

particular solicita pena excluida del indulto, deberá celebrarse el juicio, en donde el Fiscal pueda mantener o modificar su tesis originaria.

22. Si no hubiera acusación particular y el Ministerio Fiscal entiende que es procedente el indulto anticipado y de aplicación consiguientemente el sobreseimiento libre del artículo 637, 3.º, el órgano jurisdiccional puede, no estar de acuerdo con el Fiscal, adoptando una de estas decisiones: dictar, desde luego, Auto, no dando lugar al sobreseimiento, en cuya hipótesis el Fiscal deberá formalizar los oportunos recursos que se citan en la Consulta 10/1971. O bien puede el Tribunal, antes de resolver sobre lo solicitado, hacer uso de la facultad que se le concede en el artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en este caso el Fiscal de la Territorial, antes de resolver la Consulta, lo pondrá en conocimiento del Fiscal del Tribunal Supremo, quien acordará lo que proceda.

Al contenido de la presente Circular deberán atenerse los señores Fiscales ante supuestos de hecho coincidentes con los que aquí son objeto de análisis.

Madrid, 16 de diciembre de 1975.

CIRCULAR N.º 1/1976.

#### NORMAS SOBRE PUBLICACIONES Y ESPECTACULOS CONTRARIOS A LA MORAL

En nuestro ordenamiento penal la difusión, producción o exhibición pública de material contrario a la moral y a las buenas costumbres siempre ha formado parte de concretas estructuras jurídicas. Unas veces de modo expreso, a través de específicos preceptos sancionadores de las ediciones de libros u otras publicaciones que contuvieren obscenidades u ofensas a las buenas costumbres (arts. 532 del Código penal de 1822, 482 del Código de 1848, 364 del Código de 1850 y 618 del Código penal de 1928); y otras, con fórmula abierta y amplia análoga al actual artículo 431 (Códigos de 1870, 1932 v 1944) comprensiva de las infinitas actividades, que, de cualquier modo, ofendieren al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, expresión esta en la que han tenido cabida a través de una jurisprudencia penal reiterada, la venta de publicaciones con relatos o imágenes obscenas o descripción de inmoralidades de cualquier tipo, atentatorias al pudor público, e incluso la simple tenencia de libros y publicaciones pornográficos destinados a su expendición y venta; también están incluidos en él los grabados, fotografías, películas, grabaciones sonoras u otros objetos o material cuyo contenido sea gravemente ofensivo al pudor o a las buenas costumbres. Esta norma, además está complementada con el artículo 432 y también con el 165 bis b). Los actos de menor entidad son generadores de falta (arts. 566, 5.º y 567 3.º del Código penal).

Mas las consecuencias derivadas del material, impreso o no, atentatorio a la moral, no se reducen a las de orden penal estricto, sino que aparte la responsabilidad administrativa, también hallan su proyección en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuando considera en estado peligroso a 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 (art. 2.º 5, de la Ley de Peligrosidad según la modificación operada por Ley de 28 de noviembre de 1974).

Si el legislador ha sentido una honda preocupación por las publicaciones o exhibiciones de carácter pornográfico, estableciendo las penas y medidas adecuadas a su gravedad, lo mismo puede decirse de la Fiscalía del Tribunal Supremo, pues en muchas ocasiones ha dictado normas interpretativas, particularmente cuando la relajación y disolución de los valores morales se ha acentuado; ejemplo de ello son las Circulares de 28 de enero de 1893, 19 de marzo de 1897, 21 de enero de 1899, 18 de julio de 1903, 2 de marzo de 1906, 5 de mayo de 1908, 10 de noviembre de 1911, 10 de enero de 1914, 10 de febrero de 1914, 13 de abril de 1921, 9 de julio de 1921, 1 de marzo de 1922, 1 de noviembre de 1932, 2 de diciembre de 1930 y 17 de julio de 1968.

La proliferación de espectáculos y publicaciones obscenas en progresión ciertamente geométrica, la invasión de un descarado comercio de la sexualidad exhibiendo abundantes imágenes con desnudos integrales pornográficos, relatos y escenas procaces o anuncios de libros que contienen ultrajes a las buenas costumbres, aunque a veces lo sea bajo fines pseudocientíficos con el consiguiente impacto en la masa de población adolescente, de formación cultural y moral incompleta y a cuyo alcance se pone el ingente número de publicaciones de esa naturaleza, justifican este nuevo recordatorio por parte de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que comprenderá obligadas normas de aplicación estricta en los procedimientos que puedan iniciarse con motivo de publicaciones o espectáculos atentatorios a la moral.

