

Informe sobre la potestad sancionadora respecto de las publicaciones de carácter pornográfico.

Ministerio del Interior

<http://www.mir.es/secretaria/segciuda/200696.htm>

La aparición en el momento actual, de varias noticias en los medios de comunicación social, relacionadas con publicaciones de carácter pornográfico a alcance de los menores de edad, ha propiciado una serie de consultas de diversos Organismos, en las que se solicita el parecer de este Departamento respecto a la posibilidad de sancionar administrativamente la venta de aquéllas, régimen sancionador aplicable, en su caso, y módulos a tener en cuenta para considerar una publicación de carácter pornográfico.

Sobre dicha cuestión, esta Secretaría General Técnica estima aplicables los siguientes criterios:

1.- PROTECCIÓN DE LA MORAL Y MATERIAL PORNOGRÁFICO

No es sencillo determinar lo que se ha de considerar como material o publicación de carácter pornográfico. Dos opiniones aparecen contrapuestas:

A) Únicamente ha de tenerse presente el contenido exclusivamente libidinoso, tendente a la excitación sexual y atentatorio a las pautas normales de una representación sexual.

B) Ha de fijarse la atención en la carencia de todo valor literario, artístico, científico, educativo, y su exclusiva fijación sexual.

La STS de 9 de diciembre de 1985 (R.A. 6013) estimaba el carácter pornográfico de una revista por:

" ... Se aprecia con toda evidencia su carácter pornográfico, tanto en las fotografías como en los textos que forman su contenido, sin pretensión literaria alguna, constituyendo, tan sólo, la expresión y representación de obscenidades tendentes a la desviada excitación del instinto sexual, sin otro móvil que el del lucro ...".

La doctrina estima que la relatividad de lo que pueda considerarse como pornografía está más en función de las referencias, las obsesiones y los tabúes personales, que de datos mensurables objetivamente. Además, está claro que la sociedad pluralista admite, y la Constitución ampara, la libertad de expresión, la producción y creación artística, científica, técnica, cualquiera que sea su contenido (artículo 20 de la Constitución). Ciertamente, uno de los límites a esas libertades es la protección de la juventud y de la infancia -artículo 20.4 de la Constitución-, y por tal razón, el legislador ha estimado conveniente reprimir ciertos comportamientos que podrían atentar contra el proceso de libre desarrollo de la personalidad del menor.

El Tribunal Constitucional en STC 62/1982, de 15 de octubre, estimaba que:

a) Refiriéndose a la posibilidad de restringir derechos y libertades:

" ... El concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite de los derechos fundamentales y libertades públicas ...".

b) Límites amparadores en la protección de la moral:

" ... la moral pública -como elemento ético común de la vida social- es susceptible de concreciones diferentes, según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimum ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (artículo 10 de la Constitución)."

c) Relacionando pornografía y ataque contra la moral pública:

" ... la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto mínimum ético acogido por el derecho, sino que la vulneración de ese mínimum exige valorar las circunstancias concurrentes, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de publicidad y de la distribución, los destinatarios -menores o no-, e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores -aunque no lo sean exclusivamente- o cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública y por supuesto a la debida protección a la juventud y la infancia, cobra una intensidad superior."

2.- EXHIBICIÓN Y VENTA DE PUBLICACIONES DE CARÁCTER PORNOGRÁFICO

El Real Decreto 2748/1977, de 6 de octubre -en consecuencia preconstitucional-, fundamentado en la "protección de los valores esenciales de la convivencia" destacándose entre ellos "los que hacen referencia a la infancia y la juventud", establece en sus artículos 2 y 3 la potestad sancionadora en materia de "exhibición de publicaciones inconvenientes o peligrosas para los menores", con remisión expresa a las cuantías que aparecían en el artículo 19.2 de la Ley de Orden Público.

No solo por esta remisión, sino también por la mención que el Real Decreto efectúa respecto a la "convivencia", parece evidente que la potestad sancionadora se fundamentaba, en consecuencia, en las cláusulas genéricas que contenía el artículo 2 de la Ley de Orden Público, concretamente en su apartado i).

Con posterioridad, el Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, regula la publicidad de espectáculos que contengan imágenes obscenas o expresiones contrarias a la moral o buenas costumbres, así como la exhibición y venta de publicaciones de carácter pornográfico y cualesquiera objetos que teniendo relación con el sexo, sean contrarios a la moral o a las buenas costumbres, estableciendo en su artículo 5 que la infracción a las normas en él contenidas se sancionaría por las autoridades gubernativas, "de acuerdo con la potestades que les otorga la Ley de Orden Público".

Dichas publicaciones y objetos únicamente pueden venderse en los establecimientos citados por el artículo 3 de dicho Real Decreto, vulgarmente denominados Sex-Shop.

Lo importante, sin embargo, de cara al análisis que hemos de efectuar, es que ambas disposiciones fundamentan la potestad sancionadora, que aparece en las mismas, en la Ley de Orden Público.

3.- LEY ORGÁNICA SOBRE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOSC), ha derogado expresamente la Ley de Orden Público, estableciendo, de acuerdo con los parámetros constitucionales -artículos 9.3 y 25-, la tipificación de infracciones y sanciones en materia de "seguridad ciudadana".

