

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DISCURSO COMERCIAL Y PUBLICIDAD DE PROSTITUCIÓN

PABLO SALVADOR CODERCH
ANTONI RUBÍ PUIG

1. OBJETO DEL TRABAJO: LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGAL PROHIBITIVA DE LA PUBLICIDAD DE SERVICIOS DE PROSTITUCIÓN EN LA PRENSA ESCRITA, DIARIA O DE OTRA PERIODICIDAD. CUESTIONES EXCLUIDAS.—2. LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.—3. PUBLICIDAD COMERCIAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA DOCTRINA DEL *COMMERCIAL SPEECH*: 3.1. *La doctrina del Commercial Speech elaborada por el Tribunal Supremo Federal de los EE.UU.* 3.2. *La protección de la publicidad mediante la libertad de expresión en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* 3.3. *La doctrina del Tribunal Constitucional alemán.* 3.4. *La recepción de la doctrina en España: la STS 1.ª, de 15 de enero de 2010.*—4. LA PUBLICIDAD DE SERVICIOS SEXUALES EN OTROS ORDENAMIENTOS: 4.1. *Estados Unidos de América: Coyote Publishing Inc. v. Miller.* 4.2. *Alemania: Sentencias del Tribunal Supremo Federal de 13 de julio de 2006.* 4.3. *Reino Unido: la Criminal Justice and Police Act 2001.*—5. PROPORCIONALIDAD DE MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA PUBLICIDAD DE SERVICIOS SEXUALES. CONCLUSIONES DEL TRABAJO: 5.1. *Intereses perseguidos con la prohibición.* 5.2. *Adecuación de las medidas.* 5.3. *Proporcionalidad de las medidas.* 5.4. *Conclusiones.*

1. OBJETO DEL TRABAJO: LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGAL PROHIBITIVA DE LA PUBLICIDAD DE SERVICIOS DE PROSTITUCIÓN EN LA PRENSA ESCRITA, DIARIA O DE OTRA PERIODICIDAD. CUESTIONES EXCLUIDAS

En este breve artículo se aborda la cuestión sobre la constitucionalidad de una regulación legal que prohibiera todo género de publicidad de servicios de prostitución en la prensa escrita, en particular, en la prensa diaria o, en cualquier caso, periódica —general o especializada—. La regulación hipotética analizada

comprende la prohibición de la publicidad en prensa escrita de ofertas de servicios sexuales a cambio de un precio.

El estudio no se refiere, en cambio, a anuncios de otra índole, como, por ejemplo, aquellos que utilizan un lenguaje sexualmente sugestivo, indecente, obsceno, denigratorio o intolerablemente contrario a la dignidad humana— en diarios y periódicos de circulación general, pero que no publicitan directamente sexo comercial. Tampoco cubre los casos de publicidad insertada en medios impresos específicamente relacionados con la actividad sexual, como revistas destinadas al público adulto, ni a la publicidad realizada en sitios web en Internet. Esta última acotación debe resaltarse muy especialmente: la prohibición de la publicidad de la oferta de servicios sexuales en un tipo de medios provoca, casi inevitablemente, el desplazamiento de su demanda a ofertas sustitutivas.

Tampoco analiza cuestiones relacionadas con la publicidad que recurre a mensajes, imágenes o grabaciones sexualmente atractivos o muy sugestivos para promover cualesquiera actividades comerciales no relacionadas con la prostitución.

Ni, por último, discute los mensajes no publicitarios, cuyos autores o promotores publican en alegatos sobre actividades o estilos de vida relacionados con la actividad sexual, sin más.

En el trabajo se parte de que los anuncios de servicios sexuales por precio constituyen, como publicidad comercial, una manifestación de las libertades de expresión y de información y que, en consecuencia, su prohibición o su regulación limitativa suponen *prima facie* una injerencia en los derechos fundamentales de los anunciantes que, en caso de ser desproporcionada o irrazonable, podría llegar a ser inconstitucional al vulnerar los artículos 20.1.a) y d) de la Constitución española de 1978.

En el trabajo, se analizan tres regímenes jurídicos de Derecho comparado en materia de publicidad de servicios de publicidad y, en su caso, los desarrollos jurisprudenciales que han generado. Se trata de los tres ordenamientos jurídicos siguientes:

a) Estados Unidos de América, estado de Nevada. El interés del caso es triple: en primer lugar, la cultura legal norteamericana es, probablemente, una de las más fuertes del mundo en materia de tutela de las libertades de información y expresión; en segundo lugar, todos los Estados de la Unión, menos Nevada, prohíben formalmente el ejercicio de la prostitución y, además, su publicidad. Por último, Nevada es el único estado de los Estados Unidos de América donde actualmente la prostitución no está prohibida en todos sus condados, pero lo está casi toda su publicidad.

b) República Federal de Alemania. En este país, la prostitución está permitida y ampliamente regulada desde 2001. Es un modelo normativo que dista, pues, del español, pero en aquél una regulación tradicionalmente prohibitiva de la publicidad de servicios sexuales continúa formalmente en vigor, aunque ha sido interpretada por los tribunales en el sentido de que es admisible si no es conspicua ni ofensiva para los lectores.

c) Reino Unido. En el ordenamiento británico se prohíbe la publicidad de servicios sexuales comerciales en cabinas telefónicas y, en los últimos años, se han formulado y debatido diversas propuestas sobre la posible prohibición de la publicidad de la prostitución en la prensa escrita (1).

2. LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Los autores de este trabajo creemos que es opinión pacífica afirmar que una constitución democrática ha de incluir, en su catálogo de derechos fundamentales, uno que acoja ampliamente las libertades de información y expresión, es decir, que una de las connotaciones esenciales del concepto de democracia es el reconocimiento de ambas libertades. Así lo hace, entre otras muchas, la Constitución Española de 1978 en su artículo 20.

«Artículo 20.

1. Se reconocen y protegen los derechos:

(1) El objeto de este trabajo es, pues, muy constreñido. En este sentido, también quedan fuera del alcance de este documento:

a) Las posibilidades, con arreglo al Derecho español actualmente vigente, de declarar ilícita la publicidad de servicios de prostitución, en particular, por entenderse contraria al artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad: «Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.»

b) El análisis de la oportunidad política de aprobar una norma que prohibiera la publicidad de servicios sexuales en prensa escrita, así como la conveniencia de castigar su infracción con remedios penales, administrativos, civiles o de otro género.

c) La discusión de las medidas extrajurídicas de autorregulación dentro de la prensa escrita encaminada a eliminar la publicidad de servicios sexuales.

a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.[...]*

d) *A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [...]*» (2).

Igualmente nos parecería muy osado discutir que la cultura jurídica más ininterrumpidamente elaborada y probada en materia de libertad de expresión es la estadounidense. En ella, la protección ofrecida por la Primera Enmienda (1791) de la Constitución (1787) a la libertad de expresión es expansiva:

«Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press; [...].»

Por último, creemos que hay acuerdo general, entre los intérpretes de las Constituciones democráticas, en que ningún derecho fundamental es absoluto o ilimitado —aunque sólo sea porque los humanos no somos inmortales ni el mundo que habitamos es infinito—. Por ello, tampoco las libertades de expresión e información son absolutas, sino que están naturalmente sujetas a límites intrínsecos y extrínsecos. Así, en el Derecho español, el artículo 20.4 de la Constitución establece:

«4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.»

Hay muchas maneras de abordar la cuestión sobre los límites de un derecho fundamental y, en particular, sobre los límites a la libertad de expresión. Una que nos parece fecunda en este contexto es la construida en más de un siglo de jurisprudencia por el Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. El Tribunal adopta un enfoque metodológico por categorías o tipos de discurso, a cada uno de los cuales se aplica un estándar más o menos riguroso de protección (3). Partiendo de la idea intuitiva de que no todos los discursos o mensajes tienen el

(2) Véase también en la Constitución alemana (1949) su artículo 5, apartado —Abschnitt— (1): *«Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten [...].»* Esto es, menos que más: todos tienen el derecho a expresar y a difundir libremente su opinión por medio de la palabra, el escrito o la imagen, y a obtener sin trabas información a partir de fuentes accesibles a todos.

(3) Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *First Amendment Law*, 3.^a ed., Foundation Press, 2007, págs. 8-12.

mismo valor, el Tribunal somete cualesquiera limitaciones del llamado discurso público —político, científico, cultural— a un estándar de control judicial estricto, riguroso o muy cualificado (*strict scrutiny*), las regulaciones de la publicidad y de conductas o comportamientos expresivos a un control judicial intermedio, más laxo (*intermediate scrutiny*); en tercer lugar, hay discursos tan absoluta y claramente exentos de valor —o más señaladamente, manifiestamente perniciosos— que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Primera Enmienda y que, por ello, no reciben ningún tipo de protección (4): mentiras, amenazas, obscenidades, entre otros, son candidatos claros a integrar esta última categoría. Sus perfiles son debatidos, pero la noción básica no suele serlo. Así, la difamación dolosa o la publicidad engañosa, la amenaza o provocación de causar un daño grave e inminente, la publicación de impudicias o lascivias son ejemplos clásicos de esta categoría. No estará de más, con todo, indicar que la tercera categoría es la más difusa y culturalmente condicionada. También, la más próxima al caso en estudio.

