-999. Como escribe Franz von Liszt, «el acto contrario al Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por lo tanto, una lesión o un riesgo de un bien jurídico» (citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, Tomo III, pág. 1.006).

120. Los bienes o intereses jurídicamente protegidos constituyen lo que se llama «objeto de protección» u «objeto jurídico» del delito, ya se entiendan en su acepción *genérica* —bien o interés social— o *específica* —bien o interés particular del sujeto pasivo— (Arturo Rocco), o se atienda a su aspecto *formal* —norma legal concreta— o *sustancial* —interés que la norma protege— (Battagliani).

más en períodos de ritmo acelerado en este sentido— a la idea de cambio. Por ello, hay que partir de la base de que, dentro del orbe de la moral, las ideas de «moral pública», «moral sexual», «obscenidad», «pornografía» —así como las de mayor acento subjetivo, pero de indudable relevancia jurídica, como «buenas costumbres», «pudor» o «decencia»— no constituyen categorías conceptuales inmutables. Y todas ellas aparecen, tanto en las construcciones doctrinales como en los textos legales concretos, señalando los «bienes jurídicamente protegidos» que el acto lesiona y que, por tal causa, se configura como delictivo<sup>121</sup>.

No quiere decir esto que haya de plantearse el tema en los términos de lo que se ha llamado teoría del «relativismo cultural», dentro de cuyo contexto general vienen a insertarse, en una vertiente concreta y específica, las posturas que postulan un «relativismo de carácter moral o ético». Ello supondría aceptar la tesis —en cuyo sentido se orientan, por ejemplo, las actitudes doctrinales de un Durkheim o un Graham Summer— de que «todos los valores son función o producto de la cultura a que corresponden y reflejan los intereses de la sociedad y de la cultura de que se trate»<sup>122</sup>. No puede, sin duda, desconocerse la incidencia del clima social y cultural en que un sistema de valores dado se origina en la formulación y el grado de vigencia de las normas morales que imperan en una sociedad determinada. Pero es preciso —para un adecuado enfoque del problema— insistir en dos ideas esenciales para llegar a una solución ordenada y válida: por una parte, que la moral es un «universal cultural», indispensable para la existencia de toda sociedad; por otra, que ciertos valores —los que podríamos llamar «valores universales»— son muy parecidos en todas partes, y las diferencias están tan solo en su impor-

121. Algunos autores han establecido clasificaciones de las figuras delictivas por las distintas características del bien jurídico lesionado y del sujeto pasivo. Las conductas concretas que examinamos podrían encajar en ellas, por ejemplo, en lo que Johan C. W. Thyrén llama «delitos contra la vida del sentimiento» (dentro de los delitos contra los particulares) o «de peligro general contra la vida del sentimiento» (dentro de los delitos contra la sociedad); o, en el marco de la clasificación de Von Ihering, entre los «delitos que atacan las condiciones de vida ideales del individuo» (lesión de bienes que procedan del sentimiento íntimo del hombre) o que «presentan un peligro general contra las conductas ideales de la vida social» (por ser amenazadas en sus bases morales o religiosas). Ambas catalogaciones enlazan, por otra parte, con la conocida determinación de las clases de delitos —según el acto— en delitos «de lesión» y «de peligro», atendiendo —en este último caso— al peligro abstracto, concreto y general o común.

122. Véase DAVID BIDNEY, *op. cit.*, págs. 311-312.

tancia relativa y en la extensión de su aplicación. Y estos «valores universales» no son únicamente meras categorías abstractas «sino normas y formas de conducta reguladoras, comunes a todas las culturas»<sup>123</sup>.

El término, introducido en los documentos pontificios por Pío XII y generosamente utilizado en los del Concilio Vaticano II, hace referencia a todos aquellos que, adjetivados de una forma u otra —«valores humanos», «valores fundamentales», «valores espirituales comunes», «valores supremos de la civilización»—, no pueden ser sometidos a revisión de una manera arbitraria porque escapan al dominio de la libertad humana<sup>124</sup>. Son aquellos valores que «informan, y al mismo tiempo dirigen, las manifestaciones de la cultura, de la economía, de al convivencia social, del progreso y del orden político, del ordenamiento jurídico y, finalmente, de cuantos elementos constituyen la expresión externa de la comunidad humana en su incesante desarrollo»<sup>125</sup>.

Hay, pues, un orden superior de valores —sustentadores de la ley moral— que, por estar basados en la propia naturaleza del hombre, sustancialmente inalterable, imponen su validez —«independientemente de toda circunstancia o eventualidad»— allí donde el hombre se encuentre<sup>126</sup>. Es un esquema de principios constantes, a los que no puede afectar el cambio, incompatible con toda «moral de situación» o toda «nueva moral» basada en existencialismos, actualismos o individualismos éticos. Pero tal afirmación no puede llevarnos —y en este sentido es también claro el pensamiento católico— a una petrificación absoluta de las normas que rigen la exteriorización de las conductas. Y así, en el terreno del orden temporal, parece indudable la necesidad de un proceso continuado de adaptación de los principios a las exigencias concretas que va marcando el cambio impuesto por los avances históricos y sociales, y a la situación real de las circunstancias de lugar

123. DAVID BIDNEY, *op. cit.*; dentro de esta misma concepción eminentemente culturalista del tema, el autor recuerda que, «como han afirmado Malinowski, Linton, Kluckhohn o Redfield, en todas las sociedades hay un núcleo común de valores culturales que procede de las funciones universales que cumplen algunos actos en orden a la satisfacción de las necesidades y aspiraciones humanas» (pág. 313).

124. Pío XII, Radiomensaje *L' inesauribile mistero*, 5 (24 de diciembre de 1956).

125. JUAN XXIII, Encíclica *Pacem in terris*, 36-37 (11 de abril de 1963).

126. Pío XII, Discurso *Soyez les bienvenues*, 15 (18 de abril de 1952) y discurso *Il programma*, 16 (13 de octubre de 1955).

y tiempo. «Por debajo de unas normas generales e inmutables se alinean otras que especifican aquellas y que tienen en cuenta la realidad vital, las vivencias del grupo en que se aplican, las circunstancias cambiantes que rodean y enmarcan el comportamiento individual»<sup>127</sup>.

Esta idea es la que reflejaba, hace algunos años, Pablo VI cuando apuntaba que «la vida moral se encuentra, por naturaleza, en estado problemático permanente», anclada en una situación de «incertidumbre constitucional» a la que, en ciertos períodos de la vida histórica, como el actual —cuando se pone en cuestión o se intenta desmembrar el complejo de normas, derechos y deberes existentes y se trata de implantar, para sustituirlo, un «nuevo estilo de vida»—, se agrega una «incertidumbre ideológica»<sup>128</sup>. Ello no quiere decir que pueda ponerse en causa, en ningún caso, lo que en el orden moral hay de fijo, de estable, de permanente, de inmovible y de inmutable. Pero tampoco que se desdeñe o se olvide la necesidad de una acomodación de márgenes de permisibilidad que operen el ajuste continuado y permanente de la norma vigente a la realidad social. En fin de cuentas, tal es la función del sistema jurídico-normativo, factor imprescindible para el funcionamiento del orden social humano: precisamente la de «fijar límites —por medio de normas positivas y negativas y de reglas— al ámbito de variabilidad permitido en el comportamiento». Y así como las reglas, a la luz de esta distinción y en cuanto simplemente reguladoras, «son éticamente neutras», las normas «llevan implícito un esquema de valores morales y, por tanto, cumplen también la función de impedir la manifestación abierta de motivaciones que son o se consideran socialmente perniciosas o perturbadoras». La variabilidad del comportamiento queda así limitada, encauzada, por un sistema de normas, con el objeto de «garantizar la aparición de comportamientos culturalmente normativos, así como regular la práctica de comportamientos socialmente normativos»<sup>129</sup>.

127. JOSÉ MARÍA DESANTES, *La función de informar*, cit., pág. 233.

128. PABLO VI, Catequesis en la audiencia general del día 3 de septiembre de 1972. (Texto publicado en «Revista de Estudios Sociales». Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, n.º 6; septiembre-diciembre 1972, págs. 202-204).

129. MELFORD E. SPIRO, artículo sobre *Cultura y personalidad*, en «Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales», Aguilar, Madrid, 1974, Volumen III. «Un orden normativo —dice— consta de dos variables relacionadas pero discretas: normas y reglas. Las normas prescriben el comportamiento; las normas prohibitivas o negativas prescriben la abstención. Las reglas regulan el comportamiento —sea prescrito o permitido— una vez que se da» (págs. 331-332).

En este sentido «el orden social humano es, pues, un *orden moral*», caracterizado por su universalidad, que limita, condiciona y encauza la tarea del legislador y del que tiene a su cuidado hacer cumplir las Leyes. Pero en ambas funciones juega básicamente el «factor temporal cambiante», por lo que se opera con frecuencia una remisión a conceptos que —como subraya Desantes, y se refiere concretamente al de «buenas costumbres»— incluyen ya ese factor<sup>130</sup>.

Ya hemos visto cómo la remisión a nociones específicas, en las que se acusa el sentido de mutabilidad, aparece casi como una constante en las formulaciones de los distintos sistemas legales. El Código Penal español utiliza las de «pudor» y «buenas costumbres» —referida la primera a la moral sexual individual y la segunda a la social—, o la más amplia de «moral pública» —inserta también en la dimensión social—, al tipificar el delito de «escándalo público»; la más restringida de «decencia pública», al referirse a las faltas de imprenta; y la vaga y genérica de «moral» sin más, en el apartado 5.º del artículo 566.

En la aplicación de estos preceptos,, la jurisprudencia ha ido determinando el componente de variabilidad de las normas éticas —en su aplicación cronológica y espacial— en todos los supuestos, matizando así incluso los que, referidos al artículo últimamente citado, podrían sugerir posibles vacilaciones<sup>131</sup>. Así, encontramos comunmente las afirmaciones de que, en cuanto al alcance de la expresión «moral», ha de entenderse referida a los conceptos de «moral social» o «pública»<sup>132</sup>, de naturaleza cambiante —como el de «moral sexual»— pues son diversos en los distintos países y épocas<sup>133</sup>; y que esta va-

130. Véase JOSÉ MARÍA DESANTES, *La función de informar*, cit. «En muchas ocasiones —dice— la remisión de la Ley a la esfera moral se hace ya incluyendo ese factor temporal cambiante y reenviando a las buenas costumbres, concepto sociológico en su acontecer, aunque ético en su valoración; su misma noción es esencialmente variable, ya que depende fundamentalmente de los cambios de creencias y actitudes, de las maneras de pensar y de vivir que se producen en el seno de la sociedad, ya espontáneamente, ya por una especie de precipitación catalizada por factores externos, entre los que no son de pequeño influjo los medios informativos» (pág. 234).

131. Véase JOSÉ MARÍA DESANTES, *La función de informar*, cit., págs. 249 ss.; y los trabajos citados de PEDRO CRESPO DE LARA, DANIEL FERRER MARTÍN, ENRIQUE GÓMEZ-REINO y JOSÉ ANGEL CASTRO FARIÑAS.

132. Sentencias de 17 de enero de 1969, 8 de febrero de 1969, 27 de diciembre de 1969 y 15 de junio de 1973.

133. Sentencias de 22 de noviembre de 1969, 26 de febrero de 1970 y 15 de enero de 1972. Algunas sentencias, como las de 19 de febrero de 1970 y 15 de ju-

riabilidad se vincula al «clima y a las costumbres vigentes en el país, a los principios o valores que informan «la conciencia nacional» o a las «costumbres y hábitos de la época»<sup>134</sup>. En cuanto a la medida de la ofensividad, en relación con la variabilidad de los conceptos, se habla en diversas sentencias del «sentimiento medio de la colectividad», de la «medida media» de la conciencia social, del «común sentir de la sociedad», del «sentir mayoritario de la comunidad» o del «sentido ético medio» poseído por ella<sup>135</sup>; estos planteamientos, en cuanto hacen referencia al «hombre medio» como sujeto receptor en su consideración global, o pueden hacerla a grupos determinados de destinatarios<sup>136</sup>, nos sitúan —más que en la consideración de una variable a añadir— en el análisis del elemento subjetivo de la forma delictiva que vamos considerando —y al que nos referiremos más adelante— como un factor de importancia en la fijación del concepto.

En el derecho italiano se subraya también el carácter relativo y variable, tanto de lo que debe entenderse por «*pubblica decenza*», como del concepto de «*pudore*», al que el Código Penal remite la calificación de obscenidad —centro y núcleo de la figura delictiva— al estar ligado, por la propia norma legal, al «*comune sentimento*». En la interpretación de lo que ha de entenderse por tal, la doctrina se bifurca en dos direcciones: de un lado, la *tradicional* o *histórico-realística*, que hace hincapié en las modificaciones que impone la realidad de cada momento histórico para vincular a la situación concreta el significado del «sentimiento común», como modo de sentir más ampliamente difundido en la colectividad; de otro, la *valorativa*, que remite el alcance del término «común» a lo que es normal u ordinario en la naturaleza del hombre, pasando el acento del «sentimiento medio de la comunidad» a la noción del «hombre medio», según un significado deontológico-

nio de 1973, llegan a una postura extrema al considerar a la moral —sin adjetivación alguna— como un «concepto abstracto, relativo y variable».