Entre las infracciones tipificadas en la LOSC, no se encuentra -como es lógico por razón de la materia- ninguna directamente dirigida a la "protección de la juventud y de la infancia", o que pueda dar cobertura -de acuerdo con los estándares definidos por el Tribunal Constitucional- a las infracciones definidas por el Real Decreto 2748/1977, de 6 de octubre, y por el Real Decreto 1189/1982, de 4 de julio.

Cabe cuestionarse, en consecuencia, la virtualidad que en la actualidad tienen dichos Reales Decretos, en cuanto a la potestad sancionadora incluida en los mismos.

Y la respuesta no puede ser otra que afirmar la imposibilidad de aplicar el régimen sancionador que contemplan, por insuficiencia de rango y derogación de la norma habilitante, como pasamos a explicar en el punto siguiente.

4.- POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional -ahora recogida en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- que el principio de legalidad del artículo 25.1 CE implica que la regulación de las infracciones y sanciones administrativas ha de efectuarse -con suficiente grado de certeza- por Ley formal -SsTC 8/81, 159/86, 2/87, 42/87, 133/87, 3/88, 101/88, 29/89, 69/89, 150/89, 219/89, 61/90, 83/90, 207/90 y 93/92, entre otras muchas-.

Con independencia de las peculiaridades respecto a las denominadas "relaciones especiales de sujeción", la regla general antes expuesta ha sido -también por el Tribunal Constitucional- doblemente matizada en el sentido de que esta reserva de Ley: a) No incide en disposiciones anteriores a la CE -STC 42/87-, o posteriores que se limitan a "reproducir" el contenido de otras preconstitucionales -STC 83/84-; b) No excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley -STC 82/85-.

Desde esta perspectiva, y si bien es cierto que -con anterioridad a la LOSC- podría efectuarse alguna consideración en orden a la invalidez de la potestad sancionadora regulada por el Real Decreto 2748/1977 y por el Real Decreto 1189/1982 (con menor intensidad para el primero por ser preconstitucional), dado que con el contenido de los mismos no se permitía predecir con el suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta; no es menos cierto que, atendiendo a su cobertura en la Ley de Orden Público, y al principio de presunción de validez de los actos jurídico-públicos, la Administración estaba "obligada" a aplicarlos mientras no fuera declarada formalmente su nulidad, o fuesen derogados.

Esta situación ha sufrido un radical cambio, teniendo en cuenta que la LOSC ha derogado la Ley de Orden Público, y no ampara -de conformidad con las reglas antes expuestas- la potestad

sancionadora contenida en los repetidos Reales Decretos 2748/1977 y 1189/1982. La derogación de la norma "habilitante" implica necesariamente la cesación de la vigencia de la norma que, desarrollando la anterior, establecía la potestad sancionadora -en la materia que venimos analizando-; lo cual -a diferencia del supuesto de invalidez sobrevenida- no requiere de declaración jurisdiccional alguna, ni de declaración de derogación expresa, sino que puede -y debe- ser directamente asumida y aplicada por cualquier operador jurídico.

En definitiva, no resulta aplicable -desde la perspectiva de la seguridad ciudadana- en la actualidad el régimen sancionador establecido en los, tantas veces citados, Reales Decretos 2748/1977 y 1189/1982.

5.- PROTECCIÓN DE LA JUVENTUD Y DE LA INFANCIA

La imposibilidad de aplicar -en tanto no se regule por Ley formal-, en la actualidad, el régimen sancionador anteriormente analizado, no implica que los Poderes Públicos no deban desarrollar la necesaria actividad -como se deriva de la Constitución- que ha de efectuarse por aquellos en aras de la "protección de la juventud y de la infancia".

Como mecanismos de reacción , en este momento -y en relación con la materia analizada-, podemos exponer, sin que constituya una relación exhaustiva, los siguientes:

- A) Nuevo Código Penal: artículo 186 que tipifica el hecho de realizar -por cualquier medio directo- la difusión, venta o exhibición de material pornográfico entre menores de edad o incapaces.
- B) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, bien de forma directa -que será objeto de posterior comentario-, o en cuanto a la potestad sancionadora que por remisión establece la Ley 34/1988, General de Publicidad, teniendo en cuenta que su artículo 3 considera ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en los que se refiere la infancia, la juventud y la mujer.
- C) Como medida de policía -que no sancionadora-, la orden de retirada de la exhibición pública de las publicaciones expuestas en la vía pública o en escaparates, cuando resulten contrarias a la moral, recogida en el artículo 37 del Decreto 195/1967, de 19 de enero.

Hay que mencionar que en materia de protección de la juventud y la infancia -en la que de una forma natural han de incardinarse las normas que venimos analizando-, la Constitución al enumerar los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular la de los menores, y de ahí que el artículo 11.2.d) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero -artículo que tiene el carácter de legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social, en los términos de la disposición final vigésimo primera de la citada Ley Orgánica 1/1996- establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo" (el del menor).