3. PUBLICIDAD COMERCIAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA DOCTRINA DEL *COMMERCIAL SPEECH*

Las manifestaciones comerciales, como paradigmáticamente la publicidad mercantil, son expresión (opinión) y, en algunas ocasiones, información (aseveraciones sobre hechos). Por ello, son adscribibles *prima facie* al ámbito de protección de los artículos 20.1.a) y d) de la Constitución: quien anuncia algo, opina e informa sobre el objeto de su discurso, por más que sea interesado —el art. 20 de la Constitución no protege exclusivamente el discurso desinteresado—. En virtud de la doctrina del *Commercial Speech*, la publicidad mercantil goza de la protección constitucional de las libertades de expresión en información, aunque sea en medida distinta a la que tienen otros tipos o categorías de discurso.

El Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos de América, primero, y, luego, otras jurisdicciones —como muy señaladamente el Tribunal Europeo de

(4) «*There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or fighting words —those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are not essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality*» [Chaplinsky v. New Hampshire (315 U.S. 568 (1942))].

Derechos Humanos, otros tribunales nacionales y, recientemente, la Sala Civil del Tribunal Supremo español— han extendido la protección ofrecida por la libertad de expresión a la publicidad mercantil (5).

3.1. *La doctrina del Commercial Speech elaborada por el Tribunal Supremo Federal de los EE.UU.*

En los últimos treinta años, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha establecido una compleja jurisprudencia en la cual ha ido elaborado una categoría discreta de expresión (*Commercial Speech*), comprendida por aquellos discursos que «no hacen nada más que proponer una transacción comercial», y ha resuelto que esta categoría está amparada por la cláusula sobre libertad de expresión de la Primera Enmienda a la Constitución Federal (6).

Los orígenes de esta doctrina se encuentran en un caso de 1976: *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* [425 U.S. 748 (1976)].

Los hechos del caso fueron los siguientes: una ley del Estado de Virginia había establecido que el que hiciera públicos o anunciare precios de medicamentos sujetos a prescripción facultativa —dispensables sólo con receta médica— incurriría en una conducta antiprofesional, sancionable con una multa o, incluso, con la retirada de licencia para la venta de fármacos.

Una asociación de consumidores, la *Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, alentada entonces por el activista Ralph Nader, demandó a la agencia reguladora del mercado farmacéutico de Virginia, la *Virginia State Board of Pharmacy*, y solicitó la nulidad de la regulación mencionada por contraria a la Primera Enmienda constitucional. Esta pretensión fue estimada por los tribunales ordinarios y el recurso interpuesto por la agencia reguladora del medicamento fue rechazado por el Tribunal Supremo.

Para el Tribunal Supremo, en primer lugar, un discurso no pierde la protección constitucional de la libertad de expresión por el hecho de que se gaste dinero en su difusión como ocurre paradigmáticamente con la publicidad. Además, el Tribunal señaló que la publicidad comporta importantes beneficios sociales:

(5) En España y en opinión de uno de los coautores de este artículo (Pablo Salvador), el trabajo de referencia es el del otro coautor: Antoni RUBÍ PUIG, *Publicidad y libertad de expresión*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008. Este artículo, añade el primero, se beneficia asimétricamente del trabajo citado.

(6) Sobre ello, por todos, Robert C. POST, «The Constitutional Status of Commercial Speech», 48 *UCLA Law Review* 1 (2000).

1. Favorece una adopción sobre decisiones de consumo más informada y dotada de mayor confianza.
2. Permite reducir los precios de bienes y servicios.
3. Y, por último —añadiría en un caso posterior (7)—, derriba o rebaja las barreras de entrada para nuevos competidores a un determinado mercado.

En efecto, resolvió el Tribunal, si quiere protegerse una economía de libre mercado, en la cual los recursos se asignan a quienes más los valoran mediante decisiones económicas privadas, resulta de interés general que tales decisiones sean máximamente informadas y racionales. Para ello conviene aumentar la protección constitucional ofrecida a la publicidad y una vía para ello es incluirla en el ámbito normativo de la libertad de expresión (8).

Sin embargo, ello no implica, prosiguió el Tribunal, la imposibilidad de regular el discurso comercial, por ejemplo, si con tal regulación se persigue asegurar que la información comercial discorra en el mercado de las ideas libre de engaños y de abusos sobre los consumidores.

Cuatro años más tarde, en 1980, el Tribunal Supremo concretó las potestades de regulación de los poderes públicos sobre el discurso comercial. Al efecto, adoptó un test, que en esencia, es el todavía utilizado hoy día por los diferentes tribunales de las jurisdicciones federal y estatales norteamericanas para el examen de la constitucionalidad de regulaciones del discurso comercial. Se trata del conocido como *Central Hudson test* o, también, *four-prong test*. Conforme a él, una regulación de la publicidad será, en todo caso, constitucional:

- a) Si tiene por objeto regular discursos relacionados con actividades ilícitas o que puedan resultar engañosos. Y, en los demás supuestos, si se cumplen las siguientes condiciones:
- b) La regulación debe perseguir la consecución de un interés público sustancial.
- c) Debe ser adecuada para contribuir al interés público perseguido.
- d) Las restricciones que pueda incluir han de ser proporcionadas para la consecución del interés alegado.

La utilización del *Central Hudson test* constituye el elemento principal que distingue el enjuiciamiento constitucional de una regulación del discurso comercial de cualquier otra regulación del discurso público, es decir, del que se

(7) *Bates v. State Bar of Arizona* [433 U.S. 350 (1977)].

(8) Esta última idea está muy influida por los trabajos de la llamada escuela económica de Chicago y, en particular, por los estudios sobre la información disponible en el mercado realizados por tres Nobeles de Economía, George Stigler, Ronald Coase y Gary Becker.

refiere a expresiones de carácter político, científico o artístico. Así, y como ya se ha señalado, mientras las regulaciones del discurso público se someten, con arreglo a una jurisprudencia ya muy consolidada del Tribunal Supremo, a un estándar de control judicial riguroso o calificado (*strict scrutiny*), las regulaciones del discurso mercantil se sujetan a un control judicial menos exigente (*intermediate scrutiny*).

3.2. *La protección de la publicidad mediante la libertad de expresión en Europa: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la cual y con arreglo al artículo 10.2 de la Constitución habrá de servir de pauta interpretativa en materia de derechos fundamentales, también se ha pronunciado sobre la protección de la publicidad mediante la libertad de expresión (9).

En efecto, a partir de una Sentencia de 24 de febrero de 1994 sobre publicidad de servicios de abogacía, el asunto *Casado Coca c. España*, el Tribunal de Estrasburgo ha venido resolviendo que los mensajes comerciales están protegidos por el artículo 10.1 del Convenio de Roma, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), que reconoce la libertad de expresión. En el examen de sus restricciones, el Tribunal recurre al principio de proporcionalidad y comprueba si aquéllas son necesarias y proporcionadas en una sociedad democrática para la protección de intereses ajenos.

«Artículo 10. Libertad de expresión.

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.*

2. *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una so-*

(9) Dos referencias descriptivas de la evolución jurisprudencial del TEDH en la materia son Anxo TATO PLAZA, «Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de veinticinco miembros», en Elena F. PÉREZ CARILLO (coord.), *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 105-118, y Maya HERTIG RANDALL, «Commercial Speech under the European Convention of Human Rights: Subordinate or Equal?», *Human Rights Law Review*, núm. 6 (1), 2006 págs. 53-86.

ciudad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.»

La Sentencia de 1994 resolvió el primer caso en el cual el Tribunal de Estrasburgo se pronunció sobre el alcance de la protección de la publicidad por el artículo 10 CEDH. La doctrina establecida en el caso constituye una buena síntesis de la jurisprudencia del TEDH sobre la protección de las comunicaciones comerciales por la libertad de expresión y es objeto de remisión en la mayoría de resoluciones posteriores en la materia.

En los hechos del caso, el Sr. Pablo Casado Coca, abogado ejerciente en Barcelona, publicó anuncios en diferentes diarios y revistas locales ofreciendo sus servicios como asesor jurídico, a pesar de que las normas deontológicas del Colegio de Abogados de Barcelona prohibían la publicidad de los servicios de asesoramiento y defensa en derecho. El Colegio impuso diversas sanciones de apercibimiento al Sr. Casado y una de ellas fue recurrida, en concreto, la impuesta por la publicación de un anuncio en el Boletín de la Asociación de Residentes y Propietarios de Valldoreix (Barcelona) en el cual figuraban únicamente el nombre y apellidos del recurrente, su condición de letrado y su número de teléfono profesional.