134. Sentencias de 17 de enero de 1969, 23 de diciembre de 1969, 26 de febrero de 1970 y 12 de abril de 1972.

135. Sentencias de 17 de enero de 1969, 8 de febrero de 1969, 8 y 26 de febrero de 1970, 12 de abril de 1972 y 18 de marzo de 1976.

136. Alude a este tema la sentencia de 27 de octubre de 1969 (recogida por PEDRO CRESPO DE LARA, *op. cit.*) que —entre las circunstancias mutables y junto a las de lugar y tiempo— sitúa las que llama sociológicas, «condicionadas por una permanencia de las características, tanto del sujeto receptor como de las facilidades que a éste se le ofrecen, moldeables aun por su edad y cultura en formación, y ello tanto individual como en su entidad colectiva».

co»<sup>137</sup>. Veremos más adelante, al hablar del sujeto pasivo o receptor, como puede determinarse el contenido de esta expresión de «hombre medio», utilizado como módulo referencial. Pero en lo que ahora concretamente nos interesa, basta con dejar apuntado que ambas corrientes proporcionan criterios positivos, porque lo cuantitativo —necesariamente predominante en un análisis de esta índole— comporta en sí un nuevo elemento de variabilidad, sometido asimismo a los vaivenes espacio-temporales, y no resulta racionalmente estimable sin la presencia de un ingrediente valorativo que conecte con la estabilidad del núcleo último de principios permanentes<sup>138</sup>.

En Francia, la referencia se produce a «*l'outrage aux bonnes moeurs*», abandonando —con respecto a la rúbrica anterior contenida en la Ley de 17 de mayo de 1819— la mención a «la moral pública y religiosa»: buena muestra del reflejo en las disposiciones sucesivas de la mutabilidad de las referencias conceptuales<sup>139</sup>. Ya hemos visto

137. Véase el análisis de estas dos tendencias, y su crítica, en CASIODORO CANTARANO, *Codice della legislazione sulla stampa*, cit., págs. 123 ss. Por su parte, ANTONIO TROIANO (*Manuale della Legislazione sulla stampa*, Ed. «La Navicella», Roma, 1964) afirma que la lesión del sentimiento de pudor se condiciona a la sensibilidad media de los ciudadanos —sentimiento común—, determinada a su vez por un complejo de factores ambientales, en un determinado momento histórico; así pues, para él, lo obsceno puede definirse como «todo aquello que puede turbar el sentimiento común de recato, respecto a las manifestaciones sexuales, en un determinado momento de evolución de las costumbres, de una sociedad determinada»; la dificultad de la tarea del juzgador está en que ha de operar con elementos y factores susceptibles de una valoración subjetiva y, por consiguiente, opinables (págs. 119-120).

138. La jurisprudencia italiana matiza el grado y la forma de aplicación de las tesis apuntadas. Una Sentencia de 15 de junio de 1966 estimaba que «la evolución de las costumbres no puede influir de modo determinante en la interpretación de la norma dirigida a tutelar el pudor y la decencia»; en algunas resoluciones (Sentencias de 27 de noviembre y 13 de diciembre de 1969, entre otras) se afirma que los conceptos indicados no pueden considerarse de modo absoluto, según esquemas rígidos, rigurosamente preestablecidos, sino evaluarse «ponderando el reflejo de la incidencia de la evolución de las costumbres»; un grupo numeroso de sentencias mantiene la tesis de que el «sentimiento común» no está identificado con el sentimiento que en un determinado período histórico tienen en común todos los que pertenecen a la colectividad (criterio historicístico), sino con el sentimiento resultante de la media de los sentimientos de sus componentes (criterio sociológico medio): se trata —«sentimiento medio de la colectividad»— de una postura equidistante entre tesis extremas (Sentencias de 20 de enero de 1959, 16 de marzo de 1962, 13 de marzo de 1967 o 15 de enero de 1971).

139. HENRI BLIN, ALBERT CHAVANNE, ROLAND DRAGO, *op. cit.*, pág. 485. Los autores recuerdan, a este respecto, las diferencias que, correlativamente, van ex-

hasta qué punto está teñida de variabilidad esta noción de «buenas costumbres». Por consiguiente, poco hay que pueda añadirse sobre el tema; tal vez apuntar que, analizada la línea seguida generalmente por la jurisprudencia francesa, se advierte la tendencia de reducir el alcance del término a las costumbres que inciden eminentemente en el área de lo sexual, acaso por considerar que, en este terreno, se llega más fácilmente al límite del posible desorden social, que los tribunales deben evitar <sup>140</sup>.

Los sistemas jurídicos anglosajones van dando acogida, sin plantearse de manera directa y como principio el tema del carácter cambiante de las normas éticas o morales, a términos y precisiones en que tal carácter aparece implícitamente contemplado. En Estados Unidos, la decisión *Roth* (1957) alude ya al hombre medio (*the average person*) y a la consideración del nivel contemporáneo de la comunidad (*contemporary community standards*). A partir de entonces, las sucesivas decisiones han ido incorporando expresiones de similar o análogo sentido dirigidas al mismo fin: así, va precisándose que las normas de decencia de la comunidad deben entenderse referidas a «una normativa nacional» (*Manual Enterprise v. Day*, 1962); que la acusación de obscenidad ha de basarse en la incidencia sobre «el individuo medio nacional» (*Jacobellis v. Ohio*, 1964); y en repetidos casos se insiste sobre el nivel establecido por las «normas de la comunidad contemporánea» (*Redrup v. New York*, 1967), acusando más el rasgo temporal que el de su situación en el espacio <sup>141</sup>. Por otra parte, y en lo que se refiere al Reino Unido, en el proyecto de disposición que se incluye en el Informe Longford para la modificación de las *Obscene Publications Acts*, la definición de obscenidad que se propone se refiere expresamente al ultraje a las «normas contemporáneas de decencia o humanidad aceptadas por el público en general» <sup>142</sup>.

En cuanto se refiere a otros países, hay que apuntar que una de las razones justificativas del proceso de «descriminalización» de las manifestaciones pornográficas que se viene operando, de manera muy

teriorizándose en el texto mismo de las disposiciones legales francesas: así, el Código de 1810 se refería a la exposición o distribución de canciones, panfletos, figuras o imágenes «contraires aux bonnes moeurs»; la Ley de 17 de mayo de 1819, a «tout outrage à la moral publique et religieuse ou aux bonnes moeurs», agravando las penas; y la de 29 de julio de 1881, otra vez a «l'outrage aux bonnes moeurs».

140. Sentencias de 13 de enero de 1957 o 12 de marzo de 1958.

141. Véase PAUL BENDER, *Definition of obscene under existeng Law*, cit.

142. *Pornografía. Informe Longford* cit., pág. 399.

especial, en los países escandinavos se apoya en el hecho de que la Ley no puede mantenerse «en un estado ya rebasado por los sentimientos y las normas de conducta de la comunidad» que se orienta decididamente hacia una máxima liberalización y tolerancia en relación con las representaciones sexuales; lo que tiene como consecuencia que, de hecho, la sociedad haya ido actualizando los límites de la libertad de expresión. Y, fuera de Europa, puede citarse, por ejemplo, la postura adoptada por los tribunales japoneses, en la línea de aceptar la existencia de ciertos límites establecidos que no es posible sobrepasar, aunque no se cuente con código alguno de comportamiento sexual plenamente aceptado en todos los supuestos y lugares; la afirmación continuadamente expuesta por la jurisprudencia mejicana de que, dado el carácter variable de las nociones de «moral social» o «buenas costumbres», dependientes del ambiente o grado de cultura de una comunidad, la determinación de los actos que pueden considerarse lascivos, obscenos o contrarios al sentimiento público del pudor es competencia de los jueces, que actuarán interpretando el sentimiento moral del «individuo medio»; o, finalmente, el informe emitido en 1969 por el Comité sobre Publicaciones Pornográficas de Israel, en el que se define el material obsceno con referencia a la injuria que puede producir en los sentimientos de un considerable sector de la población, de acuerdo con las normas aceptadas en la época y la sociedad de que se trate<sup>143</sup>.

b) *El llamado «valor social justificante».*

Se ha considerado desde diversos ángulos de enfoque la problemática que suscita, en cuanto a la calificación legal de «obsenidad» o la inclusión en el área de lo «pornográfico» de un material determinado, la presencia de alguna categoría de valores que puedan compensar su incidencia en la lesión de un bien jurídicamente protegido. Desde el punto de vista jurídico-penal, la consideración del problema nos lleva a la teoría de las causas de justificación, concebidas como aquellas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal. En consecuencia —superando los planteamientos del sistema «regla-excepción»—, la concurrencia de una causa de esta índole despoja al acto de su carácter antijurídico y supone que se ha

143. Véanse los artículos correspondientes a los países aludidos en «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», cit. (Volumen II: «Legal Analysis»).

realizado conforme a derecho. Lo injusto desaparece; se elimina la esencia de la acción injusta.

En el supuesto que examinamos, nos encontramos en presencia de una colisión de valores o de intereses en cuya existencia funda Adolfo Merkel la de toda causa de justificación. Se trata del conflicto con el mundo de los valores morales —en el que se sitúa la contemplación del tema de «lo obsceno» o «lo pornográfico» —de otras instancias estrictamente socio-culturales, entre las que se configuran, con pretensión de afirmaciones exclusivistas, las de carácter artístico o científico, cualesquiera que sean las manifestaciones en que se exterioricen. En el campo de las doctrinas penales, se han construido distintas explicaciones teóricas: desde la teoría finalista de Franz von Liszt —basada en la tesis de que el ataque a los intereses jurídicamente protegidos se presenta como el medio adecuado para la conservación de un fin reconocido por el Estado— a la de la esfera de libertad que el Estado deja a los individuos mantenida por Max Ernst Meyer, pasando por la postura de Edmundo Mezger, apoyada en el principio de la «valuación de los bienes». Es esta última la que sirve fundamentalmente de apoyo a Jiménez de Asúa<sup>144</sup> para construir su teoría de la «justificación supralegal», en que pueden mezclarse, por otra parte, ingredientes de la postura finalista y de la ausencia de la «tendencia interna transcendente», o elemento subjetivo de lo injusto. Surge así la valoración del «interés preponderante», en base a la mayor importancia jurídico-social del que se impone entre los dos en pugna o a la superioridad del que se salvaguarda<sup>145</sup>.

Tales son los términos en que se plantea la cuestión que ahora nos preocupa. Ante ella, las posturas teórico-doctrinales —girando sobre todo alrededor de la tensión arte-moral— han seguido caminos muy diversos y han dado muy dispares respuestas. No se trata, ni mu-

144. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, tomos III (1958) y IV (1952). Para él, la esencia de la «justificación supralegal» radica en el análisis de la norma de cultura para reconocer —si resulta con absoluta seguridad que no ha sido violada y que considera como justo el acto ejecutado— que la conducta está de acuerdo con el derecho y no es contraria a él.

145. Dice FRANZ VON LISZT (*Tratado*, tomo II: citado por Jiménez de Asúa, *op. cit.* Tomo III, pág. 1006) que, por muy cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales elevados a bienes jurídicos por la protección que el derecho les otorga, no pueden ser totalmente impedidos los conflictos y colisiones entre ellos; «el fin de la convivencia humana exige que en un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior».

cho menos, de un tema nuevo: podríamos decir que su presencia es casi una constante en la historia de la cultura humana. Pero el rasgo distintivo con que ahora aparece va estrechamente unido a toda la fenomenología, ya apuntada, del mundo de hoy: la situación de cambio social, la crisis de las formas de vida de una cultura y de sus bases sustentadoras, la masificación, el protagonismo manipulador de los medios de comunicación social, la alienación del hombre y su desorientación vital. Como una expresión más de todo ello, se trata de acotar áreas de valores autónomos, encastillados en su propia afirmación, fuera de la armónica arquitectura de un orden total. A través del arte y de la ciencia se busca abrir una brecha que borre o redima la potencia ofensiva de la obscenidad, su incidencia en el esquema de normas morales y, por consiguiente, en el ordenamiento jurídico. La consecuencia obligada de tal planteamiento es la de establecer un absoluto deslinde, una separación completa, entre las esferas del arte —o de la ciencia— y de la moral. La estética, sobre todo, reclama —con resonancias de la afirmación de neutralidad que inspiró a los estetas del «arte por el arte» y en la línea de los movimientos que se incorporan a la ofensiva de la «revolución sexual»— su entera independencia de la ética.

Pero esta formulación no parece fácilmente mantenible. En primer término, y encarando su raíz profunda, surge la idea clave de la articulación de toda actividad humana —por ser obra del hombre considerado como «un todo», que se proyecta unívoco en sus actos— en un orden superior de valores morales. Una neta separación entre esferas de esa actividad, como decía Pío XII, «no tiene sentido en la vida que es siempre una síntesis, ya que el sujeto de toda especie de actividad —y, por tanto, de la artística o la científica— es el mismo hombre, cuyos actos libres y conscientes no pueden escapar a la valoración moral»; por lo que, en fin de cuents, el arte tiene siempre «un inmediato reflejo en el campo ético»<sup>146</sup>.