A) Por lo pronto, y ya se valoren cualesquiera de los artículos del Código penal que pueden incidir más decisivamente en la materia, hay que tener en cuenta que resulta intrascendente, a efectos penales, la pretendida diferenciación, hoy tan en boga, entre lo pornográfico y lo erótico, pues no sólo en los actos pornográficos descarados, de difícil producción en publicaciones o espectáculos autorizados, sino también en los de otro tipo representativos de una pornografía sugestiva o latente, pueden figurar expresos atentados a bienes jurídicos protegidos, tales como el pudor o las buenas costumbres (núcleo del art. 431), las doctrinas contrarias a la moral pública (radio del art. 432), o informaciones peligrosas para la moral (área propia del artículo 165 bis b). En el campo de la pornografía incompleta, en que la obscenidad en imágenes o expresiones aparece en forma más difusa, es donde debe plantearse fundamentalmente la relación hecho-norma y su interpretación, y donde la reconocida capacidad de percepción y análisis jurídico del Ministerio Fiscal, debe deslindar, con la mayor precisión posible, los actos contrarios a la moral constitutivos de ilícito penal de aquellos otros que no revistan estas características. Como guía se tendrán en cuenta no sólo las observaciones hechas en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1975 (págs. 42 y siguientes), sino también el contenido de las Circulares de 17 de julio de 1968 en su apartado 2, y de 21 de junio de

1972 en el comentario al estado peligroso definido en el núm. 5.º del artículo 2.º.

B) La coexistencia junto a normas penales de un estado peligroso formado por actos de promoción, comercio o exhibición de material pornográfico y de apología de la pornografía (art. 2.º núm. 5.º de la Ley de Peligrosidad) plantea una cuestión de límites entre ambos ordenamientos. La interpretación amplia dada al art. 431 del Código Penal por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual se comprenden en él tanto los actos de comercio como los de tenencia de material pornográfico (Sentencias de 18 de febrero de 1933 y 22 de octubre de 1964 entre otras), y los términos en que está concebido el estado peligroso, hacen que en un plano objetivo coincidan en buena parte las conductas penales con las socialmente peligrosas. Para aclarar ese radio común, y en trance de diferenciar el delito de la peligrosidad, habrá que ponderar los elementos que normalmente determinan la efectividad de las medidas (reiteración, continuidad, conducta de hábito) y los que condicionan la aplicación de la pena (actos ocasionales, aislados o esporádicos), así como la doctrina mantenida en la Consulta de esta Fiscalía de 24 de febrero de 1972. Pero hay además otras conductas relacionadas con la pornografía que presentan cierta autonomía al encajar casi en exclusiva bien en el Código Penal o en la Ley de Peligrosidad.

a) Así ocurre con la apología de la verdadera pornografía, hecho que no está configurado como delictivo; esto es así, de un lado, porque el artículo 268 del Código penal, lugar en donde se enmarca la apología de los delitos, no remite al escándalo público en el cual halla su más perfecta inserción la punibilidad de la pornografía; y de otro lado, porque, en todo caso, la apología de la pornografía sólo tendría la consideración de la falta prevista en el artículo 566, 4.º del Código Penal. Aun cuando el núm. 5.º del artículo 2.º de la Ley de Peligrosidad no lo precise, cabe sostener que el estado peligroso estará completo, presupuestos los datos objetivos, tanto si nos hallamos ante la apología de la pornografía en general como si se trata de la apología de los promotores del tráfico pornográfico. De igual modo no deberá eliminarse del estado peligroso la propaganda de material pornográfico tendente a conseguir que arraigue lo obsceno en la mentalidad de las gentes.

b) Dado que la vigente Ley de Peligrosidad se fija fundamentalmente en el aspecto dinámico de las conductas relacionadas con la pornografía (comercio, tráfico, exhibición de material pornográfico), la tenencia simple del material de esta naturaleza no se acomodará fácilmente a la estructura del estado peligroso, a no ser que sea creadora de hábito por ser acto necesario y previo al propósito de promover el tráfico. La mera tenencia unida al ánimo de difundir deducido del número de ejemplares pornográficos sí se integrará en el delito de escándalo público aún cuando no represente más que actos aislados; pero la tenencia sin fines de distribución será conducta naturalmente atípica.