El recurso fue desestimado por el Colegio de Abogados, cuya resolución fue confirmada por la Audiencia Territorial de Barcelona y luego por el Tribunal Supremo [STS, Sala 3.^a, 23.9.1988 (Ar. 7252)]. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo del actor por Providencia de 17.4.1989.

El Sr. Casado recurrió entonces ante el TEDH. La Comisión Europea de Derechos Humanos, en su informe de 1.12.1992, resolvió que la sanción impuesta constituía una injerencia contraria a la libertad de expresión, pues la prohibición total de emitir un anuncio neutro y veraz como el publicado por el Sr. Casado suponía, en opinión de la mayoría de magistrados, una medida innecesaria en una sociedad democrática y desproporcionada para la defensa de los intereses de los clientes y de la profesión.

El TEDH resolvió, en primer lugar, que el artículo 10 CEDH alcanza a la publicidad comercial, pues ésta puede proporcionar información valiosa: en el caso, para las personas que requieran asistencia jurídica, facilitándoles en consecuencia su acceso a la justicia. Por otra parte, y a diferencia de la Comisión, el TEDH considera que la sanción impuesta y la prohibición de publicidad no fueron desproporcionadas, ya que las normas del Colegio permitían realizar pu-

blicidad en determinados supuestos (por ejemplo, en caso de apertura de nuevo despacho o cambio de su estructura).

La prohibición constituía una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de los intereses de la profesión y de los clientes, que había sido analizada por los tribunales internos sin superar el margen de apreciación que les correspondía.

En esta línea, para el Tribunal, casi todas las medidas restrictivas de la publicidad están justificadas para la protección de intereses ajenos, en especial, la lealtad concurrencial, la protección de la salud, la protección de los consumidores o la salvaguarda de derechos de propiedad de terceros constituyen intereses públicos que permiten una regulación intensa de la información disponible en el mercado.

La jurisprudencia del TEDH en este ámbito está probablemente condicionada por el diseño institucional del tribunal —integrado por jueces-embajadores— y por su naturaleza supraestatal, que se traduce, en el plano interpretativo, en la doctrina del margen de apreciación, con arreglo a la cual el Tribunal defiere con mucha frecuencia a los juicios de proporcionalidad realizados por las autoridades nacionales.

3.3. *La doctrina del Tribunal Constitucional alemán*

El Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) —de acuerdo con una línea jurisprudencial iniciada, hará una década, con el asunto *Benetton*— ha resuelto que la publicidad comercial es uno de los discursos protegidos por la libertad de expresión (art. 5 de la Ley Fundamental) (10).

Los hechos del caso *Benetton* fueron en resumen como siguen: La «Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.», una asociación privada dedicada a combatir prácticas comerciales desleales, interpuso una acción de cesación contra Benetton, una compañía fabricante y comercializadora de productos textiles, y la editora del semanario *Stern*, por haber publicado este último tres anuncios de la primera que consideraba contrarios a las buenas costumbres de acuerdo con el § 1 de la antigua Ley de Competencia Desleal de 1901 (UWG). Los tres anuncios consistían en tres fotografías de Oliviero Toscani que mostraban, la primera, un ave flotando en una marea negra con las alas

(10) Véanse Sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 12.12.2000 (asunto *Benetton I*), 1.8.2001 (asunto *Therapeutische Äquivalenz*), 6.2.2002 (asunto *Tierfreundliche Mode*) y 11.3.2003 (asunto *Benetton II*).

llenas de crudo y los ojos enrojecidos; la segunda, un grupo de niños trabajando en algún país del tercer mundo; y, la tercera, unas nalgas tatuadas con la frase «VIH positivo».

El tribunal de instancia estimó la demanda y resolvió que los anuncios eran desleales. El *Oberlandsgericht* confirmó la sentencia, así como también el Tribunal Supremo. Para este último, los anuncios de Benetton sólo pretendían llamar la atención de la gente y aprovecharse de los sentimientos de solidaridad y compasión que podían despertar en las conciencias de los consumidores. Además, los anuncios no hacían referencia a las propias prestaciones ofrecidas por Benetton al mercado. En definitiva, se trataba de una práctica contraria a la Ley de Competencia Desleal reprimible mediante su cláusula general.

La editora de la revista recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional y argumentó que la sentencia del Tribunal Supremo era contraria a la libertad de expresión. El *Bundesverfassungsgericht* estimó el recurso en Sentencia de 12 de diciembre de 2000 y resolvió que los anuncios constituían imágenes que expresaban una idea y que, por lo tanto, podían contribuir a la formación de opinión pública, y con independencia de su finalidad concurrencial, debían quedar protegidos por la libertad de expresión. Por otra parte, resolvió el Tribunal, la protección constitucional del discurso comercial por la libertad de expresión encuentra su límite en la causación de daños a terceros o de un riesgo efectivo para el correcto funcionamiento de la competencia en el mercado.

3.4. *La recepción de la doctrina en España: la STS 1.ª de 15 de enero de 2010*

Recientemente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la protección de la publicidad comercial mediante la libertad de expresión.

Una organización de consumidores, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), demandó a «Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, S. A.» por la emisión de una de sus campañas televisivas, en la cual un hombre, vestido de traje, caminaba en un garaje de empresa, se dirigía a un coche modelo Mitsubishi Galant situado en la plaza reservada para el Director General y con un cuchillo rajaba sus cuatro neumáticos. Seguidamente, aparecía el mensaje «Regla número 1 en el mundo de los negocios: El Director General nunca debe comprarse un coche mejor que el del Presidente».

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la demanda y resolvieron que el anuncio en cuestión era ilícito por aten-

tar contra la dignidad humana al presentar «conductas relativas a la tenencia o adquisición de bienes y productos que resultan ser merecedores de reproche penal». El magistrado ponente llegó a concluir que el anuncio «no es desde luego una forma ejemplarizante de transmitir nuestros valores a la sociedad» (FJ 6).

El Pleno de la Sala Civil de nuestro Tribunal Supremo, en ponencia del magistrado José Ramón Ferrándiz, dio lugar al recurso de casación interpuesto por la anunciante y desestimó la demanda. En su Sentencia de 15 de enero de 2010, el Tribunal ha resuelto que anunciar una marca y modelo de automóvil en televisión es un ejercicio del derecho a expresarse libremente y, en efecto, afirma sin ambages que la publicidad comercial forma parte del haz de discursos protegidos por el artículo 20.1, letras *a)* y *b)*, de la Constitución.

El Tribunal refiere las razones de su fallo en el FJ 5 de la Sentencia:

1. La publicidad proporciona información sobre productos y servicios de utilidad para el público y mejora el funcionamiento del mercado regido por las leyes de oferta y demanda:

«La publicidad constituye una forma de comunicación realizada con fines de promoción de la celebración de contratos sobre bienes o servicios —art. 2 de la Ley 34/1988—. Esa comunicación puede tener un contenido informativo o integrado por ideas u opiniones o ambos a la vez, en todo caso con una relevancia cada vez mayor en el proceso de toma de decisiones en el mercado por parte de quienes son sus destinatarios, de modo que trasciende incluso —como señala el preámbulo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre— del ámbito propio del consumo y la competencia.»

2. El contenido de la libertad de expresión alcanza, además de los discursos tradicionalmente asociados con los asuntos públicos —políticos, sociales, artísticos—, al mercado de bienes y servicios:

«El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos —políticos, sociales, culturales...— no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el artículo 20 de la Constitución Española.»

3. Limitar en exceso la publicidad entraña el riesgo de afectar al discurso público, pues hay múltiples categorías intermedias (*hybrid speech*) en las que aparecen entrelazados elementos de discurso público con otros de expresión mercantil:

«[D]iscriminar en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación impondría, con la consiguiente inseguridad, identificar múltiples categorías intermedias, difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme —hay informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario, del mismo modo que hay mensajes comerciales con un alto interés informativo para el consumidor o, incluso, que, no obstante su escasa utilidad aparente, contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria...—.»

4. La publicidad puede limitarse pero las restricciones deberán estar justificadas, resultar idóneas y ser proporcionadas:

«[D]esde el punto de vista material, que es al que el recurso se refiere, la restricción debe estar justificada, ya por imponerla la regulación constitucional del propio derecho o la concurrencia con él de otros igualmente fundamentales; ya por perseguir fines legítimos según el ordenamiento constitucional, entre otros, los configurados como derechos y deberes de los ciudadanos o como principios rectores de la política económica —libertad de empresa, art. 38; peculiaridades propias de algunas actividades profesionales, art. 36; defensa de los consumidores, art. 51; protección de la salud, art. 43...— o por el legislador ordinario para el logro de objetivos de interés general.

La restricción ha de resultar, además, idónea, en el sentido de adecuada para contribuir a la obtención del fin que la legitime.

Finalmente, deberá ser proporcionada desde el punto de vista del contenido esencial del derecho restringido, cuyo necesario respeto —art. 53.1 de la Constitución— opera, al fin, como límite de los propios límites.»