Por ello, y si se sitúa a la moral en el ámbito de la «actuación conforme a la naturaleza del hombre», no puede haber vacilación alguna, como ha subrayado recientemente José María Desantes, en cuanto «a la radical incompatibilidad entre pornografía y arte, si éste se entiende como elevación y realización estética del hombre» y la pornografía —y de aquí su también radical inmoralidad— «señala la cota más elevada del despojo al ser humano de su naturaleza de ser humano»<sup>147</sup>. Porque

146. Pío XII. Discurso *La Famiglia* (23 de marzo de 1952).

147. JOSÉ MARÍA DESANTES, *La función de informar*, cit., pág. 239.

es necesario atraer de nuevo aquí la atención hacia la distancia existente —y a que antes nos hemos ya referido— entre lo que se entiende por erotismo y las manifestaciones pornográficas: y afirmar que mientras «el erotismo sano se presenta así en la auténtica obra de arte, y en este sentido puede ser paradigma de moralidad muy por encima del casuismo» ..., «la pornografía hace carnal el mismo espíritu; y lleva dentro de sí un tremendo sentimiento de angustia, porque inconscientemente es la negación de la clave de toda esperanza: la resurrección del cuerpo»<sup>148</sup>.

La doctrina pontificia en este aspecto se articula de modo inequívoco, a través de los textos sucesivos, en torno a la idea central de que todos los campos de la actividad humana han de subordinarse al orden moral. De Pío XII al actual Pontífice, son constantes las muestras que evidencian este pensamiento<sup>149</sup>. Pero acaso su desarrollo más significativo esté contenido en el Decreto *Inter mirífica*, que el Concilio Vaticano II consagra a los medios de comunicación social. Se plantea aquí directamente la cuestión de las posibles «relaciones de interferencia entre los llamados derechos del arte y las normas de la ley moral». La postura conciliar entronca lógicamente con la reiterada doctrina

148. FEDERICO SOPEÑA, *La moralidad en la obra de arte*, en «Moralidad pública en la sociedad española actual», Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid (Anales de Moral Social y Económica. Volumen XLII), 1976 (págs. 158-159).

149. Véase JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ GARCÍA, *Conceptos fundamentales de la doctrina social de la Iglesia*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1971, 4 volúmenes (Volumen III; pág. 288). Además del texto de Pío XII arriba citado, recordemos, por ejemplo, otro de los más conocidos suyos en el que, refiriéndose concretamente al tema de la libertad de expresión, subraya que no cabe utilizar forma alguna de difusión que ataque o se oponga gravemente al orden moral, aunque se aduzca la presencia de un «mérito artístico y técnico» (*Miranda Prorsus*, 35); el magisterio de Juan XXIII no se aparta de esta orientación claramente mantenida, en el sentido de la necesidad de ajustar las actividades temporales al superior orden moral y observar en el desempeño de cada una de ellas las leyes propias y los métodos que responden a su específica naturaleza (Encíclica *Pacem in Terris*, 150). Y análogas expresiones pueden encontrarse en las orientaciones doctrinales del actual Pontificado y en los documentos del Concilio Vaticano II; así, por ejemplo, cuando se afirma que, por la propia naturaleza de la creación, todas las cosas están dotadas de «un propio orden regulado, que el hombre debe respetar en el reconocimiento de la metodología particular de cada ciencia o arte» (Constitución *Gaudium et Spes*, 36); o cuando se dice, refiriéndose específicamente a toda forma de pornografía a través de los modernos medios de comunicación, que «en vano se trataría de buscar justificación a estas depravaciones con el pretexto de exigencias artísticas o científicas» (Encíclica *Humanae Vitae*, 21).

mantenida cuantas veces ha sido preciso hacer referencia al problema. «Las más de las veces —expone— las controversias que surgen sobre este tema tienen su origen en falsas doctrinas referentes a ética y estética»; y continúa afirmando que «el Concilio proclama que la primacía del orden moral objetivo ha de ser aceptada por todos, puesto que es el único capaz de trascender y armonizar en la forma más conveniente todos los demás órdenes humanos, por dignos que sean, sin excluir el arte; pues solamente el orden moral abarca al hombre como un todo, hechura racional de Dios y llamado a lo sobrenatural y, cuando tal orden moral se observa íntegra y fielmente, le conduce a la perfección y bienaventuranza plena»<sup>150</sup>.

Afirmado este entronque inmutable, es claro que ninguna consideración referida a valores ajenos al orden moral puede prevalecer con eficacia eximente de la intrínseca obscenidad de una publicación, obra u objeto determinado, apreciada con respeto y acomodación al núcleo ético esencial que no admite incidencia de factores de variabilidad. Dada esta situación, aparece como irrenunciable el principio de subordinación del arte a la moral; la independenciamoral y la neutralidad moral —con la marginación consecuente— de la obra de arte sólo podría aceptarse —si es que puede concebirse una aprehensión asépticamente deslindada— en la consideración de lo que tiene de «expresión formal expresiva», eminentemente técnica; pero nunca en cuanto a su «carga expresiva», al contenido conceptual, espiritual o ideológico que comunica, en el que existirá siempre una intención y una finalidad<sup>151</sup>. Porque, como dice Nuvolone, «cuando es evidente la intención del autor de provocar la incitación erótica —elemento tipificador de «lo obsceno» o «pornográfico»— no puede hablarse de obra de arte, porque el arte es extraño a tal finalidad»<sup>152</sup>.

Pasando del terreno doctrinal al de las manifestaciones legislativas, hemos de señalar que el tema ha tenido un singular relieve en la elaboración jurisprudencial norteamericana, a lo largo de las distintas decisiones que, más o menos directamente, han ido configurando la teoría de lo que se ha llamado «valor social justificante» (*redeeming*

150. Decreto *Inter mirifica*, 6 (Concilio Vaticano II; 4 de diciembre de 1963).

151. Véase JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ DE MUNIAIN, *Tensiones éticas del arte en la cultura actual*; en el volumen «Los medios de comunicación de masas ante la moral», Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid (Anales de Moral Social y Económica. Volumen XXIII), 1970; págs. 120-223.

152. Citado por CASIODORO CANTARANO (*Codice della Legislazione sulla stampa* cit., pág. 127).

*social value*)<sup>153</sup>. Ya en 1860, al delimitarse por primera vez de manera rigurosa la noción de obscenidad, pareció abrirse un resquicio a la posibilidad de defensa en aquellos casos en que el «valor social» tuviese más peso que la tendencia nociva de la publicación o material incriminado. En decisiones posteriores se habla genéricamente de la estimación de la obra en su conjunto (*as a whole*), lo que parece que implícitamente acoge la inclusión de su valor literario y artístico, apuntándose en alguna ocasión la ponderación del esfuerzo que pueda suponer para reflejar la realidad de la vida —aún en lo más abyecto— siempre que lo haga de manera correcta y equilibrada<sup>154</sup>.

En la fundamental decisión recaída en el caso *Roth* (1957) la cuestión se toca de manera indirecta y a través de un pasaje extraordinariamente confuso, en el que, tras aludir al hecho de que en cualquier idea puede hallarse siempre un mínimo de «importancia social» que la haga merecedora de la protección constitucional, concluye subrayando que en el espíritu de la aplicación de la Primera Enmienda a la Constitución ha estado siempre subyacente la repulsa de la obscenidad como enteramente desprovista de cualquier «valor justificante» de este carácter. Una interesante resolución dictada poco después sobre material fotográfico<sup>155</sup> estimó que, aunque éste podría indudablemente ser considerado como obsceno a la luz de la doctrina establecida en la decisión *Roth*, su utilización habría de ceñirse exclusivamente a propósitos científicos, por lo que se imponía lógicamente resolver su exclusión.

Hay que llegar a 1964 para que el tema surja como elemento adicional —en relación con el de la «incitación lasciva»— en la determinación del concepto de obscenidad; en esta ocasión se afirma ya decididamente el criterio de que no puede ser tachado de obsceno, ni puede serle negada la protección constitucional, a ningún material que trate de cuestiones sexuales y que «tenga un valor literario, científico o artístico o cualquier forma de importancia social»<sup>156</sup>. La radical afirmación tuvo, sin embargo, a través de la opinión expresada por los jueces Warren y Clark, un inmediato correctivo —ligado, por otra parte, a otra de las constantes de los planteamientos jurídico-doctrinales—: el que enlaza con las ideas de «utilización» o «destino» del

153. Véase PAUL BENDER, *Definition of obscene under existing Law*, cit.

154. Decisiones en los casos *Regina v. Hicklin* (1860) y *United States v. Bennet* (1879); es de interés el dictamen del Juez Curtis Bok (1949).

155. Caso *United States v. 31 Photographs* (1957).

156. Caso *Jacobellis v. Ohio* (1964).

material de que se trate, y que puede incluso hacer incurrir en la catalogación de obscenidad a un tratado de carácter técnico o legal al ser exhibido o vendido a menores.

Las decisiones posteriores siguen en líneas generales la formulación anteriormente recogida, matizando los supuestos y precisando su alcance<sup>157</sup>. La prohibición solamente puede recaer en los casos en que se afirme que una obra carece absolutamente de cualquier valor social; sin embargo, en relación con esta tesis, los Jueces Clark y White argumentaron que la existencia de un valor social no debe suponer sin más la exención automática de la calificación de obscenidad, constituyendo un factor independiente en el análisis, sino que ha de considerarse tan sólo como un elemento importante para determinar el «interés lascivo predominante» del material incriminado. La resolución adoptada en el caso *Redsrup v. New York* estableció que la «carencia total de valor social justificante» había de conjugarse en el análisis como un elemento unido a los de que el «tema dominante» suponga incitación sexual lasciva y sea patentemente ofensivo a las normas de la comunidad contemporánea.

En conexión con todo ello, ha sido también objeto de polémica el alcance de lo que ha de entenderse como «valor social justificante», en relación con la índole de los valores que pueden estimarse incluidos en esta rúbrica, a efectos de sus consecuencias legales. Frente a los que tienden a reducir el ámbito a los valores estrictamente ideológicos, se levantan las posturas que propugnan un horizonte más ancho que recoja incluso los sectores consagrados al puro entretenimiento y diversión. En este sentido, es importante contemplar la decisión del caso *Stanley*<sup>158</sup> que, tras señalar que «la línea entre la transmisión de las ideas y el mero entretenimiento adolece de una excesiva indeterminación», se inclina a proclamar prácticamente la equivalencia entre ambas áreas valorativas; desmesurada ampliación del enfoque del tema que hace imposible, de hecho, que prospere reclamación alguna en este terreno.

En el ordenamiento jurídico inglés<sup>159</sup>, la cuestión aparece expresamente recogida en la Sección 4 de la *Obscene Publications Act* de 1959:

157. Casos *A Book Named John Cleland's Memoirs of A Woman of Pleasure (Fanny Hills) v. Massachusetts* (1966); *Mishkin v. New York* (1966); y *Redsrup v. New York* (1967).

158. Caso *Stanley v. Georgia* (1969).

159. Véase BRYAM BROMBERGER, *op. cit.*; y *Pornografía. Informe Longford cit.* (págs. 396 ss.).

de acuerdo con sus términos, no cabe condena por obscenidad cuando la publicación del texto de que se trate «queda justificada por dirigirse al bien público (*public good*), en interés de la ciencia, la literatura, el arte, la enseñanza o cualquiera otra materia de interés general»; para la determinación de la existencia de tales méritos o valores puede tenerse en cuenta la opinión de los expertos, con la peculiaridad de que sólo será admitida si se manifiesta en sentido positivo. Una disposición análoga se encuentra en la *Theatres Act* de 1968 (Secciones 2 y 3), en que se excluye la posibilidad de condena cuando se trate de obras que se estimen comprendidas en esta noción de «bien público», en el sentido de que fuesen favorables a los intereses «del teatro, la ópera, el ballet o cualquier otro arte, o de la literatura o la enseñanza»<sup>160</sup>.

La interpretación judicial —a través de decisiones e instrucciones apoyadas en razones pragmáticas en la consideración de casos concretos— ha atemperado en alguna medida la formulación, despojándola de los riesgos de un excesivo automatismo en su aplicación. Así, por ejemplo, se estima que la «fuerza del mérito literario, sociológico o ético» ha de tenerse en cuenta en relación con la de la tendencia a la «depravación» o la «corrupción» que en el supuesto enjuiciado se manifieste e incluso con la amplitud, nivel y condiciones de la audiencia, a fin de que, sopesados todos los factores, pueda llegarse a una decisión equilibrada sobre la auténtica existencia de un «bien público» que pueda admitirse como justificativo<sup>161</sup>. Se pasaría así de la estimación automática de una causa eximente a la de una posible causa modificativa de la responsabilidad.

En los últimos años, los diversos trabajos realizados sobre las normas inglesas en vigor y sus posibles modificaciones han venido planteándose el tema. En el ya citado informe del Comité del «Arts Council» de 1969 se mantiene que «es imposible dar una definición de obscenidad que no lleve aparejada la cuestión de contrapesar la depravación y la corrupción con el mérito artístico de la obra y las exigencias del bien común» (párrafo 6.º). Por su parte, el Informe Longford, en sus consideraciones y recomendaciones legales<sup>162</sup>, se

160. Por su parte, la *Vagrancy Act* de 1824, modificada en 1938, estimaba que las pinturas o dibujos que, de acuerdo con sus normas, fuesen calificados como «indecentes», no podían ser objeto de defensa legal sobre la base de sus valores artísticos.