C) Mas son posibles actividades pornográficas u obscenas delictivas llevadas a cabo con material distinto a los impresos. Así como el artículo 2.º de la Ley de Prensa presenta el problema esencial de los límites con las infracciones penales cuando por medio de impresos se ofenda a la moral o

las buenas costumbres, la Ley 46 de 22 de julio de 1967, vuelve a plantear el tema en el ámbito de la cinematografía, teatro y espectáculos, pues se afirma en ella que en la imposición de sanciones administrativas se atenderá "en especial a las ofensas a la moral y a las buenas costumbres" (art. 2.º), y ello sin perjuicio de pasar el tanto de culpa a los Tribunales competentes cuando existan indicios de responsabilidad criminal (art. 1.º número 2.º). Los indicios aludidos en el precepto, normalmente encajarán en el artículo 431 del Código penal, pues dada la latitud de la expresión "el que *de cualquier modo* ofendiere el pudor..." acoge todo lo que incite a un interés lascivo del sexo, como pueden ser las representaciones cinematográficas y teatrales con actitudes o frases ofensivas al pudor y a la moral colectiva o escenas que repugnen a los más elementales sentimientos o que contengan ultrajes a las buenas costumbres; pero la pornografía no queda agotada con las imágenes y representaciones teatrales de carácter obsceno, sino que busca otros caminos aprovechando nuevos medios de expresión; en efecto, tantos discos como cintas magnetofónicas pueden contener grabaciones obscenas. De antemano tampoco puede excluirse la tipicidad descrita en el artículo 432, pues la exposición de doctrinas contrarias a la moral pública cabe en el precepto referido cuando se haga por medio de la palabra, grabada o no.

En suma, no es posible la enumeración exhaustiva de las conductas calificables de penalmente escandalosas concluidas por medios distintos a los impresos. Junto a la Ley de 22 de julio de 1967 hay que tener en cuenta las órdenes de 6 de febrero de 1964 y 27 de octubre de 1970 sobre régimen jurídico y normas de censura de obras teatrales, la Orden de 30 de septiembre de 1971 sobre autorización y licencias para representaciones de revistas y espectáculos abreviados, y, en fin, la Orden de 21 de enero de 1967 sobre proyecciones en salas especiales de arte y ensayo. No pueden excluirse las grabaciones de discos (O. de 8 de junio de 1970) y en general la producción y difusión de material audiovisual (O. 21 de enero de 1971).

D) En general, debe tenerse muy en cuenta que para proceder en las conductas punibles mencionadas en esta Circular cuando se cometan por medio de la imprenta, grabado, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad, han de seguirse siempre los trámites establecidos en los artículos 816 a 823 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; a este procedimiento especial se remite de modo expreso la legislación de prensa (artículo 64 párrafos 1.º y 2.º de la Ley de 18 de marzo de 1966), en la que por otra parte, se recogen particularidades administrativas previas a la iniciación de la causa criminal. En lo que interesa, en este procedimiento es de destacar.

a) Que debe iniciarse con carácter imperativo por sumario (art. 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el cual deberá tramitarse rápidamente con ausencia de diligencias complementarias (artículo 823 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ello significa que en esta materia no es procedente en ningún caso la incoación de diligencias previas ni su transformación en preparatorias, debiendo el Ministerio Fiscal interponer los oportunos recursos en la hipótesis de que se omitiera el cumplimiento de tales preceptos.

b) Que aun en el caso de que la competencia se atribuyera a la juris-

dicción de Orden Público, el procedimiento aplicable seguiría siendo el de los artículos 816 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues aunque el artículo 9 de la Ley de 2 de diciembre de 1963 establece el procedimiento de urgencia como el normal para aquella jurisdicción, ello no supone derogación de los procedimientos especiales regulados en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) Al señalar el artículo 64, párrafo 1.º de la Ley de Prensa para todos los delitos cometidos a través de la imprenta que la responsabilidad criminal será exigida "de conformidad con lo establecido en la legislación penal", se está aludiendo al régimen especial previsto en los artículos 13 y 15 del Código Penal y 819 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; normas éstas que no deberán olvidarse cuando se trata de publicaciones a las que se refiere esta Circular. Debe observarse aquí que el procedimiento de los artículos 816-823 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no está previsto en exclusiva para los delitos cometidos por medio de la prensa, sino que se extiende también a los delitos llevados a cabo por cualquier medio mecánico de publicación (arts. 816 y 823), término en el que es necesario incluir las formas mecánicas de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad referidos en los artículos 13 y 15 del Código Penal, pues el artículo 819 de la L. E. Cr., se remite a aquellos preceptos sustantivos.