4. LA PUBLICIDAD DE SERVICIOS SEXUALES EN OTROS ORDENAMIENTOS

4.1. *Estados Unidos de América: Coyote Publishing Inc. v. Miller*

El estado de Nevada es el único de los 50 Estados Unidos de América en los cuales la prostitución está actualmente permitida y regulada (11). La regulación en Nevada [*Nev. Rev. Stat* § 244.345(8)] se caracteriza por los rasgos siguientes:

(11) Hasta 2009, la prestación de servicios sexuales en prostíbulos estaba permitida en el estado de Rhode Island.

a) Licencia de apertura de locales de prostitución: la prostitución sólo puede ejercerse en prostíbulos autorizados por un condado. Únicamente aquellos condados con una población inferior a los 400.000 habitantes pueden conceder licencias para abrir locales donde se ofrecen servicios sexuales a cambio de dinero (en la actualidad, 11 de los 17 condados de Nevada han autorizado la apertura de prostíbulos). En el resto de condados —entre los que figuran Clark County, que comprende la ciudad de Las Vegas (12)—, la prostitución está totalmente prohibida.

b) Salud pública: los trabajadores sexuales deben someterse a revisiones sanitarias periódicas para controlar posibles contagios de enfermedades de transmisión sexual. La utilización de preservativos en las relaciones sexuales es obligatoria y se imputa responsabilidad civil a los propietarios de prostíbulos por contagios de VIH.

c) Criminalización del proxenetismo y conductas próximas. Varias disposiciones tratan de impedir la explotación y coerción de los trabajadores sexuales —*criminal pandering*, una actividad que incluye, entre otras, la inducción, persuasión, incentivación, seducción de la prostitución—, así como la retención de una persona en un burdel por deudas o el proxenetismo.

d) Restricciones a la publicidad. Se detallan a continuación.

Con referencia al objeto de este trabajo, las restricciones a la publicidad de servicios sexuales, la regulación del estado de Nevada establece tres grupos de disposiciones:

(i) La publicidad de servicios sexuales está prohibida en aquellos condados en los cuales la prostitución es ilegal (13).

(ii) En los condados en los cuales se permite la prostitución, está prohibida la publicidad «en cualquier cine o teatro abierto al público, en las calles o carreteras» (14).

(12) Además de Clark County, la prostitución está prohibida en los condados de Carson City, Douglas County, Lincoln County y Washoe County, que incluye la ciudad de Reno, segunda ciudad de Nevada, después de Las Vegas.

(13) Nev. Rev. Stat. § 201.440(1): «In any county, city or town where prostitution is prohibited by local ordinance or where the licensing of a house of prostitution is prohibited by state statute, it is unlawful for any person, company, association or corporation knowingly to allow any person engaged in conduct which is unlawful pursuant to paragraph (b) of subsection 1 of NRS 207.030, or any owner, operator, agent or employee of a house of prostitution, or anyone acting on behalf of any such person, to advertise a house of prostitution in his place of business.»

(14) Nev. Rev. Stat. § 201.430: «Unlawful advertising of prostitution; penalties
1. It is unlawful for any person engaged in conduct which is unlawful pursuant to paragraph (b) of subsection 1 of NRS 207.030 [prohibiting prostitution solicited on the street], or any owner, operator, agent or employee of a house of prostitution, or anyone acting on behalf of any such person, to advertise the unlawful conduct or any house of prostitution:

(iii) La inclusión, en cualquier cartel, folleto o publicación, de la dirección, localización o número de teléfono de un prostíbulo o la identificación de los medios de transporte para llegar a él, así como indicaciones para conseguir dicha información, constituyen indicios de realización de publicidad a los efectos de la regulación (15).

Recientemente, las limitaciones que se acaban de sintetizar sobre publicidad de servicios sexuales han sido objeto de un litigio en el cual se ha discutido su constitucionalidad, a la luz de la Primera Enmienda de la Constitución federal sobre libertad de expresión: *Coyote Publishing v. Miller* (16). Este caso, decidido por una Sentencia del Tribunal federal de Apelaciones del Noveno Circuito federal el pasado 11 de marzo de 2010, se utiliza en este trabajo como piedra de toque para analizar las cuestiones que constituyen su objeto.

Los editores de dos periódicos que se distribuyen en áreas del estado de Nevada en los cuales la prostitución está prohibida y el propietario de un prostíbulo situado en Nye County (en adelante, todos ellos: Coyote Publishing) iniciaron, con el apoyo de la *American Civil Liberties Union* (ACLU), un procedimiento judicial al efecto de conseguir una declaración de que las disposiciones sobre publicidad de servicios sexuales comerciales contenidas en la regulación del estado de Nevada (*Nev. Rev. Stat. §§ 201.430-440*) vulneraban su derecho a la libertad de expresión y, por lo tanto, eran contrarias a la Primera Enmienda a la Constitución Federal de los EE.UU.

El juez de distrito (*United States District Court for the District of Nevada*) estimó directamente la pretensión (*summary judgment*) y resolvió que la regulación citada de la publicidad era inconstitucional. Partió, en efecto, de que, para el examen de la constitucionalidad de las disposiciones discutidas (iii) y, dado que alcanzaban a expresión no sólo comercial —es decir, no únicamente

(a) In any public theater, on the public streets of any city or town, or on any public highway; or

(b) In any county, city or town where prostitution is prohibited by local ordinance or where the licensing of a house of prostitution is prohibited by state statute.

2. It is unlawful for any person knowingly to prepare or print an advertisement concerning a house of prostitution not licensed for that purpose pursuant to NRS 244.345, or conduct which is unlawful pursuant to paragraph (b) of subsection 1 of NRS 207.030, in any county, city or town where prostitution is prohibited by local ordinance or where the licensing of a house of prostitution is prohibited by state statute.»

(15) Nev. Rev. Stat. § 201.430(3): «Inclusion in any display, handbill or publication of the address, location or telephone number of a house of prostitution or of identification of a means of transportation to such a house, or of directions telling how to obtain any such information, constitutes prima facie evidence of advertising for the purposes of this section.»

(16) No. 07-16633. U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit. March 11, 2010.

a anuncios— debía aplicarse un estándar riguroso (*strict scrutiny*), aplicable generalmente al denominado discurso público, estándar que la norma no superaba. Alternativamente, resolvió el juez de distrito, incluso si se les aplicara un estándar de revisión intermedio (*intermediate scrutiny* o *Central Hudson test*), la disposición tampoco superaría tal umbral y sería igualmente inconstitucional.

El estado de Nevada recurrió en apelación la Sentencia de primera instancia, alegando, en síntesis, que un estándar intermedio de escrutinio era el aplicable, al menos en aquellos condados en los cuales la prostitución estaba prohibida y que el interés del Estado en prevenir la cosificación (*commodification*) y mercantilización (*commercialization*) de la actividad sexual (*sex*) era sustancial y justificaba las restricciones a su publicidad.

El Tribunal federal de Apelaciones competente (*United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*), en Sentencia de 11 de marzo de 2010, estimó el recurso y resolvió que la regulación de la publicidad de servicios sexuales en Nevada es constitucional.

La primera cuestión básica a resolver era si las regulaciones sobre publicidad objeto de la controversia judicial estaban sujetas a un estándar de escrutinio estricto —como el discurso público— o al intermedio o más laxo propio del *commercial speech*, regido constitucionalmente por los 4 criterios antes mencionados de *Central Hudson*. Traducido a nuestro propio sistema constitucional, ello equivaldría —muy a grandes rasgos— a preguntar si la expresión en cuestión trascendía los límites de la publicidad y tenía, por tanto, una tutela constitucional de primer nivel o, en cambio y como mera publicidad mercantil, la tenía más restringida, pues el legislador ordinario podría regularla con mayor intensidad con tal que tuviera un interés razonable y la regulación fuera proporcionada.

El Tribunal, en ponencia de la juez Marsha S. Berzon, partió de la tesis favorable al carácter abrumadoramente publicitario de la regulación discutida y de su objeto: no había, por ello, razón para aplicar estándares estrictos de valoración de las limitaciones establecidas, sino que bastaba con emplear estándares intermedios y, por tanto, más deferentes con la regulación prohibitiva o limitativa de una categoría puramente publicitaria de expresión.

Pero, en la categoría de expresión analizada, había más o, mejor dicho, bastante menos que discurso comercial: el estado de Nevada había argüido que incluso un estándar aún más laxo que el intermedio sería aplicable al caso, pues la regulación tenía como objeto una actividad publicitaria de una conducta socialmente considerada como un hábito desfavorecido, como un mal hábito, es decir, un vicio. Y tal circunstancia, añadía el Estado, permitía incluso una re-

gulación absolutamente prohibitiva. Los vicios —como la bebida, el juego, el tabaquismo, o hasta las loterías— podían estar prohibidos y, por consiguiente, aducía el estado de Nevada, también su publicidad.