161. En tal sentido se orientaron las indicaciones sugeridas al jurado en el caso *Calder and Boyard Ltd.* (1968).

162. *Pornografía. Informe Longford*, cit. (pág. 402).

muestra contrario a la subsistencia de las previsiones contenidas en la citada Sección 4 de la *Obscene Publications Act* y en las Secciones 2 y 3 de la *Theatres Act*; se pregunta por la razón de que la posibilidad de exculpación que en las mismas se acoge para las publicaciones u obras teatrales no se da, por ejemplo, para el envío por correspondencia de material obsceno de acuerdo con las normas de la *Post Office Act*; y concluye afirmando que, para mantener dicha exculpación, habría que dar ante todo una respuesta satisfactoria al interrogante de en qué circunstancias pueden considerarse positivas para el «bien público» la publicación o presentación de tal material. En su opinión, no cabe plantear la exoneración cuando se trate de una publicación o una obra que, según la definición legal, tenga la consideración de obscena; ya que es impensable el planteamiento de que pueda estimarse incurso en los términos de tal definición cualquier obra o publicación de auténtico valor científico, literario o artístico. El problema no está en borrar, en razón de determinadas circunstancias, los efectos de una calificación legal; sino, por el contrario, en considerar que, en algunos supuestos, dicha calificación no es jurídicamente procedente.

Entre las legislaciones europeas, merece la italiana una atención especial, pues en ella se sanciona de manera expresa la causa de exención que venimos estudiando<sup>163</sup>. Sobre la base de la norma contenida en el artículo 33 de la Constitución («*l'arte e la scienza sono libere e libero ne e l'insegnamento...*»), el párrafo 2.º del artículo 529 del Código Penal establece de manera concluyente que «no se consideran obscenas las obras de arte o de ciencia, salvo que, con finalidad que no sea la de la enseñanza, sean ofrecidas en venta, vendidas o de alguna manera proporcionadas a personas menores de dieciocho años». Parece que de la terminante redacción del precepto —*non si considera oscena*— podría deducirse lógicamente una consecuencia análoga a la postura mantenida a este respecto en el Informe Longford, a que acabamos de referirnos. Sin embargo, las interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales acusan señaladas divergencias. De una parte, se apunta el criterio que considera que la cláusula de exención recae en todo caso sobre una obra en que concurren los requisitos establecidos

163. Véase CASIODORO CANTARANO, *Regime giuridico della Stampa* cit. (págs. 68 ss.) y *Codice della Legislazione sulla stampa* (págs. 121-137); ANTONIO TROIANO, *Manuale della Legislazione sulla Stampa*, cit. (págs. 117 ss.); MIRJAN DAMASKA, *op. cit.*, (págs. 175 ss.); ALFREDO JANNITTI PIROMALLO, *La legge sulla stampa*, Jan-di Sapi, Roma, 1957; MAZZANTI, *L'osceno e il diritto penale*, Milano, 1962.

en el párrafo primero del mismo artículo 529 para determinar, a efectos legales, la calificación de obscenidad: es decir, la capacidad de ofensa al pudor, según el sentimiento común. Y se arguye que ello es así —en línea de rigurosa interpretación lógica dentro del entero contexto del precepto— porque, de lo contrario, la obra no asumiría el carácter de obscena, si no reuniese las condiciones que la califican como tal, al hacerla llegar a un menor de dieciocho años <sup>164</sup>.

Por el contrario, afirma Cantarano que «la disposición no configura una causa de no punibilidad, sino que limita objetivamente al ámbito de la obscenidad delictiva, excluyendo *a priori* tal carácter en la obra artística o científica; se refiere, pues, a la propia noción de *obscenidad* y, por tanto, al elemento objetivo del delito». Y reseña seguidamente las dos corrientes que se manifiestan en el ámbito de esta teoría, que hoy parece la más consolidada: la que subraya que «la exclusión objetiva del carácter de obscenidad de las obras de arte o de ciencia es el efecto de una *ficitio iuris*» (Grispigni, Malinverni) y la que afirma que el aludido artículo 529 «no establece una excepción a la represión penal de la obscenidad, sino la incompatibilidad de lo obsceno con la obra de arte o de ciencia y, por consiguiente, la exclusión objetiva en ella del contenido obsceno» (Carnelutti, Marciano, Battaglini, Nuvolone) <sup>165</sup>. En las decisiones jurisprudenciales se acogen asimismo diversas tesis interpretativas del alcance jurídico de lo dispuesto en la norma que comentamos <sup>166</sup>.

La conciliación de ambas tesis —la una sustentada sobre elementos técnicos-formales de hermenéutica legal; apoyada la otra en razo-

164. Véase MIRJAN DAMASKA, *op. cit.* (pág. 176).

165. CASIODORO CANTARANO, *Codice della Legislazione sulla Stampa*, cit. (pág. 125).

166. Se afirma en algunas sentencias que la disposición requiere y supone la previa obscenidad de la obra de que se trate; lo que ocurre es que, en su valoración, la obscenidad desaparece frente al predominante valor artístico o científico de la misma, y queda despojada de su capacidad de ofensa al pudor, por lo que pierde su relevancia a efectos penales (SS. de 7 de julio de 1953, 20 de febrero de 1970 y 20 de diciembre de 1973); otras resoluciones mantienen que no se configura una causa de no punibilidad —es decir, una excepción a la represión penal de la obscenidad—, sino que se restringe o se limita el ámbito de la tipicidad objetiva de lo obsceno, excluyendo *a priori* tal carácter de las obras artísticas o científicas, determinándose así una hipótesis objetiva de inaplicabilidad de la sanción (SS. de 18 de abril de 1953, 18 de mayo de 1954, 15 de noviembre de 1968 y 5 de marzo de 1971) o introduciendo una *ficitio iuris* según la cual un objeto capaz de ofender el sentimiento del pudor se considera no obsceno gracias a su intrínseco contenido artístico; se opera, pues, una mera restricción del campo

nes de fondo que apuntan en profundidad a la propia esencia de las categorías y valores en juego— puede estar, seguramente, en la contemplación, desde un enfoque teleológico, de la diferencia entre las normas de una regulación general y las de una regulación específica; desde este punto de vista, es la consideración del destinatario —esencial en este terreno, tan implicado en el de las exigencias morales y que condiciona la existencia de una normativa específica— la que hace elevar el grado de «ofensividad moral» de la obra de que se trate —legalmente irrelevante a la luz de las normas generales al no suponer transgresión de valores tutelados por ellas— hasta hacerla acceder al ámbito legalmente acotado de lo obsceno, por el hecho de recuperar, en relación con la especial condición de dicho sujeto pasivo, su potencia ofensiva contra el pudor a él referida, según la noción que en este caso singularizado impone el sentimiento común<sup>167</sup>. De esta forma, la disposición del párrafo 2 del artículo 529, al propio tiempo que se conforma a la norma del artículo 33 de la Constitución, refuerza su acatamiento a la normativa constitucional en su conjunto, que contiene asimismo el mandato, en su artículo 21, de que el ejercicio de la libertad de expresión y difusión del pensamiento que proclama no sea contrario a las buenas costumbres. Y aparece en perfecta concordancia, dentro del contexto total del ordenamiento jurídico, con lo establecido en el párrafo primero del artículo 14 de la Ley de 8 de febrero de 1948, a cuyo tenor las disposiciones del artículo 528 del Código Penal —y, en consecuencia, lo previsto en el 529— son aplicables a las publicaciones destinadas a la infancia y a la adolescencia, cuando, por la sensibilidad e impresionabilidad que les son propias, puedan ofender su sentimiento moral o incitar a la corrupción, el delito o el suicidio. No hay aquí, por tanto, una remisión a la noción genérica del pudor,

normativo mediante un procedimiento lógico de carácter ficticio, radicado en la presencia de un determinado presupuesto (S. de 20 de enero de 1959). Las referencias anteriores están recogidas en la citada obra de CANTARANO *Codice della Legislazione sulla stampa* (págs. 133 ss.).

167. Observa CANTARANO (*Regime giuridico della stampa*, cit. pág. 70) que la obra no es obscena —y sigue no siéndolo— según la significación jurídica del término, en cuanto no ofende el sentimiento común del pudor, pero es susceptible de turbar la sensibilidad de una categoría específica de receptores o destinatarios del mensaje; la ilicitud no está en la obra, sino en el comportamiento de quienes subvierten su función dirigiéndola a fines que no les son propios; la causa de la represión penal está en el hecho de proporcionar la obra, por motivo ajeno a la enseñanza, a un sujeto inmaduro; en estos casos, como apunta NUVOLONE, la limitación no incide sobre el derecho de creación, sino sobre el de difusión del impreso a un sector cualificado de destinatarios.

sino que se matiza y perfila la aplicabilidad a supuestos específicos de una disposición concebida desde un punto de vista genérico.

En los ordenamientos jurídicos de los restantes países no se encuentran tan claras y expresas formulaciones del tema. En lo que respecta a Alemania Occidental, el problema se inserta —como ya vimos anteriormente— en una polémica doctrinal a nivel de normas de rango constitucional, referida a la posibilidad de conjugar los preceptos del artículo 5 de la Constitución en cuanto a la libertad de expresión (párrafo 2), para la que se admiten limitaciones legales, y a la libertad del arte, la ciencia y la investigación (párrafo 3), para la que no se apuntan vías limitativas; los Tribunales no admiten la postura, basada en el juego de las indicadas normas, de que la existencia de valores de esta índole prive automáticamente a la obra de su posible carácter obsceno —a través de lo que pudiéramos llamar una «cláusula constitucional salvadora»— y se esfuerzan en abrir cauces legales a las fórmulas de limitación, apoyadas en la garantía del «libre desarrollo de las artes o las ciencias»<sup>168</sup>. En Francia, la jurisprudencia —en base a lo dispuesto en el artículo 290.2 del Código Penal<sup>169</sup>— ha subrayado a veces la falta de méritos literarios entre las circunstancias que pueden determinar la tipificación de la acción de que se trate como incurso en la rúbrica de «*outrage aux bonnes moeurs*»; pero sin sentar ninguna línea directiva, clara o continuada, que pueda apoyar una posible doctrina interpretativa<sup>170</sup>. En Israel se marca, como criterio para la aplicación de las normas, que la definición de la ofensa se realice de tal forma que no caigan en su esfera las obras en que concurren méritos literarios, artísticos o científicos o que comporten otros valo-

168. Véase el artículo *West Germany*, de MIRJAN DAMASKA, en el «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», cit. (Vol. II, págs. 223-224).

169. Establece este precepto que «le tribunal ordonnera la saisie et la destruction des objets ayant servi à commettre le délit; il pourra, toutefois, si le caractère artistique de l'ouvrage en justifie la conservation, ordonner que tout ou partie en sera versé aux collections ou dépôt de l'Etat».

170. Como recuerdan HENRI BLIN, ALBERT CHAVANNE y ROLAND GARRO (*op. cit.*, pág. 488), ya una antigua sentencia de 22 de noviembre de 1902 afirmaba la dificultad de distinguir lo que separa el arte, aun licencioso, de la obscenidad vulgar y grosera, y la práctica imposibilidad de proscribir, a título de ultraje a las buenas costumbres, toda representación pura y simple, y más o menos discreta, de las formas humanas; pero, en definitiva, corresponde siempre al juzgador apreciar cuál es, en cada caso, el fin que se persigue. Y análogas consideraciones pueden hacerse en cuanto a la actitud que se mantiene respecto a las obras de carácter científico.

res sociales<sup>171</sup>. Asimismo, cabe apuntar que en la orientación legislativa yugoslava va abriéndose también camino, al amparo de la actual tendencia a la tolerancia y aunque no se formule de manera objetiva y general, la aplicabilidad de la teoría del «valor social justificante»<sup>172</sup>. Finalmente, en otros países, como Japón, se estima que las esferas del arte y la obscenidad están claramente diferenciadas, y que los posibles méritos artísticos de una obra son irrelevantes para su consideración social y legal; los juzgadores han proclamado en diversas oportunidades que sus decisiones han de estar basadas enteramente en los planos legal y moral, sin intromisión del mundo de valores estéticos<sup>173</sup>.

#### D) *Cuestiones ligadas a la tipicidad.*

Si en la antijuridicidad prima el elemento valorativo, la tipicidad —como elemento del delito— gira esencialmente en torno a lo meramente descriptivo, con una función cognoscitiva predominante. El tipo legal indica lo antijurídico: «como característica cognoscitiva, la tipicidad supone la adecuación objetiva que concreta o señala un injusto»<sup>174</sup>. No puede hablarse, pues —como a veces se ha hecho— de «ratio essendi», sino de indicio de la antijuridicidad.

De esta forma, se definen y precisan los que se han considerado «tipos normales»; es decir, los de mera descripción objetiva. En ellos, la Ley, al definir el delito, se limita por lo general a la descripción más o menos escueta y detenida de los hechos y circunstancias que lo configuran. Pero ocurre, a veces, que no basta con el mero proceso de conocimiento para detectar la existencia del tipo, porque aparecen en él elementos de otro orden que exigen un esfuerzo de penetración valorativa en el ánimo o la intención del sujeto activo, en el carácter antijurídico de su conducta o en la reacción que suscita o pueda provocar. Se trata, entonces, de los que Jiménez de Asúa ha llamado «tipos anormales», en los que se inscriben elementos «normativos» o

171. ERNEST LIVNEH, *Israel*, en «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography» cit. (Volumen II, págs. 165 ss.). Véanse especialmente las recomendaciones del Comité sobre Publicaciones Pornográficas de 1969 (párrafo 101), recogidas en el trabajo citado (pág. 173).

172. MIRJAN DAMASKA, *Yugoslavia*, en «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», cit. (Vol. II, págs. 233 ss.).

173. PETER HOCKER, *Japan*, en «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography», cit. (Vol. II, pág. 187).

174. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, Tomo III, pág. 773.