d) Según el artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el secuestro de los ejemplares es un acto coincidente o simultáneo con la iniciación del sumario. Sin embargo para el supuesto de infracciones cometidas a través de impresos cuando la denuncia sea presentada por la Administración, está establecido un régimen excepcional, pues ella podrá, con carácter previo a las medidas judiciales, ordenar el secuestro a disposición de la autoridad judicial del impreso o publicación delictivos donde quieran que éstos se hallaren (artículo 64 párrafo 2.º de la Ley de Prensa). Mas es de observar que tal secuestro administrativo no tiene vida autónoma definitiva, pues sólo será productor de plena eficacia cuando concurren estos requisitos: que se denuncie el hecho que lo determina a las autoridades competentes dando cuenta simultáneamente al Ministerio Fiscal y que el Juez lo ratifique. En el breve espacio de tiempo comprendido entre la denuncia por la Administración y la iniciación del sumario, es donde el Fiscal debe desplegar una más rápida actividad, de modo que tras el análisis pormenorizado de la denuncia y la publicación, solicitará, en el acto, la confirmación del secuestro instando la práctica de las medidas urgentes del artículo 816, o, en su caso, la revocación del secuestro administrativo si estima que el material presuntamente pornográfico no se integra en figura delictiva alguna. Así el acto de incoación del sumario conlleva obligatoriamente la medida cautelar de ratificación del secuestro y, a la inversa, éste sólo deberá alzarse por la autoridad judicial cuando no estime jurídicamente procedente iniciar sumario.

Sin embargo, la actividad del Ministerio Fiscal relativamente a publicaciones contrarias a la moral no es subsiguiente a la actividad de la Administración plasmada en denuncia, sino que tiene la obligación ineludible de ejercitar la acción penal procedente en cuanto conozca por cualquier medio

la existencia de hechos delictivos, haya habido o no, repetimos, denuncia de la Administración, solicitando en tal caso la adopción de las medidas previas del artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En los casos comprendidos en la Ley de 22 de julio de 1967 tampoco debe el Ministerio Fiscal subordinar su actuación al hecho de que la autoridad administrativa deduzca el tanto de culpa. Por último, debe recordarse que sólo el Juez competente para conocer del sumario tendrá facultades para decidir sobre la procedencia del secuestro o bien para alzar o confirmar el secuestro administrativo previo.

e) Si bien el secuestro sólo se extiende al impreso o publicación y a sus moldes (artículos 816 y 822 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículo 64 párrafo 2.º de la Ley de Prensa) no alcanzando por tanto a la imprenta y máquinas que hubieren servido para perpetrar el delito, no debe olvidarse que según el artículo 213 del Código Penal para los delitos cometidos por medio de la imprenta comprendidos en el Tít. I y en los Cap. 1.º y 2.º del Tít. II del Libro II del Código penal —entre los que se halla el artículo 165 bis b)— el secuestro puede extenderse también a la imprenta, por lo que el Ministerio Fiscal deberá solicitar la aplicación de las medidas cautelares de los artículos 334 y 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, los Fiscales deben extremar su reconocida diligencia y actividad en el ejercicio de las acciones penales correspondientes en los supuestos contemplados, a fin de lograr la mayor eficacia en la lucha contra la difusión, exhibición y comercio del material pornográfico, en razón de lo cual su actividad a seguir será la siguiente:

1.º Entablarán querrela en todos los casos de que tengan conocimiento haya mediado o no denuncia de la Administración.

2.º En los supuestos de secuestro administrativo de publicaciones, como, con arreglo al artículo 64 de la Ley de Prensa, el hecho que lo determina ha de ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, se formulará también querrela solicitándose en ella la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 816-823 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.º En la hipótesis de procedimientos iniciados por razón de la exhibición de películas cinematográficas y otros espectáculos análogos, no deberá considerarse nunca como determinante de irresponsabilidad el hecho de que haya sido autorizados por la Junta de Censura correspondiente, pues tal autorización no implica un derecho absoluto e incondicionado a la proyección, sino que al quedar ésta al arbitrio de la voluntad del empresario, que tiene pleno discernimiento para valorar su contenido, deberá asumir también las preguntas responsabilidades penales que puedan derivarse de ella.

4.º Mensualmente comunicarán a la Fiscalía del Tribunal Supremo los procedimientos iniciados por los hechos referidos en esta Circular, distinguiendo los que lo hayan sido por publicaciones, periódicas o no, de aquellos otros que lo fueren por cintas cinematográficas, grabaciones sonoras y demás espectáculos públicos. También se distinguirá entre los procedimientos iniciados directamente por el Ministerio Fiscal de los subsiguientes al secuestro administrativo emanados de denuncia de la Administración.