Este argumento no convenció al Tribunal de Apelaciones, el cual declinó ir tan lejos. Doctrina constitucional establecida por el Tribunal Supremo federal, escribió la Juez Berzon, había aplicado el estándar intermedio de escrutinio a publicidad relacionada con actividades presuntamente viciosas, con malos hábitos (17): no hay, en la tradición constitucional norteamericana, lugar para una excepción homogénea sobre el vicio (*no generic vice exception*). Sin necesidad en esta ocasión de profundizar en esta doctrina, hay que concordar en su buen sentido: sería muy difícil concordar una doctrina operativa y general sobre hábitos socialmente desfavorecidos.

Sin embargo, Nevada argumentaba adicionalmente que había razones justificativas para una excepción específica en materia de prostitución, había diferencias sustanciales entre esta actividad y otros presuntos vicios. Y el Tribunal de Apelaciones suscribió tal línea argumentativa:

La primera razón derivaba del grado de desfavor social de la prostitución en la sociedad norteamericana, incomparablemente mayor que el de otros presuntos vicios: «[...] *la prostitución es [un vicio] sui generis. Cuarenta y nueve de los cincuenta Estados prohíben hoy toda venta de servicios sexuales. El Gobierno Federal aprecia un vínculo entre la prostitución y la trata de mujeres y niños [...]. Y aunque Nevada ha optado por la legalización parcial, ha dado pasos sustanciales para limitar la prostitución, incluyendo la prohibición de su ejercicio en los lugares más poblados.*»

En segundo lugar, sostenían el Estado y, con él, el Tribunal, la razón básica para proteger constitucionalmente el discurso comercial, que es la facilitación de la más eficiente asignación de los recursos económicos, de la adopción informada de decisiones sobre su consumo, no actúa en el caso de la prostitución: «*A la luz de los hábitos sexuales predominantes [en nuestra sociedad, la idea de], un mercado del sexo muy transparente y, por tanto, eficiente es una quimera.*» ¿Por qué? Porque, añadió el Tribunal, «*a este respecto, el sexo no es una mercancía [sex is not a commodity]... La jurisprudencia sobre tutela del discurso comercial manifiesta rutinariamente una preocupación por la distorsión de los mercados [...], [pero], por el contrario, en el contexto de la venta legal de actos sexuales hay relativamente poca competencia mercantil que distorsionar*»,

(17) Desde *44 Liquormart, Inc. V. Rhode Island*, 517 U.S. 484, 116 S.Ct. 1495, 134 L.Ed.2d 711 (1996).

dada, añadió en nota «*la falta de transparencia inherente a las transacciones mercantiles sobre el sexo*» (énfasis añadido) (18).

Otra razón normalmente alegada para proteger constitucionalmente el discurso comercial, la indeseabilidad de políticas regulatorias paternalistas, tampoco militaba en este caso, pues la regulación puesta en cuestión no trataba de defender a las personas de sí mismas, sino que buscaba proteger a terceros, en cuanto la mercantilización del sexo es —como más adelante afirmaría el Tribunal— un daño social y no exclusivamente privado.

Sin embargo, el Tribunal no llevó más adelante estas reflexiones y aplicó al caso el estándar propio en el ámbito del *Commercial Speech* para enjuiciar la constitucionalidad de la ley de Nevada, el *Central Hudson test*:

a) Los bienes o servicios anunciados deben ser legales. En el caso, era obvio que concurría esta circunstancia, pues, a pesar de que la publicidad de servicios de prostitución podría llegar a ser difundida en condados donde la prostitución era y es ilegal, resultaba innegable que Nevada había procedido a legalizar parcialmente la prostitución. Por consiguiente, y de acuerdo con el modo de aplicar *Hudson*, puede procederse al examen del resto de requisitos.

b) La regulación que restringe la publicidad debe perseguir un interés público sustancial. El Tribunal acepta la concurrencia del interés público alegado por el estado de Nevada durante el procedimiento: evitar la mercantilización de las relaciones sexuales (*sex commodification*) (19). Para el Tribunal, el legislador estatal, mediante su regulación, persigue reducir el número de relaciones sexuales profesionalmente prestadas a cambio de precio en la mayor parte del territorio de Nevada. Este interés general viene respaldado por las políticas seguidas en el resto de Estados de los EE.UU. y por la tradición regulatoria conforme a la cual se han criminalizado históricamente aquellas conductas di-

(18) Nota 13 de la Sentencia comentada. Típicamente, seguía diciendo el Tribunal, incluso en los burdeles legales de Nevada, el precio de los servicios no es acordado sino hasta *después* de que el trabajador o trabajadora sexual y su cliente han entrado en una habitación privada. La magistrada Barzon añadía que el Tribunal era consciente de que había un mercado ilegal muy vasto para los servicios sexuales, pero, concluía, la doctrina del discurso comercial no se refiere a mercados ilegales, a mercados negros, sino a mercados legales. De acuerdo, naturalmente, pero ello acaso no explica suficientemente por qué, en el ámbito en el cual tales servicios se prestan desde la legalidad, no hay manera de incrementar la transparencia del funcionamiento del mercado. La tesis del Tribunal quizás parte de la base de que el consumo de semejantes servicios no es conspicuo, una razón sobre la cual difícilmente cabe discrepar.

(19) Hay un salto lógico en la argumentación: la comercialización de una actividad viene dada por la existencia de un mercado en el cual se ofrezca y demande libremente, no por el hecho adicional de que la actividad sea objeto de publicidad. Es cierto, con todo, que el grado de comercialización se ve normalmente incrementado si hay publicidad.

rigidas a obtener un provecho económico de los servicios ofrecidos por las trabajadoras sexuales.

c) La norma debe ser adecuada para contribuir al interés público perseguido. Para el Tribunal se cumple este tercer requisito del test:

«En primer lugar, se elimina la exposición del público en general —en algunas zonas, de forma completa; en otras, en buena medida— a anuncios que constituyen parte de la mercantilización del sexo. Puesto que el daño que se pretende evitar ocurre en parte a partir de la propuesta de una transacción comercial, prohibir o restringir la publicidad reduce directamente este daño.»

«En segundo lugar, las limitaciones a la publicidad contribuyen directamente y materialmente al interés del estado de Nevada en limitar la mercantilización al reducir la demanda en el mercado [...] de sexo a cambio de dinero» [...] «La reducción de la demanda de sexo comercial limita a su vez la mercantilización del sexo.»

d) La medida restrictiva que contenga la norma enjuiciada debe ser proporcionada para la consecución del interés alegado. Para el Tribunal, el hecho de que se permita cierta publicidad de servicios sexuales en los condados que han autorizado la apertura de prostíbulos acredita la proporcionalidad de la medida y refleja el equilibrio entre el interés general de minimizar la mercantilización del sexo con otros fundamentos de la regulación:

«La legalización parcial y la regulación contribuyen a otros intereses generales del estado de Nevada como son la prevención del contagio de enfermedades de transmisión sexual y la protección de las trabajadoras sexuales frente a abusos.»

La clave de bóveda de la decisión radica en la apreciación normativa del Tribunal conforme a la cual la mercantilización del sexo es predominantemente rechazada por indeseable en la sociedad y en el Derecho norteamericano: *«La idea de que, en una sociedad civilizada, hay cosas que el dinero no puede comprar es uno de los cimientos» de nuestro sistema legal y político» (...)* *«la gente no puede ser comprada ni vendida, el pago por el consentimiento a la adopción es ampliamente rechazado [como lo es] el pago de dinero por servicios de maternidad de alquiler (...) o el tráfico de órganos humanos.»*

El Tribunal reconocía que la cuestión sobre si la ley debería tratar al sexo comercial como algo comparable al mercado de niños o de órganos y considerarlo fuera del comercio, o, en cambio, debería regularlo como algo similar a la prestación de trabajo físico es muy discutida por la doctrina legal y la filosofía

moral (20). Sin embargo, pese a ello, el Tribunal recalca que Nevada ha establecido una regulación excepcionalmente permisiva sólo en parte, circunstancia que manifiesta que el interés del Estado en limitar la comercialización del sexo es sustancial: podía haber prohibido toda forma de sexo profesional, como lo han hecho todos los Estados menos Nevada mismo.

En cualquier caso, la Sentencia ha sido recurrida por la ACLU ante el pleno del Tribunal de Apelaciones para el Noveno Circuito.

4.2. *Alemania: Sentencias del Tribunal Supremo Federal de 13 de julio de 2006*

En Alemania federal, desde la Ley de 20 de diciembre de 2001, de Regulación de las Relaciones Jurídicas de las Personas Prostituidas (*Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten*), la prostitución está permitida y cuenta con un marco legal cuyo objeto primario es la protección de las trabajadoras sexuales.