«subjetivos». Vamos a tratar seguidamente de los problemas que surgen en ambos supuestos, acomodando en cada uno de ellos —dentro de la tipificación delictiva— los factores de mayor relevancia para seguir trazando los contornos del concepto de pornografía.

a) *Los elementos descriptivos del tipo.*

Analizando las formulaciones contenidas en los textos legales de los diversos ordenamientos jurídicos, podemos advertir una generalizada coincidencia en la enunciación de las modalidades del delito. Se sigue en general el sistema de descripción casuística —que la doctrina considera como el más defectuoso, ya que nunca agota el repertorio de posibilidades— de carácter alternativo. Es decir, suele configurarse una sola figura delictiva con diversidad de supuestos —lo que Marcelo Finzi llama «delitos con pluralidad de hipótesis»—: basta con que uno de ellos se produzca para que se realice la subsunción del hecho en la norma <sup>175</sup>.

La formulación casuística de los tipos se centra siempre en torno a un factor de exteriorización de la conducta, tendente al logro de especiales finalidades. Este criterio queda claramente de manifiesto en los instrumentos legales internacionales, que se han planteado de modo preeminente la preocupación de reprimir la circulación y tráfico de objetos y publicaciones obscenas <sup>176</sup>. Se trata de tomar las medidas necesarias para descubrir, perseguir y castigar a los que produzcan, posean, importen, transporten, exporten o hagan importar, transportar o exportar material de cualquier clase con fines de tráfico, distribución o exhibición pública; a los que de algún modo pongan dicho material en circulación, participen en su comercio, traten con ellos, los distribuyan o exhiban en público o se dediquen a alquilarlos; y a los que anuncien o den a conocer de cualquier modo, con objeto de favo-

175. El Código Penal español es una excepción en este aspecto: de los dos artículos que se refieren al delito de escándalo público, el 431 habla tan sólo del «que *de cualquier modo* ofendiere al pudor o las buenas costumbres con grave escándalo o transcendencia»; y el 432 alude más al medio que al modo, haciendo incurrir en sanción al que «expusiere o proclamare por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública».

176. Acuerdo de París de 4 de mayo de 1910 (ratificado el 15 de marzo de 1911 y modificado por el Protocolo de Lake Success de 4 de mayo de 1949) y Convenio Internacional de Ginebra de 12 de septiembre de 1923 (modificado por el Protocolo de Lake Success de 12 de noviembre de 1947).

recer la indicada circulación o tráfico punible, el hecho de que una persona realice los citados actos o la forma de procurarse, directa o indirectamente, el material indicado<sup>177</sup>. Aquí está ya recogida la casi totalidad de los supuestos que van a aparecer reiteradamente en las legislaciones de los distintos países.

Entre los europeos, pueden servirnos de módulo, para fijar las categorías más habituales en que se concretan las modalidades de infracción, las enunciaciones contenidas en los artículos 283 del Código Penal francés y 528 del Código Penal italiano. Ambos se ajustan al modelo clásico del tipo con formulación casuística de carácter mixto alternativo, y contienen una serie de hipótesis orientadas fundamentalmente por las aludidas en el Convenio de Ginebra, inspirador directo en los dos casos. Sin embargo, sobre la pauta rectora indicada, se perfilan determinados supuestos para hacer más comprensivas las rúbricas utilizadas y acoger en ellas aspectos que la realidad ha ido presentando como dignos de tener en cuenta.

Se insiste, en primer término, en que la producción, posesión o conservación de material obsceno o que ultraje a las buenas costumbres —así como su importación, exportación o transporte— sólo alcanzarán consideración de delictivas cuando tengan por objeto cualquier forma de tráfico, distribución, alquiler, exhibición o anuncio<sup>178</sup>. Se introduce, pues, un elemento finalista o de intención que obligará, cuando no aparezca de manera patente, a una operación valorativa que aproximará el tema —como luego veremos— al juego de elementos normativos o subjetivos del tipo. Quedan excluidas, por tanto, todas aquellas manifestaciones que afecten exclusivamente a la esfera de acción privada y en que no se dé el factor de exteriorización, difusión o publicidad<sup>179</sup>. En este aspecto hay un consenso generalizado y tan

177. Artículo 1.º del Convenio Internacional de Ginebra de 1923.

178. El Código francés emplea la expresión «en vue d'en faire commerce, distribution, location, affichage ou exposition»; el italiano habla de «chiunque allo scopo di farne commercio o distribuzione ovvero di sporli pubblicamente».

179. En Norteamérica, el dictamen del caso *Stanley v. Georgia*, ya citado, afirmaba que «la mera posesión privada de materiales obscenos no puede considerarse, constitucionalmente, como delito»; recordemos que, en su planteamiento, la única actividad que quedaba penalizada era la distribución pública; por otra parte, cincuenta de los Estados cuentan con disposiciones penales que prohíben la distribución de tales materiales. El llamado informe Wolfenden del «Committee on Homosexual Offenses and Prostitution» (1957) afirmó también que «no es función de la Ley inmiscuirse en las vidas privadas»; y, en el mismo sentido, el proyecto de Código Penal Modelo del American Law Institute sólo consideraba incriminables los casos de exposición o exhibición pública (véase MARTHA ALSCHULER,

sólo algún país —como la URSS— recoge el hecho de la mera confección o producción como posible elemento tipificador de la acción delictiva: en este caso, podríamos tal vez encontrarnos ante una figura encuadrable en los que se han llamado «delitos con resultado cortado» (Binding) o «de resultado anticipado» (Jiménez de Asúa), como un caso de los «delitos de tendencia interna transcendente», de «intención» o de «designio».

Por otra parte, la necesidad de hacer frente al tráfico clandestino que caracteriza muchas de las actividades del mercado pornográfico, hace que se ensanchen las formulaciones de lo delictivo en determinadas hipótesis. En esta línea, el Código Penal francés, al hablar de la venta o alquiler, o de los actos encaminados a ello, no requiere necesariamente que se realicen públicamente, así como tampoco la oferta de material obsceno; caso este último en que aún se refuerzan más las previsiones, contemplándose el supuesto de oferta gratuita y cubriendo la que se lleve a cabo en cualquier forma, directamente o «*par un moyen détourné*». El Código italiano aborda el tema con mayor claridad y considera cualquier clase de tráfico, «*anche se clandestino*», de los objetos indicados.

El examen de las fórmulas empleadas en los preceptos penales de otras legislaciones añade, en determinados casos, alguna matización al esquema general, que no supone la introducción de modificaciones importantes. Es unánime el mantenimiento del principio de «difusión pública» como condicionante del delito, aún en aquellos países donde —como en Dinamarca o en Suecia— se ha llegado a posiciones maximalistas; o en los que, como Portugal, se han visto precisados a adoptar previsiones correctoras que impidan el que, como fruto de medidas excesivamente tolerantes, se produzca un indeseable incremento de las manifestaciones pornográficas<sup>180</sup>.

Pero debemos apuntar también que este principio de exteriorización o difusión, que aporta el efecto de transcendencia pública que tipifica la infracción al hacerla relevante para el ordenamiento penal, luce asimismo en una serie de disposiciones que abordan sectores que, de manera indirecta o tangencial, se refieren al comercio o tráfico de material obsceno. Preceptos de este tipo encontramos, por ejemplo,

*Theoretical Approach to Moral Legislation*, en «Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography» cit., volumen II, págs. 84-85).

180. El preámbulo del Decreto-Ley n.º 254/76, de 7 de abril, señala que el exceso reside fundamental e indudablemente en «la exhibición y venta públicas».

en textos legales que regulan cuestiones aduaneras, postales, de policía y orden público o de cualquier otro carácter<sup>181</sup>.

Ello nos lleva a encarar otra faceta de la cuestión planteada, dentro de la consideración de los elementos del tipo: la de los medios que sirven de instrumento para perpetrar el delito. Su abanico es muy amplio<sup>182</sup>. Pero es evidente que si en la base de la infracción está el factor de publicidad o exteriorización pública —con la dimensión social que propicia la difusión— los medios a través de los cuales se comete serán aquellos que lo facilitan o lo hacen posible: es decir, precisamente y sobre todo, los medios de comunicación social, con toda la amplia gama que deriva de los continuados avances técnicos, tan acelerados en sus logros que dejan siempre en retraso las enumeraciones legales concebidas como más abarcantes. Y hemos de hacer notar que, así como en la fundamentación sustancial del tema encontramos el entramado de problemas que sugiere el de la libertad de expresión, en el capítulo concreto de la operatividad de sus actuaciones nos situamos ante el tratamiento de los medios de comunicación que sirven de vehículo al ejercicio del derecho a esa libertad. En fin de cuentas, por ambos caminos desembocamos en terrenos regulados por un mismo sector del ordenamiento jurídico; y podemos advertir, desde una doble vertiente, la trascendencia que el fenómeno de la pornografía tiene para los que se plantean el estudio de esta normativa.

181. En Inglaterra, por ejemplo, contienen disposiciones aplicables al tema, entre otras, la Custom Consolidation Act de 1876, la Post Office Act de 1953, la Indecent Advertisements Act de 1889, la Vagrancy Act de 1838, la Town Police Clauses Act de 1847 o la Judicial Proceedings Act («Regulation of Reports») de 1926; en Italia (artículos 725 y 726 del Código Penal) y Francia (artículo R 38.9 del Código Penal, en que se recoge el Estatuto de 1955 sobre fijación de carteles y carteleras cinematográficas) rigen análogos principios al determinar las contravenciones de menor rango a que se refieren; en este último país, pueden anotarse también las normas sobre distribución, circulación y venta de publicaciones extranjeras contenidas en la Ley de 29 de julio de 1881; en Dinamarca, a pesar del proceso de «descriminalización», perduran aún distinciones aplicables en la legislación postal, en los reglamentos de policía y en las ordenanzas fiscales municipales; y en México encontramos prevenciones dirigidas al mismo fin en la Ley Orgánica de Educación Pública y su Reglamento de 1951.

182. ROMANO GIACHETTI (*op. cit.*, pág. 89) dice que «la definición de la pornografía se articula de manera compleja y diversificada, como también variable, y sólo ocasionalmente sigue las leyes de mercado de otros comercios o industrias... De todos modos, pueden individuarse las formas más importantes de difusión y, si mañana pierden su vigencia, hoy todavía dan idea del conjunto, de la práctica de la pornografía. Estas formas son: la prensa, la literatura, el espectáculo, las artes visuales y sonoras, los medios «técnicos», los productos sexuales subsidiarios, la sexualidad-acción y el correo».

En relación con el problema de los medios, las fórmulas que legislativamente se utilizan siguen dos orientaciones. Las hay que se limitan a una expresión genérica que, con más o menos eficacia y mejores o peores resultados, tiende a cubrir todos los supuestos. Figura entre ellas la de nuestro Código Penal<sup>183</sup> que, como ya hemos indicado, alude tan sólo a los hechos cometidos «por medio de la imprenta u *otro medio de publicidad*, o con escándalo». Esta mención está contenida en la descripción de la figura delictiva a que hace referencia el artículo 432 —la exposición o proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública— por lo que, al formar parte del tipo la determinación del medio por el que se comete el delito, no es de aplicación la circunstancia agravante 4.<sup>a</sup> del artículo 10 del Código —«realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad»—; por el contrario, parece que sí lo sería en el supuesto contemplado en el artículo 431 —la ofensa al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o transcendencia— ya que en él sería en gran medida discutible si la expresión que se utiliza —«el que *de cualquier modo...*»— implica referencia a los medios que se empleen o cubre tan sólo el campo de las distintas hipótesis de las modalidades de actuación.

Otro grupo de legislaciones prefieren incluir en la norma una enumeración, más o menos exhaustiva, de los medios. El sistema tiene el inconveniente de todos los enunciativos, ya que es muy difícil —por no decir prácticamente imposible— incorporar la totalidad de los supuestos; ello hace necesario, como ocurre en la casi totalidad de las ocasiones, recurrir a expresiones complementarias de mayor vaguedad, en las que poder incluir en el futuro los casos no previstos o no previsibles. También aquí pueden servirnos de modelo los artículos ya citados de los Códigos penales francés e italiano que contienen enumeraciones muy amplias. Sobre todo, podemos retener la que se recoge en los artículos 283 y 284 del Código francés, en la que figuran todos los impresos —expresión que comprende las diversas clases de los mismos, esencialmente libros, revistas y diarios; esto es, lo que en la terminología legal española llamamos publicaciones periódicas y unitarias—, escritos, dibujos, carteles, grabados, pinturas, fotografías, películas, clisés, matrices, reproducciones fonográficas, emblemas, y

183. Artículos 431 y 432 ya citados; y artículo 566.5, relativo a las faltas de imprenta. En este último se habla de «la imprenta, litografía u otro medio de publicación» en relación con las ofensas leves a la moral, las buenas costumbres o la decencia pública.

todo género de objetos o imágenes; por otra parte, las canciones, gritos, exclamaciones o discursos; y, finalmente, los anuncios o correspondencia que se den a la publicidad. El Código italiano se refiere especialmente, dentro de su enumeración, a los espectáculos públicos teatrales o cinematográficos, las audiciones y los recitales; el noruego, a las conferencias y actuaciones o exposiciones públicas; y la legislación de prensa mejicana, a casos muy concretos y específicos, como los opúsculos, las tarjetas postales, láminas o litografías. En general —y sin aludir a la materia de prensa—, en la mayor parte de los países, y sin perjuicio de las normas penales que se plantean el medio de que se trate dentro de la tipificación de la figura delictiva, existen regulaciones especiales, de uno u otro carácter, para los sectores de la radiodifusión y televisión, la cinematografía y las representaciones teatrales.