Así las cosas, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ostenta competencia exclusiva en materia de juventud y de asistencia y beneficencia sociales -artículo 10, apartados 11 y 12 de su Estatuto de Autonomía- razón por la cual ostenta competencias -desde el punto de vista de las

medidas administrativas contra la pornografía que pueda afectar al desarrollo de los menores- en la materia que venimos analizando, sin que hasta la fecha haya desarrollado esta específica parcela en disposición alguna, ya que las Leyes, del Parlamento Balear, 9/1987, de 11 de febrero, 12/1993, de 20 de diciembre, 6/1995, de 21 de marzo y 7/1995, de 21 de marzo, se refieren genéricamente a servicios y asistencia social, a las medidas judiciales sobre menores infractores y a la protección de menores en situación de desamparo; leyes que no contienen medidas preventivas de las situaciones que -como la pornografía- pudieran afectar al desarrollo de los menores.

Finalmente, también los Ayuntamientos pueden intervenir, indirectamente, en la materia, mediante tres mecanismos: a) a través del control de la licencia de apertura ya que únicamente pueden comercializar el material a que se refiere el Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, aquellos establecimientos que cumplan las previsiones del citado Real Decreto; b) mediante su intervención en materia de protección de consumidores y usuarios, en los términos del artículo 41 de la Ley 26/1984, de 4 de junio, General de los Consumidores y Usuarios, y; c) interviniendo, si se estima conveniente, en la materia a través de ordenanzas -dada su competencia complementaria en materia de educación, en los términos del artículo 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local-, y en todo caso a través de Bandos como recordatorio del cumplimiento de las disposiciones en esta materia; actividades para las cuales pueden estar de un forma "natural" orientadas las Administraciones Locales teniendo en cuenta la cercanía de estas Administraciones a problemas como el que nos ocupa cuya solución puede enmarcarse -en algunos aspectos- en el ámbito de la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal -en los términos del artículo 25.1 de la citada Ley 7/1985-.

6.- LEGISLACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

De acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley 26/1984, de 4 de junio, General de Consumidores y Usuarios, los reglamentos reguladores de los diferentes productos, actividades o servicios, determinarán al menos -apartado c)- los procedimientos de comercialización permitidos, sujetos a autorización previa o prohibidos, y -apartado f)- las condiciones de comercialización.

Por ello, el artículo 3.3.7 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria -aplicable de acuerdo con la cobertura otorgada por la disposición final segunda de la citada Ley 26/1984-, tipifica como infracción -calificándola en su artículo 7- "el incumplimiento de las disposiciones u ordenanzas sobre condiciones de venta en vía pública, domiciliaria, ambulante, por correo o por entregas sucesivas o de cualquier otra forma de toda clase de bienes o servicios".

En este sentido, puede estimarse que el Real Decreto 2748/1977, de 6 de octubre, y el Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, regulan las limitaciones de la venta de publicaciones u objetos de carácter pornográfico, y en consecuencia, que su incumplimiento ha de incardinarse en la infracción anteriormente descrita.

Es cierto que puede argumentarse que la protección de consumidores y usuarios atiende -exclusivamente- a los riesgos para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios -Capítulo II de la Ley 26/1984, de 4 de junio-, pero no es menos cierto que el carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección del consumidor -SsTC 71/1982, de 30 de noviembre y 15/1989, de 26 de enero-,

podría justificar, a nuestro juicio, que una norma cuya finalidad esencial viniera dada por otro Ordenamiento sectorial resultase igualmente exigible desde la perspectiva de la regulación de consumidores y usuarios, en cuanto que los mismos se definen como personas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden -artículo 1.2 de la repetida Ley 26/1984-.

En este caso -de sanción al amparo de la legislación de defensa de consumidores y usuarios- es evidente que la competencia para incoar corresponderá -exclusivamente- a los órganos expresamente previstos en las normas sancionadoras -artículo 10 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1389/1993, de 4 de agosto-, por lo que, y aún cuando la cuestión pudiera contemplarse desde los ámbitos materiales de "protección de menores" y "defensa de derechos y libertades, en particular de los menores", el órgano que incoe el expediente sancionador ha de ser única y exclusivamente el que aparezca en las disposiciones de desarrollo correspondientes a la materia de "defensa de consumidores y usuarios"; naturalmente sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 del citado Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora. De la misma forma, el órgano competente para sancionar, así como la clase y cuantía de las sanciones serán las contempladas en tales disposiciones en materia de "defensa de consumidores y usuarios".

7.- CONCLUSIONES

La potestad sancionadora atribuida a este Ministerio en los Reales Decretos 2748/1974, de 6 de octubre, y 1189/1982, de 4 de junio, resultan inaplicables en la actualidad por falta de cobertura legal.

Puede estimarse que la venta de publicaciones pornográficas que incumpla lo previsto en el Real Decreto 2748/1977 y en el Real Decreto 1189/1982, es incardinable como infracción en materia de "defensa de consumidores y usuarios", por lo que la incoación de los oportunos procedimientos sancionadores corresponde -exclusivamente- a los órganos que aparezcan como competentes en las disposiciones encuadradas en dicha materia.