Sin embargo, el legislador no derogó los párrafos (en adelante, §) 119 y 120(1).2 de la Ley de Infracciones Administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG)), que restringen —pero no prohíben absolutamente— la publicidad de servicios sexuales:

a) El § 119 de la Ley tiene por objeto proteger a las personas de la exposición no deseada —no querida— de actos, presentaciones, contenidos u objetos de tipo sexual. Para su ilicitud, es necesario que puedan calificarse como gravosamente intrusivos, muy molestos o desagradables (*belästigend*) o que sean crasa o groseramente ofensivos (*grob anstößig*) (21). En función de las

(20) Véanse las citas en las páginas 603-604 de la Sentencia, con referencias a trabajos de Margaret JANE RADIN [*Market-Inalienability*, 100 Harv. L. Rev. 1849, 1912 (1987)], partidaria de legalización parcial con regulación limitativa; Ann LUCAS (*The Currency of Sex: Prostitution, law, and Commodification*; en *Rethinking Commodification* —Ertman & Williams eds. 2005—, 248), a favor de posiciones antipaternalistas; y Martha C. Nussbaum (*Taking Money for Bodily Services*; en *Rethinking Commodification*, cit., 243), en el sentido de que el fracaso de la legalización es uno de los obstáculos más importantes a la mejora de las condiciones de los trabajadores sexuales.

(21) § 119 Grob anstößige und belästigende Handlungen

(1) Ordnungswidrig handelt, wer

1. öffentlich in einer Weise, die geeignet ist, andere zu belästigen, oder

2. in grob anstößiger Weise durch Verbreiten von Schriften, Ton— oder Bildträgern, Abbildungen oder Darstellungen oder durch das öffentliche Zugänglichmachen von Datenspeichern Gelegenheit zu sexuellen Handlungen anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt.

circunstancias de un determinado anuncio, el § 119 podría, pues, ser aplicable a la publicidad de servicios sexuales.

En el entendimiento del Gobierno Federal de esta Ley (22) y de la reglamentación concordante, las conductas calificables como intolerables son las que perturban el bienestar físico o psicológico de terceros en un grado considerable. La mera oferta de servicios sexuales (como, por ejemplo, el denominado *streetwalking* o «hacer la calle») no se considera insoportable o intolerable en el sentido de la ley, sino que se requiere la concurrencia de circunstancias adicionales que conviertan en particularmente conspicua a la oferta y que supongan una intromisión para el tercero.

Por otra parte, las conductas que se consideran groseramente ofensivas son aquellas tan intrusivas que la mayoría de la población considera que superan claramente los límites de la convivencia o que dejan de ser socialmente razonables, a pesar de los cambios producidos en la percepción pública acerca del sexo.

b) El § 120(1).2 de la Ley prohíbe todas las formas de publicidad de servicios sexuales a cambio de una remuneración (23). Las sanciones previstas no sólo se imponen a los anunciantes —prostitutas y prostíbulos—, sino también a quienes publican los anuncios, como, por ejemplo, periódicos o portales web.

(2) Ordnungswidrig handelt auch, wer auf die in Absatz 1 bezeichnete Weise Mittel oder Gegenstände, die dem sexuellen Gebrauch dienen, anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt.

(3) Ordnungswidrig handelt ferner, wer öffentlich Schriften, Ton— oder Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen oder Darstellungen sexuellen Inhalts an Orten ausstellt, anschlügt, vorführt oder sonst zugänglich macht, an denen dies grob anstößig wirkt.

(4) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 mit einer Geldbuße bis zu eintausend Euro, in den übrigen Fällen mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.

(22) BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, *Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten*, 2007 (http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/bericht-der-br-zum-prostg-brosch_C3_BCRe-deutsch.property=pdf;bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf), pág. 76.

(23) § 120 Verbotene Ausübung der Prostitution, Werbung für Prostitution

(1) Ordnungswidrig handelt, wer

1. einem durch Rechtsverordnung erlassenen Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen, zuwiderhandelt oder

2. durch Verbreiten von Schriften, Ton— oder Bildträgern, Datenspeichern, Abbildungen oder Darstellungen Gelegenheit zu entgeltlichen sexuellen Handlungen anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt; dem Verbreiten steht das öffentliche Ausstellen, Anschlagen, Vorführen oder das sonstige öffentliche Zugänglichmachen gleich.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.

Según el Gobierno Federal, antes de la entrada en vigor de la Ley de Regulación de las Relaciones Jurídicas de las Personas Prostituidas, el § 120(1).2 de la Ley de Infracciones Administrativas era aplicado raramente (24). Como la decisión de perseguir tales conductas se dejaba a la discreción de las autoridades locales, en muchas ciudades se toleraba la publicación de anuncios de prostitución en la prensa escrita. En otras, en cambio, pactos entre editoras de periódicos y autoridades y policías locales especificaban cuál era el contenido aceptable de los anuncios (así, por ejemplo, en Múnich, la regla era que solamente podían incluirse en el anuncio el nombre y el número de teléfono del trabajador o trabajadora sexual).

En la doctrina dominante y en la jurisprudencia, la prohibición contenida en el § 120(1).2 de la Ley de Infracciones Administrativas alcanzaba a todo tipo de publicidad de servicios sexuales a cambio de dinero, sin que fuera necesario ningún otro factor adicional, como la generación de molestias para el público en general o, en particular, la afectación de los intereses de los menores.

El Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) dictó tres sentencias el 13 de julio de 2006 (asuntos I ZR 231/03, I ZR 241/03 y I ZR 65/05) en las cuales precisó el alcance de la prohibición de realizar publicidad de servicios de prostitución.

En los tres procedimientos, los dueños de locales donde se ejercía la prostitución habían demandado a los titulares de tres periódicos y reclamaron la declaración de deslealtad de la publicación de publicidad de servicios sexuales en sus páginas y el cese consiguiente de tal actividad.

Las demandas por competencia desleal se fundaban en la cláusula general de deslealtad [párrafo 3 de la Ley de Competencia Desleal —*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG)]— y en la deslealtad por infracción de normas (4.11 UWG), pues, se alegaba, la publicación contravenía los párrafos 119 y 120(1).2 de la Ley de Infracciones Administrativas.

Para el Tribunal Supremo, las conductas demandadas no eran desleales por no contravenir las disposiciones citadas:

— En primer lugar, los anuncios enjuiciados no infringían el § 119 de la Ley de regulación de las Relaciones Jurídicas de las Personas Prostituidas por

(24) BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, *Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten*, 2007 (http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/bericht-der-br-zum-prostg-brosch_C3_BC-re-deutsch.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf), pág. 77.

no constituir una grave perturbación o molestia al público en general, ni ser groseramente ofensivas.

— En segundo término, tampoco infringían el § 120(1).2 de la Ley. Para ello, el Tribunal argumentó que la entrada en vigor de la Ley había supuesto un cambio claro en la valoración social de las actividades de prostitución, cambio que obligaba a una interpretación más flexible de la prohibición de la publicidad de servicios sexuales.

En tal sentido, la prohibición debía limitarse a aquellos casos en los cuales el anuncio constituye una interferencia concreta con los intereses legalmente protegidos de terceros, en particular, la protección de menores:

«No es, por tanto, una prohibición general de todo anuncio para la prestación de servicios sexuales lo que establece el § 120(1).2 OWiG, sino la prohibición de aquellos supuestos en los que el anuncio afecta de forma concreta a los bienes jurídicos del público en general, en especial, la protección de la juventud [...].»

«Una afectación concreta de intereses legalmente protegidos, que constituye una infracción del § 120(1).2 OWiG, tiene lugar cuando, por ejemplo, dadas la presentación, el contenido, el tamaño o la forma publicitaria del anuncio, su comunicación a terceros puede generar un riesgo para intereses jurídicos de terceros.»

Fuera de tales casos, la publicidad se considera admisible. Alemania es así un ejemplo de restricción de la publicidad del sexo comercial, no de prohibición absoluta.

4.3. Reino Unido: la Criminal Justice and Police Act 2001

En el Reino Unido, la *Criminal Justice and Police Act 2001* (aplicable en Inglaterra y Gales), tipifica como delito la publicidad de prostitución en cabinas telefónicas («*tart cards*») (25).

(25) 46 *Placing of advertisement relating to prostitution*

(1) *A person commits an offence if—*

(a) *he places on, or in the immediate vicinity of, a public telephone an advertisement relating to prostitution, and*

(b) *he does so with the intention that the advertisement should come to the attention of any other person or persons.*

(2) *For the purposes of this section, an advertisement is an advertisement relating to prostitution if it—*

(a) *is for the services of a prostitute, whether male or female; or*

El artículo 46 (1) de la *Criminal Justice and Police Act 2001* establece que:

- «Una persona comete un delito si
- (a) coloca en un teléfono público o en sus inmediaciones un anuncio relacionado con la prostitución, y
 - (b) concurre la intención de que el anuncio llegue a la atención de cualquier tercero.»

A los efectos de la norma, «anuncio relacionado con la prostitución» y «teléfono público» se definen como sigue:

- «(2) Para los propósitos de este artículo, un anuncio es un anuncio relacionado con la prostitución si
- (a) ofrece los servicios de una prostituta, sea hombre o mujer, o,
 - (b) informa sobre un local en el que se ofrecen tales servicios.»
- «(5) «Teléfono público» significa
- (a) cualquier teléfono que se encuentre en un lugar público y que pueda ser usado por el público en general o una parte de éste, y
 - (b) el lugar donde está instalado el teléfono, un quiosco, cabina, cubierta, refugio o cualquier otra estructura acústica.»