No es necesario insistir en la trascendental importancia que, dentro de los planteamientos del comercio pornográfico en la realidad social de nuestros días, tienen los múltiples medios de comunicación, cuya intervención es decisiva para el efecto propagador que está en la base misma de la determinación de su impacto. No entra tampoco en el esquema de este trabajo extenderse en la compleja temática del alcance de su cometido y de la hondura de su responsabilidad. Pero sí dejar apuntada la exigencia de una regulación jurídica adecuada que encauce la una y la otra en el orden normativo en que ha de encuadrarse.

b) *Elementos normativos y subjetivos.*

Hablamos antes de la presencia en el tipo, junto a los puramente descriptivos, de elementos que requieren una operación mental valorativa. Desempeñan —en el proceso de determinación de lo delictivo— una función puente entre lo típico y lo injusto, que cubre la frontera, a veces demasiado difusa, que delimita los terrenos de la tipicidad y la antijuridicidad. La doctrina ha señalado una diferencia entre los llamados elementos normativos y los elementos subjetivos; vamos a intentar encajar en las dos categorías las referencias a aquellas cuestiones que aún no han tenido un ajuste adecuado en el que venimos desarrollando.

Para Max Ernst Mayer, los elementos normativos son «aquellas partes esenciales de un resultado típico que no tienen más que importancia valorativa determinada», con la particularidad de que, rebasando lo estrictamente indicativo, cumplen una función en cierto modo

fundamentadora de la antijuridicidad. Los hay que, a pesar de todo, se vinculan a la operación descriptiva típica, requiriendo tan sólo del juzgador una valoración complementaria de la situación fáctica: lo que Hans Welzel ha llamado una «referencia de valoración». Pero los que podemos estimar como elementos normativos en sentido estricto —que establecen auténticas relaciones valorativas— están más próximos al terreno de lo injusto que al de la mera tipicidad; su pertenencia al tipo tiene un carácter formal y se debe sobre todo a su inclusión en él por el legislador<sup>184</sup>.

En lo que a nuestros fines ahora interesa, es importante resaltar que a este grupo de elementos, en su bipolarización apuntada, pertenecen todos aquellos factores de la noción de lo pornográfico o lo obsceno que exigen una determinación valorativa. A él vienen a parar, en sentido amplio, las apelaciones genéricas al orden moral o, más ceñidamente, a la moral social, la moral pública o la moral sexual; y, en un ámbito más concreto, se inscriben también en él aquellos elementos conceptuales a que las disposiciones legales remiten bajo las expresiones de «pudor», «decencia», «recato» o «buenas costumbres». La valoración aquí, más que jurídica, es de signo empírico-cultural —puesto que apunta a conceptos de este carácter— con mayor o menor proximidad, en unos u otros casos, a estimativas de índole social o individual<sup>185</sup>. Al ocuparnos más arriba del factor de mutabilidad incidente en el proceso de determinación de lo injusto nos detuvimos en la apreciación de las principales connotaciones de estos problemas, lo que nos releva ahora de un desarrollo más pormenorizado.

Especial importancia tiene, por otra parte, lo que concierne a los elementos subjetivos. Hay un primer aspecto en que se produce un enlace directo con la temática que acabamos de abordar, cuando se enfoca, desde esta perspectiva, la vertiente de la reacción del sujeto ante la ofensa que el acto produce en la esfera de sus sentimientos perso-

184. Véase LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.* Tomo III.

185. En la sentencia de 26 de febrero de 1970 se señalaba que todas las limitaciones que los preceptos de nuestras normas legales recogen se refieren a «conceptos abstractos»; por ello, «se hace preciso examinar en cada caso concreto los supuestos fácticos que ofrece para definir, en contemplación de aquellos, si concurren los elementos configuradores de la infracción». Refiriéndose a este tema, ENRIQUE GÓMEZ-REINO (*op. cit.* pág. 152) estima que no son conceptos legales, en la medida en que no se encuentran definidos por ningún texto positivo; por ello, han de ser integrados por el juez en el mundo del derecho a través de valores sociales; y el concepto más o menos subjetivo de estos conceptos explica que la interpretación no sea uniforme.

nales. La tarea consiste, entonces, en incorporar a los elementos típicos todo el mundo de situaciones anímicas afectadas; el sujeto pasivo es el portador del objeto jurídico del delito, del sentimiento de dignidad personal, de pudor o de decencia que soporta el ataque como bien tutelado por el derecho. La mera calificación de un acto como «obsceno» está aludiendo a especiales motivaciones relativas al sentimiento. Estamos en el campo de los «delitos de sentimiento», que afectan a la facultad emocional, dentro de la rúbrica más amplia de los «delitos de impresión», que ponen en juego un efecto interno determinado en la persona contra quien el acto se dirige; o de los «delitos de sentido objetivo», si dicho acto va dirigido a terceros de forma indiscriminada<sup>186</sup>.

Una cuestión previa en este terreno es la de precisar quiénes pueden ser sujetos pasivos de la infracción delictiva. Dentro de los planteamientos generales de la doctrina penal, se ha planteado la pregunta de si pueden considerarse como tales a colectividades indeterminadas sin personalidad jurídica; se alude con ello a nociones tales como colectividad, sociedad o familia. Dice Jiménez Asúa<sup>187</sup> que «se trata de aquellas infracciones que, por su propia naturaleza, extienden su efecto lesivo en un radio de acción inconcreto, en referencia a categorías indeterminadas de personas y que, por ello, llaman los penalistas alemanes 'delitos vagos' (*vage verbrechen*)». Muchos autores —como Rocco, Antolisei o Pettrocchi— responden afirmativamente a la cuestión planteada. No es que, como subraya Buccellati, toda la sociedad deba considerarse como víctima de la infracción porque, en última instancia, queda siempre lesionada por ella; sino que la ofensa recae de manera inmediata y directa en la colectividad o en el grupo, que aparece así como titular del interés vulnerado, dando existencia a los que se llaman «delitos de peligro general» o, dentro de algún texto legal, «delitos contra la seguridad pública» o «contra la moral pública».

186. Dice DESANTES (*La función de informar*, cit., pág. 261) que no parece dable «comprobar la repercusión psicológica y sociológica»; sin embargo, el juzgador «no puede prescindir de los efectos previsibles teóricamente en el público en general o en un público discriminado». Refiriéndose a la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales, señala que tras el entendimiento, la conciencia o el sentimiento morales, vemos aparecer al sujeto pasivo o receptor «como componente de la colectividad nacional cuyos principios éticos hay que defender» o «como copracicante de las buenas costumbres o practicante del pudor, decencia y hasta buen gusto que han servido como punto de referencia para fijar en el tiempo y en el espacio la variabilidad marginal o sociológica de los criterios éticos» (pág. 263).

187. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.* Tomo III.

Si esto es así en términos generales, no cabe duda de que, en su aplicación a las acciones criminosas de que venimos ocupándonos, esta fluidez en la determinación del sujeto pasivo tiene una evidente razón de ser. A lo largo de las páginas anteriores ha quedado de manifiesto la dimensión social que reviste el ataque a la norma y al orden de valores o intereses que se tiende a vulnerar; y la exigencia de limitar la libertad de expresión para proteger a la sociedad contra la propagación de la obscenidad. De aquí las continuadas referencias a los sentimientos medios de la comunidad, ya en su concepción más amplia, ya en su concreción en una sociedad espacio-temporal determinada. De aquí también que, cuando se quiere reducir el ángulo de enfoque y hablar de un sujeto individualizado y no colectivo, tenga que recurrirse a una noción —la de «hombre medio»— que el derecho ha de pedir prestada al mundo conceptual de la sociología y que arrastra consigo la imprecisión y la carga de incertidumbre y contingencia que este carácter le confiere<sup>188</sup>; pero hay que admitir que, en último término, ha sido la única fórmula factible para alcanzar un mínimo grado de precisión que permita superar las indeterminaciones o subjetivaciones excesivas de las inicialmente utilizadas.

188. Ciertamente, no aparece con la evidencia necesaria el significado conceptual de la expresión. JACQUES ELLUL (*¿Existe el «hombre medio» desde el punto de vista sociológico?*; en «Revista de Estudios Políticos», Madrid, N.º 144; noviembre-diciembre 1965) se planteaba la interrogante que recoge el título de su trabajo. Alude en él a la seguridad con que los sociólogos de fines del siglo XIX y comienzos del XX utilizaron y vulgarizaron el término; pero apunta cómo, a partir de los años treinta, se ha sometido la noción a una minuciosa crítica, hasta el punto de que «la tendencia fuertemente individualizada de la sociología moderna es firme: el hombre medio de que se habla no existe en la realidad» (pág. 32). Sin embargo, Ellul estima que «sería preciso, evidentemente, proceder a un análisis mucho más detallado... para mostrar que esta noción del hombre medio está implícitamente presente en los trabajos más exactos científicamente» (pág. 36). Es verdad que los estudios realizados tienden, en muchas ocasiones, a estrechar excesivamente la correspondencia entre la noción obtenida de «hombre medio» y la de su comportamiento en un grupo determinado: así por ejemplo, los trabajos de Kurt Lewin o Kinsey —este último, concretamente, en el área del «comportamiento sexual»— han configurado, esencialmente, al «hombre medio americano». Pero, en el sentir del autor, hay dos utilizaciones que parecen, a niveles muy diferentes, difícilmente discutibles: en la primera se actúa con un «concepto operacional en un análisis sociológico, o en la construcción de un modelo sociológico»; en la segunda, se configura un «concepto pragmático —destinado a la eficacia— que busca más a un «consumidor medio, un espectador medio o un lector medio». En el primer caso —concepto puramente teórico, construido como modelo— «se puede, pues, trazar el contorno de este hombre medio sociológico reteniendo una colección de datos esenciales y típicos, ya sea por el número observado, ya sea por la signi-

Avanzando un paso más, debemos anotar que nos hallamos ante comportamientos criminosos que, por su propio alcance e incidencia, exigen de la norma que los delimita, en muchas ocasiones, incorporar al tipo de descripción configurante la mención expresa a modalidades concretas del sujeto pasivo o a ciertas condiciones o actitudes del mismo. Juega aquí una doble consideración: de una parte, la de prevenir en lo posible el hecho lógico de que el ataque a los fundamentos básicos de la vida social buscará, para asegurar un máximo efecto, aquellos sectores en que puedan encontrarse los receptores más susceptibles; de otra, la obligación de garantizar el respeto a la intimidad de la vida privada y de la libre decisión frente a agresiones que la violan. A esta doble vertiente podría añadirse —con miras a una posible excepción justificativa o amortiguadora de los efectos penales— la que tiene en cuenta el público especializado —desde el punto de vista científico o técnico— a que va dirigida la publicación o, en general, el material de que se trate.

En lo que al primer aspecto se refiere, podemos recordar que en una de las primeras decisiones jurisprudenciales norteamericanas<sup>189</sup> se hablaba de *those whose minds are open to such immoral influences*. Y aunque, expresada en estos términos, la idea parezca enteramente rebasada, aún cabe pensar, aplicando otros parámetros, en la necesidad o la conveniencia de prestar una particular atención a aquellos estratos sociales de menor nivel cultural o de formación más endeble; a los que por ejemplo, y no casualmente, está buscando, con su lenguaje comunicacional elemental y primario, cada vez más saturado de carga pornográfica, ese vehículo de penetración que es el «comic», hoy casi en vanguardia entre los medios que protagonizan, desde una perspectiva sociológica, la más profunda acción demoledora.

Dentro de esta temática —en que se insertan todas aquellas limitaciones a la libertad de expresión que, de acuerdo con la clasificación de Jacques Bourquin<sup>190</sup> podríamos llamar *ratione personae*— destacan sobre todo, en las distintas legislaciones, las normativas que reflejan

ficación que el grupo le atribuye, ya sea por la influencia y el peso de determinación de los comportamientos» (pág. 37). De todas formas, hay que ser conscientes de que «el valor del concepto de hombre medio y su diferencia con el hombre real son variables según los tipos de las sociedades globales estudiadas»; el hombre medio es siempre la expresión de esa «sociedad global» que, a su vez, depende del hombre medio que la constituye (págs. 42-43).

189. Caso *Regina v. Hicklin* (1860).

190. JACQUES BOURQUIN, *La liberté de la presse*, Presses Universitaires de France, París, 1950.

la grave preocupación por el mundo de la infancia y la juventud; son las que constituyen el contenido fundamental de lo que los norteamericanos llaman *specific obscenity statutes*, y que dedican una especialísima atención al problema, tanto a nivel federal como estatal y local <sup>191</sup>. En líneas generales, las soluciones técnico-legislativas son muy diversas, pero todas ellas conducen a la inclusión de los supuestos de esta índole en el área del ordenamiento penal. Francia, por ejemplo, a través de las disposiciones de la Ley de 16 de julio de 1949 sobre publicaciones destinadas a la juventud, que prohíbe la oferta, donación o venta a menores de dieciocho años de publicaciones de cualquier carácter que presenten un peligro para la juventud por su carácter licencioso o pornográfico, así como su exposición pública o publicidad que de ellas se haga <sup>192</sup>; en Italia, se sigue el procedimiento de remisión a las normas penales desde las específicamente relativas a la prensa contenidas en la Ley de 8 de febrero de 1948, operando una agravación de las penas <sup>193</sup>; en Inglaterra, las disposiciones generales de las *Obscene Publications Acts* se completan con las contenidas en la *Children and Young Persons (Harmful Publications) Act* de 1955; y son de señalar también las normativas penales de carácter general o específico que se plantean el tema en la República Federal Alemana, Holanda, Israel, Ar-

191. Recordemos que, cuando la decisión adoptada en el caso *Stanley v. Georgia* estableció la inconstitucionalidad de las normas penalizadoras de la posesión de material pornográfico, admitió la restricción de la distribución pública basándose, sobre todo, en la exigencia de proteger a los niños y adolescentes a cuyas manos pueda llegar incluso indirectamente; son también de interés, en esta materia, las decisiones judiciales en los casos *Butler v. Michigan*, *Ginsberg v. New York* e *Interstate Circuit v. Dallas* (1968). En cuanto a las normas de los Estados, una gran mayoría de los mismos cuentan con Estatutos Especiales; y en alguno, como Virginia, la propia definición de obscenidad, desde el punto de vista general, se basa en la tendencia a corromper la moralidad de la juventud.

192. Véase artículo 14 de la ley citada, modificada por disposiciones posteriores y especialmente, en lo que respecta al tema que tratamos, por la Ley de 4 de enero de 1967. El Estatuto de 1949 ha creado, en su artículo 2.º, un original delito de «desmoralización de la juventud» que, como se ha señalado, «no tiene nada que ver con las provocaciones, propagandas o apologías de infracciones previstas por el Código Penal o la Ley de 1881» (Véase BLIN, CHAVANNE y DRAGO, *op. cit.*, pág. 106; y AUBY y DUCOS-ADER, *op. cit.*, pág. 261).

193. El artículo 14 de la Ley de Prensa de 1948 preceptúa que las disposiciones del artículo 528 del Código Penal se aplicarán también a las publicaciones destinadas a la infancia y la adolescencia cuando, por la sensibilidad y la impresionabilidad que les son propias, puedan ofender sus sentimientos morales o constituir una incitación a la corrupción, al delito o al suicidio. Véase también el artículo 1 de la Ley de 12 de diciembre de 1960 sobre la fijación de carteles publicitarios.

gentina o Japón. Por otra parte, podemos señalar que, mientras en algunos países la consideración del sujeto pasivo tipifica una figura delictiva autónoma, en otros el tratamiento específico se manifiesta a través de una agravación de responsabilidad: en este grupo podemos situar, en cierto modo, las fórmulas húngara o italiana<sup>194</sup> y, de manera decidida, la adoptada por el Decreto-Ley portugués de 7 de abril de 1976<sup>195</sup>.

En la legislación española existe, aprobado por Decreto de 19 de enero de 1967, un Estatuto regulador de las publicaciones infantiles y juveniles. La normativa se dirige, por tanto, al campo de los impresos —en su doble acepción legal de publicaciones periódicas y unitarias—, aunque, por vía de atribución de competencias a la preexistente Comisión de Información y Publicaciones Infantiles y Juveniles pueda ampliarse el radio de acción a cuanto afecte, «a través de los medios de difusión», a la formación de la infancia y la juventud<sup>196</sup>. Pero, en todo caso, lo previsto en el Estatuto pone exclusivamente en marcha los mecanismos actuantes de la responsabilidad administrativa ya que, por su carácter, tan sólo contempla lógicamente infracciones de esta índole. Para el encuadre del tema en la esfera de lo criminal hay que

194. En cuanto a Italia se refiere, CASIODORO CANTARANO (*Regime giuridico della Stampa* cit., pág. 84) considera que el aumento de pena que se establece en el artículo 14 de la Ley de 1948 «no está en relación con la configuración de una circunstancia agravante, sino en correlación con una nueva previsión autónoma dentro de las hipótesis criminosas».

195. Según el artículo 6.5 de dicho texto legal, constituye circunstancia agravante, que aumentará hasta el doble los límites mínimo y máximo de las penas de prisión y multa, la venta de objetos o medios de contenido pornográfico u obsceno o a través de menores de dieciocho años. Asimismo, el proyecto de ley escocés sobre obscenidad incluye la propuesta de que se considere como agravante la publicación de artículos de este carácter para jóvenes menores de dieciocho años (Véase el texto de este proyecto en *Pornografía. Informe Longford* cit., págs. 432 ss.).

196. Véanse a este respecto, sustancialmente, el Decreto de 27 de septiembre de 1962, por el que se creó la Comisión, y la Orden de 30 de septiembre de 1963, que aprobó su Reglamento; en los apartados b) y c) del artículo 4.º de esta última disposición se encomienda a la Comisión citada mantener relación con los servicios y unidades en cada caso competentes en lo que se refiere, no ya solamente a los medios impresos, sino también a las materias relativas a teatro, cine, radio, televisión y demás medios audiovisuales que puedan afectar a la niñez y la juventud; de todas formas, no hay que olvidar que la Comisión tiene tan sólo funciones asesoras y de propuesta. En la Orden de 19 de febrero de 1975, por la que se establecen normas de calificación cinematográfica, se dispone (artículo 2.º) que «en el caso de cine para menores, la aplicación de las normas se hará siempre con la especial adecuación a su mentalidad».

atenerse de manera exclusiva a lo dispuesto en el Código Penal, donde no existe, en este terreno, una configuración específica de figuras delictivas concretas; el artículo 341, en su párrafo segundo, establece una agravación de pena cuando, en los supuestos en él contemplados, «el ofendido fuere menor de veintiún años», elevando así la protección por encima del nivel de los dieciocho años que es norma común en la generalidad de las legislaciones; y siempre podrá ser aplicable la circunstancia agravante 16 del artículo 10.º que se plantea el caso de que el hecho se ejecute con desprecio del respeto que por razón de edad mereciese el ofendido. Por último, habrán de tenerse en cuenta las prescripciones que se contienen en los artículos 443 y siguientes, aplicables a los casos de corrupción de menores en los supuestos regulados en preceptos anteriores.

Estas breves consideraciones parecen suficientes para poner de relieve la unánime preocupación por resguardar legalmente a la infancia y la juventud del ataque pornográfico que se perpetra, muy particularmente, a través de los distintos medios de comunicación social. Es natural, por ello, que las disposiciones concretas se contraigan, por regla general, a los ordenamientos reguladores de dichos medios, ya que —como subraya el Decreto conciliar «*Inter mirifica*»— «debe ejercerse una vigilancia especial para proteger a los jóvenes de la prensa y de los espectáculos que sean perniciosos para su edad»<sup>197</sup>. Todos los informes que postulan posibles modificaciones de las normas legales referidas a la pornografía muestran también una clara coincidencia a este respecto. No ya al Informe Longford, más conservador en este aspecto, que insiste repetidamente en el tema<sup>198</sup>, sino aquellos que —como el de la *Commission on Obscenity and Pornography* norteamericana o el de la Comisión del «*Arts Council*» británico— mantienen, como hemos tenido ocasión de ver, posiciones extremadamente avanzadas<sup>199</sup>.

197. Decreto *Inter mirifica*, 12 (4 de noviembre de 1963).

198. En sus conclusiones, resalta que se ha encontrado «la opinión virtualmente unánime de que los jóvenes, fuesen como fuesen definidos, necesitan protección especial». Y concretamente, manifiesta que «la cláusula que prohíbe la exhibición de material indecente debiera ser de valor particular para la protección de los niños»; que, en el terreno de la educación sexual, «sería ilegal mostrarles, bajo justificantes educativos, cualquier material que no pueda exhibirse en un lugar público»; que las penas que se impongan de conformidad con lo dispuesto en las *Obscene Publications Acts* y en la *Theatres Act* deberían aumentarse «en los casos en que la gravedad del delito estuviera acrecentada por la publicación de material obsceno para personas jóvenes menores de dieciocho años».

199. El primero de los informes citados recomienda «la aprobación de leyes

Tampoco han superado este límite las legislaciones que han llevado a la práctica —en la vía de la «descriminalización» de la pornografía— la abolición de las normas que implicaban restricciones legales. Ni Dinamarca que, tras la última y radical modificación de 1969, mantiene en la Sección 234 del Código Penal la prohibición de vender imágenes u objetos obscenos a menores de dieciséis años; ni Suecia que, a pesar de la propuesta de nuevas normas reguladoras en 1970, sigue protegiendo jurídicamente a los menores de la agresión pornográfica. Este es siempre uno de los dos reductos unánimemente respetados. El otro es el que mencionábamos más arriba y que se refiere a la salvaguarda de la intimidad y la vida privada del individuo ante un ataque tan profundo que no le permite, aunque lo desee, hurtarse a su incidencia y a sus efectos. También aquí se da un general acuerdo en todos los sectores: los citados informes británico y norteamericano reclaman leyes que «protejan a los ciudadanos contra la recepción de propaganda obscena por correo cuando no ha sido expresamente solicitada y contra la posibilidad de verse sujetos involuntariamente a exhibiciones públicas de material erótico»; la decisión judicial norteamericana en el caso *Stanley v. Georgia* ampara la posibilidad de restringir la distribución de material obsceno en la necesidad de evitar una forma de comunicación no solicitada ni voluntariamente aceptada; y la legislación danesa retiene disposiciones que tratan de la exhibición de material obsceno ante personas que no deseen verlo y su envío o entrega a domicilio cuando el destinatario no lo haya solicitado.

Hasta aquí nos hemos referido a las más importantes cuestiones que se relacionan con la consideración del sujeto pasivo, en el área de los elementos subjetivos situados fuera del autor. Nos resta tan sólo dejar mencionadas, siquiera sea muy brevemente, aquellas otras relativas al autor mismo, que no se encuadren teóricamente de manera predominante en el tratamiento de la culpabilidad y que tengan relevancia para la determinación conceptual del acto delictivo. En terminología de Welzel, nos interesa de manera especial lo que se refiere al designio,

relacionadas con la venta de artículos sexuales a menores de edad» (véase ROMANO GIACHETTI, *op. cit.*, pág. 303); y el del Comité del *Arts Council* estima que la *Children and Young Persons (Harmful Publications) Act* de 1955 debe mantenerse en vigor (véase *The Obscenity Laws*, cit.,; y BRYAN BROMBERGER, *op. cit.*, pág. 219). El informe Wolfenden de 1957 planteaba el tema en términos más amplios y hablaba de la protección debida al ciudadano contra lo que es ofensivo o injurioso y contra la explotación; sobre todo «de los que son especialmente vulnerables por ser jóvenes, débiles de cuerpo y espíritu, inexpertos o en un estado de especial dependencia física, oficial o económica».

como tendencia interna trascendente, o con la especial tendencia de la acción: pensemos, por ejemplo, en la intención impúdica o en el propósito de lucro. Los temas que a este respecto surgen —la intencionalidad, el elemento finalista, el móvil— tienen sin duda una trascendencia decisiva para la tipificación del comportamiento.

El factor de la intencionalidad aparece hoy como elemento indiscutible y recogido, o presupuesto, en todas las formulaciones legales, dentro de las líneas básicas de la teoría general del delito; ya se trate de una intencionalidad de resultado inmediato o de una manifestación de la voluntad del agente con el ánimo de conseguir un fin más lejano, en la esfera de los que se califican como delitos de intención ulterior. En todo caso, viene resaltándose que el ultraje al pudor o a las buenas costumbres es un delito intencional, considerando a la intención como conciencia del acto. Una de las mayores preocupaciones en el proceso de la elaboración jurisprudencial norteamericana ha sido precisamente la de superar las definiciones iniciales, vinculadas a la del caso *Regina v. Hicklin*, en las que se desconocía el elemento de intencionalidad; y, aun hoy, sigue imputándose a las normas británicas sobre la materia el que, en la expresión literal de sus preceptos, siga considerándose a la mera «tendencia» inintencionada como elemento del delito que se sanciona.

Características peculiares —que lo separan de la problemática estricta de la intencionalidad— tiene el elemento finalista, vecino de los factores de móvil o propósito, que determina los delitos de tendencia, en que se exige un impulso subjetivo; en esta zona acotada se sitúan los delitos de impulso o tendencia sexual, en que quedan inscritos los supuestos que venimos considerando. La motivación inmoral u obscena sirve de sustento —ya lo hemos visto a lo largo de toda la exposición que antecede— al ultraje al pudor, a la decencia o a las buenas costumbres en que consiste la clave determinante de la antijuridicidad tipificada de la figura delictiva.

Unas palabras aún sobre un extremo al que también hemos aludido anteriormente, estrechamente ligado al ámbito de las motivaciones o móviles de la acción y que, como ya vimos, juega un destacado papel en la fijación de los presupuestos de la realidad social en que se mueve el fenómeno que estudiamos. Se trata del ánimo o propósito de lucro o beneficio, condicionante de la extensa red de intereses en que se asienta toda una poderosa industria de la pornografía; y que si bien no se recoge de modo habitual, desde el punto de vista jurídico-penal, como componente integrador del tipo, va apareciendo con insistencia en el proceso de elaboración legal del concepto como una

circunstancia que comunmente acompaña a las manifestaciones de esta índole.