-
- (b) indicates that premises are premises at which such services are offered.
 - (3) In any proceedings for an offence under this section, any advertisement which a reasonable person would consider to be an advertisement relating to prostitution shall be presumed to be such an advertisement unless it is shown not to be.
 - (4) A person guilty of an offence under this section is liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding level 5 on the standard scale, or both.
 - (5) In this section—
 - «public telephone» means—
 - (a) any telephone which is located in a public place and made available for use by the public, or a section of the public, and
 - (b) where such a telephone is located in or on, or attached to, a kiosk, booth, acoustic hood, shelter or other structure, that structure; and
 «public place» means any place to which the public have or are permitted to have access, whether on payment or otherwise, other than—
 - (a) any place to which children under the age of 16 years are not permitted to have access, whether by law or otherwise, and
 - (b) any premises which are wholly or mainly used for residential purposes.
 - (6) In section 24 of the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (c. 60) (arrest without warrant for arrestable offences), in subsection (2) (offences which are arrestable offences), after paragraph (c) insert—
 - «(ca) an offence under section 46 of the *Criminal Justice and Police Act 2001*;».

La pena asociada al delito es de prisión de hasta seis meses o la imposición de una multa.

La prohibición de publicidad de servicios sexuales en cabinas telefónicas no es aplicable a los anuncios de prostitución en la prensa escrita.

5. PROPORCIONALIDAD DE MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA PUBLICIDAD DE SERVICIOS SEXUALES. CONCLUSIONES DEL TRABAJO

En las páginas anteriores, sus autores hemos tratado de ofrecer, muy sintéticamente, razón del estado de la cuestión analizada en tres culturas muy próximas a la nuestra —pero ajenas a las sureuropeas de raíz latina, más accesibles tradicionalmente—. En ellas, el estándar propiamente utilizado para el enjuiciamiento de medidas restrictivas del discurso comercial, de la publicidad mercantil, suele reconducirse al principio de proporcionalidad o a un trasunto de éste —como es el *Central Hudson test*—. En efecto, para su validez constitucional, una regulación restrictiva de la publicidad debería perseguir un interés general legítimo, ser adecuada para la consecución de tal interés y ser proporcionada para tal fin.

En todo caso, el marco constitucional comparado difiere en Estados Unidos de América y en Europa: en Norteamérica y según resulta de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo federal, el discurso comercial goza de la protección de la Primera Enmienda, sobre libertad de expresión, pero lo hace en menor medida que el discurso público, aquel que en algunas construcciones doctrinales, ocupa el lugar central o —en términos españoles— constituye el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión. En Europa, en cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido muy en cuenta la necesidad de ofrecer algún tipo de protección al discurso comercial, pero ha sido muy deferente con las distintas regulaciones nacionales, circunstancia que, en todo caso, da razón de la notable distancia que separa, institucionalmente hablando, el sistema federal estadounidense del equilibrio postwestfaliano propio de la Europa contemporánea. Se observa, con todo, una apertura jurisprudencial de los tribunales ordinarios a las tesis que consideran que la publicidad mercantil goza en alguna medida de la protección constitucional de las libertades de información y expresión. En ninguna de las orillas del Océano Atlántico se pone en duda que el discurso publicitario pueda ser objeto de regulación —razonable o, incluso, proporcionada a los intereses en conflicto— pero es materia regulable por el legislador ordinario en cualquier caso.

En este artículo los resultados anteriores se asumen como dados: puede haber diferencias en grado de protección del discurso público en relación con el discurso privado, pero los perfiles de la distinción entre ambos son extraordinariamente difíciles de trazar, discutiblemente fecundos y muy distintos según las culturas legales analizadas. Por ello, los autores creemos que una distinción polar entre niveles de protección constitucional entre uno y otro —protección máximamente elevada para el primero, pero inexistente o muy reducida para el segundo— no sería razonable en lo absoluto. Al igual que la Historia muestra clara, repetida y, a menudo, trágicamente cómo ninguna comunidad nacional —ninguna *polity*— ha podido pervivir con los solos instrumentos e instituciones del derecho público, es decir, sin ofrecer a los miembros de la comunidad la oportunidad constitucionalmente garantizada de utilizar las herramientas, relaciones e instituciones del Derecho privado, del mismo modo podemos sostener, en particular, que el discurso privado de naturaleza mercantil debe gozar de algún tipo mínimo —razonable— de protección constitucional.

Sin embargo, el caso de la publicidad de las ofertas profesionales de sexo comercial, de la prostitución, como muestra la polémica, aquí analizada con algún detalle, del caso *Coyote Publishing*, debe ser analizado con criterios específicos y teniendo muy en cuenta el general —y acaso creciente— desfavor formal con el que es valorada la denominada profesión más antigua del mundo.

Desde una perspectiva normativa, no hay duda de que si el ejercicio de la prostitución ha sido declarado contrario a la ley por el legislador competente, su publicidad puede ser razonablemente prohibida. Más discutible es si puede serlo absolutamente en el caso en que el legislador haya establecido la legalización parcial y condicionada de la prostitución. Tal es la cuestión que se plantea en *Coyote Publishing* y que, en este trabajo, dejamos presentada en la síntesis de los argumentos de las partes y de la decisión dictada —y recurrida— por el tribunal competente.

Desde una perspectiva de hecho, se han citado en este artículo las referencias doctrinales de trabajos de autoras tan prestigiosas como Margaret Jane Radin, Ann Lucas y Martha C. Nussbaum (26). En ellos se advierte sistemáticamente de los riesgos asociados con las tesis abolicionistas y prohibicionistas del sexo comercial: la legalización parcial, la sujeción a estrictos controles de consentimiento informado, sanidad, condiciones de prestación de los servicios sexuales pueden esgrimirse como instrumentos potencialmente válidos para contrarrestar la explotación, abuso, riesgo de enfermedad, miseria y otras atrocidades asociables a los mercados negros cuando, éstos, por más que prohibi-

(26) Véase, *supra*, la nota 20.

dos, existen y funcionan en condiciones degradadas y ofensivas para la dignidad humana. El paralelo, aquí, tal vez, sería el debate en torno al tráfico de drogas, cuestión, de todos modos, que cae fuera del objeto de nuestro análisis.

Los autores no somos dualistas, no creemos, por tanto, que el Derecho —mucho menos el Derecho constitucional— sea ontológicamente una realidad normativa distinta y al margen de la realidad fáctica. Por ello, queremos muy modestamente llamar la atención sobre la circunstancia de que, normativamente es perfectamente defendible sostener posiciones abolicionistas, pero que la ilegalización no seguida de aplicación efectiva del Derecho o, mucho peor, la alegalización de un entorno de relaciones jurídicas de prestación de servicios —los sexuales, en nuestro caso— puede acabar resultando de hecho mucho más degradante para la condición humana de las personas afectadas que una regulación limitativa y rigurosa de tal actividad. Así, los argumentos relacionados con el respeto a la dignidad humana deben tener en cuenta la realidad práctica que cabría tener que afrontar.

Ya en el ámbito de la publicidad del sexo comercial, contrastan las posiciones encontradas del Derecho del estado de Nevada —en el marco del federal estadounidense— y del ordenamiento de la República Federal de Alemania. En el primero, prevalece la tesis prohibitiva que, al menos provisionalmente, los tribunales consideran compatible con el ordenamiento constitucional más estable e intensamente protector de la libertad de expresión en los países de tradición democrática. En el segundo, en cambio, los tribunales ordinarios se manifiestan favorables a formas de publicidad que no resulten intolerables por indecentes o conspicuas, pero siempre sobre la base de una regulación legislativa federal partidaria de la regulación con condiciones de la prostitución y no de su prohibición. Parece así, que en el caso norteamericano está influyendo de manera decisiva hasta ahora la circunstancia normativa del muy mayoritario desfavor social, del rechazo legal y moral de la prostitución en 49 Estados de la Unión. A ello se suma, en la Sentencia comentada, una consideración empírica: la aseveración de la esencial opacidad de los mercados de la prostitución, circunstancia que impediría absolutamente los beneficios asociados a la publicidad mercantil y que, por lo tanto, dejarían a la luz únicamente sus costes sociales. La cuestión de la falta de transparencia de los mercados en cuestión es ciertamente atendible, pero la contrastación de esta hipótesis queda también fuera del objeto de este artículo, siendo una tarea propia de la sociología empírica.

Para finalizar, incluimos dos breves referencias a la necesidad de la concurrencia de intereses dignos de tutela que justifiquen la prohibición de publicidad de servicios sexuales profesionales, así como a la adecuación y proporcionalidad de las medidas legales que se puedan adoptar.