En el sistema legal norteamericano, estos supuestos —lo que la terminología anglosajona denomina *pandering*— determinan la existencia de una regulación especial (o *specific obscenity statute*) basada en consideraciones más amplias y extensas que las que fundamentan las regulaciones jurídicas de carácter general. La expresión *pandering* —de *pander*, mediador o concertador en tratos sexuales— está muy cerca, en su significado, de nuestra castiza «alcahuetería» y de las actividades de «proxenetismo»; hay en ella una referencia indudable a la incitación sexual interesada. Una *pandering distribution* puede incidir de forma tal en la calificación de obscenidad que haga caer en ella un material determinado que no es claramente obsceno por sí mismo e inclinar decisivamente la balanza en muchos casos de *ambiguity and doubt*; a estos efectos, la definición más exacta de lo que debe entenderse por *pandering* es la que lo conceptúa como «explotación comercial del erotismo con una exclusiva finalidad de incitación lasciva» (*comercial exploitation of erotica solely for the sake of their prurient appeal*)<sup>200</sup>. Por otra parte, debe hacerse notar que, en todas las legislaciones, está siempre presente la mención a actividades marcadas por esta motivación; así —ya lo hemos visto— se consideran como merecedores de sanción penal, entre otros, todos aquellos comportamientos que —en relación con cualquier clase de material obsceno o pornográfico— supongan actividades de «tráfico», «venta», «alquiler», «préstamo por recompensa», «anuncio» o «publicidad», así como «intención o propósito de venta» o «de obtener beneficios»<sup>201</sup>.

En la legislación penal española, sin embargo, no se incluye alusión específica alguna a estos supuestos al tipificar el delito de escán-

200. Véase PAUL BENDER, *Definition of obscene under existing Law*, cit. (pág. 26-27). El tema se ha considerado con especial atención en los casos *Ginzburg v. United States* (1966) y *Redrup v. New York* (1967). Años antes, en la decisión sobre el caso Roth (1957), el Juez Warren habló ya de «commercial exploitation of the morbid and shameful craving for material with prurient effect».

201. Véanse, entre otras disposiciones, las *Obscene Publications Acts* inglesas de 1959 y 1964; Código Penal italiano (arts. 528 y 725); Código Penal de Alemania Federal (art. 184); Código Penal de Francia (arts. 283 y 284); Código Penal japonés (arts. 174 y 175); Código Penal sueco (art. 16); Código Penal yugoslavo (art. 189); Decreto-Ley portugués de 7 de abril de 1976 (arts. 1 y 2). El Código Penal húngaro (art. 288.1) habla expresamente, al definir el delito, del que realice «por alguna recompensa» los actos que determinan las diversas modalidades de la infracción.

dalo público o las faltas de imprenta (artículos 431, 432, 566.5.º y 567.3.º del Código Penal); y la circunstancia agravante segunda del artículo 10 del mismo texto tampoco parece que les sea fácilmente aplicable en el contexto general en que se insertan las características peculiares de la comercialización de la pornografía. Sólo en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (artículo 25) encontramos referencias, si bien no demasiado precisas ni rigurosas, al «tráfico» y «comercio» de «cualquier material pornográfico». Tampoco la jurisprudencia contempla el elemento de propósito o intención de lucro o ganancia al enfrentarse con los numerosos casos que en los últimos años se le han sometido: tan sólo hallamos algunas menciones incidentales, sin especial relevancia jurídica, como la de la reciente sentencia de la Sala 2.ª de 18 de marzo de 1976<sup>202</sup>.

De todas formas, lo que no parece posible poner en duda es que el problema está serio y gravemente planteado, y que la preocupación que suscita debe tener la adecuada respuesta legal. Los Subcomités de trabajo de la Comisión Longford, recogiendo esta inquietud generalizada, concluyen en sus informes la necesidad de una regulación legal que «castigue el suministro —de cualquier forma que sea— de material groseramente ofensivo con fines comerciales»<sup>203</sup>. Y, en consecuencia, el Anteproyecto de disposición que el Informe propone contempla incluso una faceta nueva del tema y establece (Sección 6.1) que se considerará delictiva, y sancionable con penas pecuniarias o de privación de libertad, la conducta de toda persona que, *por motivos lucrativos*, contrate o induzca a otros a participar como actores en cualquier actuación obscena o indecente que haya de ser exhibida directa o indirectamente ante el público, o como modelos de cualquier fotografía o película obscena o indecente que haya de ser vendida, distribuida o expuesta al público<sup>204</sup>.

202. En dicha Sentencia, al hablar del problema de la «creciente exaltación» del erotismo, se afirma que se trata de promoverlo «con inconfesable propósito de lucro hasta hacer de la pornografía mercado internacional». La jurisprudencia francesa se enfrenta más directamente con el tema, al venir subrayando, entre los elementos que contribuyen a configurar la noción de pornografía, la intención de lucro en la distribución del material, fundamentalmente cuando se trata de escritos.

203. *Pornografía. Informe Longford*, cit. (pág. 233).

204. *Pornografía. Informe Longford*, cit. (pág. 414). La *Obscene Publications Act* planteaba supuestos de publicaciones obscenas, ya sea «con fines de lucro o no» (Sección 2) y prescribía la posibilidad de confiscación de artículos de este carácter «publicados con el objeto de obtener beneficios» (Sección 3).

### III. CONCLUSIÓN.

«Esta es la cuestión: Europa se ha quedado sin moral. No es que el hombre-masa menosprecie una anticuada en beneficio de otra emergente, sino que el centro de su régimen vital consiste precisamente en la aspiración a vivir sin supeditarse a moral ninguna. No creáis una palabra cuando oigáis a los jóvenes hablar de *nueva moral*. Niego rotundamente que exista hoy en ningún rincón del continente grupo alguno informado por un nuevo *ethos* que tenga visos de una moral. Cuando se habla de la *nueva*, no se hace sino cometer una inmoralidad más y buscar el medio más cómodo para meter contrabando... Por eso, no cabe ennoblecer la crisis presente mostrándola como el conflicto entre dos morales o civilizaciones, la una caduca y la otra en albor. El hombre-masa carece simplemente de moral, que es siempre, por esencia, sentimiento de sumisión a algo, conciencia de servicio y obligación»<sup>205</sup>. El diagnóstico —concluyente y radical— no acaba de formularse; no son de hoy las palabras transcritas. Las escribió —lúcida-mente— un intelectual español hace ya casi medio siglo, cerrando así, con desesperanza, su preocupado llamamiento a la meditación ante un hecho que juzgaba grave e inquietante: «el advenimiento de las masas al pleno poderío social».

El tema a que hemos dedicado las reflexiones anteriores se inserta en esta desolada situación histórica del quehacer cultural. Para aproximarnos a él, hemos intentado esclarecer los contornos conceptuales de un fenómeno que está ocupando posiciones de vanguardia en el esquema de la crisis; su examen —desde diversos puntos de vista— nos ha enseñado que, a pesar de todos los esfuerzos «descriminalizadores», no es posible hurtarse a la evidencia de que la temática obsesiva y despersonalizada del sexo, intencionadamente desquiciado y apartado de su misión natural en el armónico desenvolvimiento de la vida humana y de su proyección en el entramado de la convivencia social, se traduce en agresión a bienes jurídicamente tutelados que no puede, por tanto, dejar indiferente al mundo del derecho. Todos los intentos de justificación de ese extremo último de la relajación ofensiva del sexo que —como hemos visto— constituye el núcleo definidor de la obscenidad o la pornografía no pueden evitar —a pesar de su apelación a razones de toda índole— que, en último extremo, la salvaguarda

205. JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, Revista de Occidente, Madrid, 9.ª edición, 1943, págs. 221-224.

del valor vulnerado se atrinchere en los reductos inexpugnables del respeto a los derechos de los demás. No se trata de que el derecho —ni el Estado que lo actúa— levante vallas represivas e inhibitorias de la conducta sexual ni controle y ordene sus manifestaciones; se trata, sencillamente, de que la sexualidad «liberada» —amplificada, difundida, gritada, desparramada, impuesta por los mil canales voceadores de los medios de comunicación, al amparo del derecho, al parecer omnimodo, a la libertad de expresión y en volandas de intereses condicionantes que muy poco tienen que ver con ella— no invada, anegándola, la intimidad de la vida del hombre, no le acose y le persiga contra su voluntad y por encima del derecho a su propia libertad, no hiera la dignidad de la persona que tiene sus raíces en su misma condición de ser libre. Ni el Estado puede permitir, ni el derecho amparar, que los límites de la libertad sexual rebasen los niveles que marca la irrenunciable obligación que tienen por esencia encomendada de ordenar la concurrencia armónica de las libertades en la vida de la colectividad.

Esta es, evidentemente, la función del derecho. Pero también es cierto que no hay normativa legal con posibilidades efectivas de vigencia si —además de ajustarse al sistema de valores que la informan— no se acomoda a las exigencias del consenso social. Por ello, aunque la ley ha de enfrentar el fenómeno de la marea pornográfica y sus consecuencias de todo tipo, nada o muy poco podrá lograrse si no se produce, en todos los órdenes, una reacción en el seno de la sociedad misma, que rechace tolerancias y permisividades y que opere, a través de las instituciones y los órganos naturales, una permanente función controladora. En este aspecto, parece importante estimular la responsabilidad, en sus respectivos campos de actuación, de las minorías con influencia directiva o encauzadora; y, en último término, de las individualidades que sepan alzarse sobre el nivel medio y contribuir a canalizar preocupaciones e inquietudes. De todos aquellos capaces de oponer —con palabras también de Ortega— el esfuerzo de una «vida noble» a la inercia de la «vida vulgar»; del hombre que, por su preeminencia espiritual —y frente al hombre-masa que se siente confiado protagonista de su vida—, está constituido siempre «por una necesidad de apelar de sí mismo a una norma más allá de él, superior a él, a cuyo servicio libremente se pone»<sup>206</sup>.

Libremente. La clave —como siempre— está en la libertad, y sólo

206. JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *op. cit.*, pág. 71.



de la libertad radical del hombre se puede encender la esperanza. Como decía recientemente el profesor González Álvarez, «nuestra razón puede hundirse en el error y nuestra voluntad caer en el hoyo sin fondo de la corrupción; pero la libertad creadora del espíritu tiene poder suficiente para levantarse, es decir, para rectificar y arrepentirse; y la liberación que con ello se produce es siempre salvadora»<sup>207</sup>. Tal es la liberación substancial que ha de alzarse frente a toda triste, desesperanzada y empobrecedora «liberación». Porque —y terminamos también, como empezamos, recordando palabras de la *Gaudium et Spes*— «se puede pensar con toda razón que el porvenir de la humanidad está en manos de quienes sepan dar a las generaciones venideras razones para vivir y razones para esperar»<sup>208</sup>.

207. ANGEL GONZÁLEZ ALVAREZ, *El orden de la cultura, el derecho personal a la cultura y sus manipulaciones*; ponencia presentada en la Mesa Redonda sobre «La socialización de la cultura», Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1976. («Anales de Moral Social y Económica», Volumen XLIV, 1977; pág. 17).

208. Constitución *Gaudium et Spes*, 31 (7 de diciembre de 1965).



# abstract

---

In order to situate the subject matter within its proper context, the author starts off this article from the situation of crisis which is being fought today, provoked by an accelerated process of change which threatens the entire system of values and fundamental notions upon which our civilization is based. He then underlines the fact that if every culture carries within itself a moral system which is essential for the existence of society, then the gravity of the perturbation which we are submerged into resides in the fact that it provokes the breakdown of the moral order and, subsequently, a crisis of the normative apparatus which operates upon behaviour, thereby blocking the process of integration and unleashing instead a process of social disorder. The crisis with regard to moral values brings about a lack of adjustment of social reality and the presence within society of new approaches requires an effort of accommodation on the part of the normative order. The function of Law resides in its assumption of the moral order in that which it possesses as intangible, in order to incorporate it within those readjustments and patternings which reality requires, in each social system, for its concrete application: solely the capacity of reaction of Law to close the widening gap between social reality and the moral framework which informs this reality can enable us to overcome the crisis with regard to the norm.

Transferring these general statements to the field of sexual morality—in which the phenomenon of pornography presents itself as an extreme presupposition—the task of the juridical norm is that of pointing out the limits of the moral order which cannot be overstepped in any case whatsoever. This topic connects directly with that of the limitations of freedom which are present in the very essence of this notion, and with the concrete consideration of the freedom of expression in which the defense of pornography pretends to find protection.

The consideration of doctrinal teachings on the questions being studied and of the legal formulations of Compared Law, as well as of the jurisprudential elaboration on the topic, serves to set up the basis for the bounding of the terrain upon which the concept of obscenity or pornography inserts itself and for reaching the conclusion that we find in the concept—especially with the public transcendence which is conferred to pornography due to its externalization and propagation via the mass media—a patented attack against a juridical good in its social dimension and against two values which Law has the duty to protect: the common good of the collectivity and the realm of liberty in which the exercise of the rights of others is articulated.

Pornography, therefore, in its diverse forms and manifestations, inserts itself within the juridical-penal framework, which configures its delictive character. In this field—and revolving around the concepts of antijuridicity and typicity as elements of the fault—the author reviews the problematic which, under different aspects, arises from the study of the concept of pornography, either in the order of objective factors or in that of the estimation of the peculiarities which are connected to subjective factors. He then concludes by stating that upon the basis of the necessary social reaction without which no efficient juridical action can be undertaken, it is the duty of the state to set up guidelines and to ordain the matter within an adequate legal norm, without losing sight of the fact that the necessary treatment of sexual matters from different standpoints must remain far removed from the consequences sought to be attained by a revisionistic approach which questions the validity of all moral norms regulating individual or social behaviour.