5.1. *Intereses perseguidos con la prohibición*

En este artículo, se parte de la tesis de que el discurso comercial goza de un nivel de protección constitucional, acaso menos elevado que el del discurso público, pero indudablemente positivo. Dado lo anterior, una limitación al derecho a realizar comunicaciones comerciales debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo. Y en tal sentido, para no adolecer de un vicio de inconstitucionalidad, las medidas legislativas que el legislador se propusiera adoptar habrían de contribuir a la protección de un interés general que fundamente la interferencia en la libertad de expresión del anunciante. La medida no podría, pues, ser gratuita o arbitraria —caprichosa— ni podrá perseguir fines constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes.

Los intereses generales a los que podría recurrir el legislador para fundamentar una norma prohibitiva de la publicidad de servicios sexuales en la prensa escrita: son de muy distinto orden: i) la protección de la infancia y de la juventud (art. 20.4 CE); ii) la salvaguarda de la libertad individual y de la integridad física de víctimas potenciales del tráfico de personas para su explotación sexual (arts. 15 y 17.1 CE), y iii), señaladamente, la reducción de la mercantilización del sexo, con base en la dignidad humana (art. 10 CE) (27); finalmente, iv) en apoyo de una prohibición de la publicidad de servicios sexuales en prensa escrita, el legislador ordinario puede argüir el desvalor históricamente asociado a la prostitución —sin dejar de tener en cuenta, con todo, la posible relación entre tal desvalor específico y la condición, tradicional y justamente caracterizada como de sujeción al hombre, de las mujeres de todas las culturas—.

En contraste con lo anterior, no puede dejar de tenerse en cuenta el factor adicional de opacidad y de estabilización de las organizaciones ya presentes en el mercado que supondría mantener un principio de alegalidad de la prostitución y de oscuridad en su publicidad. Aun teniendo en mucha consideración el argumento de la inherente falta de transparencia de este tipo de mercados, no se puede dejar de poner de manifiesto que la incongruencia resultante de la legalización o mantenimiento de la alegalidad de la actividad más la prohibición de su publicidad puede resultar al final mucho más degradante para las personas afectadas que la legalización y publicidad de baja intensidad: acaso el peor de los mundos normativamente posibles, constitucionalmente hablando, sería esta-

(27) Defensa de la dignidad de la mujer que, en palabras de Javier Marías, esconde «un puritanismo monjil». Véase JAVIER MARÍAS, «Para eso somos el Gobierno, idiotas», *La Zona Fantasma, El País Semanal*, 1 de agosto de 2010.

blecer una regulación abolicionista de la prostitución y prohibitiva de su publicidad puramente formal y que, por ausencia de voluntad política de aplicación efectiva, resultara aún más degradante de la dignidad humana que una política legislativa limitativa, controladora y condicionada: la cláusula constitucional de la dignidad humana puede ser violada en ambos casos y una legislación formalmente prohibitiva inaplicada o selectivamente aplicada, que permitiera el funcionamiento de un mercado negro, informal, podría ser tanto o más lesiva de la dignidad humana que una aproximación distinta, claramente regulatoria. Los autores, juristas de profesión, hemos de detener nuestra reflexión en este punto y dejar que sean otros, mejor equipados que nosotros, quines aborden las cuestiones planteadas, las analicen y propongan soluciones concordes con la realidad empírica.

5.2. *Adecuación de las medidas*

También y en todo caso, las medidas legislativas —prohibitivas o restrictivas— deberían resultar adecuadas, aptas o idóneas para la consecución de la finalidad legítima perseguida por el Legislador. Si la intromisión en la libertad de expresión que supondría la prohibición de publicidad no persigue finalidad alguna o se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, habría razones para considerarla injustificada y, por ende, inconstitucional.

La adecuación o idoneidad de una medida conoce grados y, así, una disposición legal puede ser más o menos eficaz para la obtención de su finalidad, puede coadyuvar con mayor o menor prontitud a la consecución de su objeto, y puede contribuir a ello con grados distintos —mayores o menores— de probabilidad.

El juicio de adecuación consiste en una valoración empírica de la relación entre la medida propuesta y la finalidad que, se aduce como perseguida. Los autores creemos que, para la formulación de tal juicio serán necesarios trabajos empíricos que demuestren que la prohibición de publicidad contribuirá a reducir la demanda de servicios sexuales profesionales y, en particular, que muestren con un grado de probabilidad razonable, que el mantenimiento de un sistema de alegalidad de la prostitución seguido de prohibiciones de su publicidad no degradará ulteriormente la condición de las personas de los trabajadores sexuales.

En particular, no debería bastar la mera conjetura de que la prohibición de publicitar un determinado bien o servicio provoca una disminución en su demanda. Puede, por ejemplo, limitarse a congelarla, a estabilizar la presencia de los agentes actuales en el mercado impidiendo la entrada de nuevos compe-

tidos, los cuales serían el objeto central de la prohibición. En tal sentido, la *Proposición no de Ley sobre la publicidad de la prostitución en medios de comunicación*, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 13 de julio de 2010 ante el Congreso de los Diputados (28), asume que prohibir la publicidad provocará una disminución en la demanda:

«Para eliminar este tráfico de persona y facilitar la reintegración de las explotadas sexualmente [...] destaca algo que puede parecer obvio pero que en ocasiones se olvida: es imperativo reducir la demanda.»

¿Ha reducido la prohibición total de la producción, importación, comercialización y publicidad de drogas la demanda histórica? ¿Ha contribuido a mejorar el nivel normativamente relevante de dignidad de oferentes y demandantes? ¿Qué resulta socialmente preferible, un mercado blanco intensamente regulado o un mercado negro —subsiguiente a una prohibición parcialmente ineficaz— y, por hipótesis, no regulado?

Además, la medida podría no resultar idónea, si se tiene en cuenta que en la actualidad ya existen otros medios de publicidad de servicios sexuales a los cuales previsiblemente se desplazarían los anuncios sobre prostitución y cuyo control será más difícil: páginas web en internet, por ejemplo, el portal dedicado a anuncios clasificados LoQuo (29) cuenta con una sección especial dedicada a promocionar servicios sexuales.

En particular, una medida legislativa que afectara exclusivamente a la prensa escrita, pero que únicamente desplazara la publicidad de tal medio de información a medios alternativos podría ser fácilmente tachada de arbitraria y contraria a la libertad de información y expresión: recae sobre el legislador la carga de fundamentar razonablemente que las medidas propuestas van a ser probablemente eficaces y que no van a producir el único efecto del desplazamiento de los flujos de publicidad entre distintos medios.

La citada *Proposición no de Ley* presentada por el Grupo Parlamentario Socialista manifiesta encomiablemente este problema:

«Pero no sólo podemos hablar de los medios escritos, ya que vemos una creciente presencia de estos anuncios en televisión o en Internet, por lo que serían necesarias herramientas más elaboradas y avanzadas que simplemente su prohibición por ley. [...] En el caso de Internet el control de los anuncios resulta aún

(28) BOCG núm. 431, de 23.7.2010, págs. 93-94.

(29) <http://www.loquo.com/ss/anuncios-eroticos/7> (consultado en 28 de julio de 2010).

más complejo por cuanto las empresas que los promueven se pueden encontrar en otros Estados, incluso externos al Espacio Económico Europeo.»

Si el objetivo perseguido por una norma prohibitiva de la publicidad de servicios sexuales en la prensa escrita es evitar el tráfico de seres humanos, la medida podría resultar beneficiosa, pero también más perjudicial que beneficiosa, pues podría disminuir la visibilidad de las víctimas e incrementar los costes de detección de los delitos relacionados con el tráfico.

Por otra parte, no cabe dejar de mencionar cómo la prohibición de publicar anuncios de servicios sexuales en prensa sería fácilmente eludible, tal y como muestra la experiencia en otros ordenamientos. Podrían disimularse las ofertas de servicios sexuales con referencias a «servicios de masaje», compañía (*escort services*) u otras similares (30).

En todo caso, el legislador ordinario debe disponer de un ámbito de apreciación de la información fáctica relevante y de las razones políticas que estime pertinentes para adoptar las medidas que considere necesarias y, de entre éstas, promulgar aquellas que estime más idóneas.

En el ámbito de las prohibiciones de publicidad, pueden darse supuestos de búsqueda de rentas (*rent-seeking*) y de captura del regulador. En este sentido, puede recelarse de una medida que prohíba la publicidad de servicios sexuales realizada tanto por trabajadores sexuales autónomos —quienes ejercen su oficio individualmente— como por quienes lo hacen integradas en un prostíbulo y bajo una relación de dependencia, que, de ser legal, sería indudablemente laboral: las primeras tendrán menos posibilidades de comunicar sus servicios a clientes potenciales que una organización, la cual podrá utilizar letreros o rótulos de establecimiento. Si ello fuera así, la demanda se desplazaría, en algún grado, de los oferentes autónomos a los organizados. El fenómeno de la captura del regulador parece, en cambio, mucho menos probable en el marco de la aplicación del Derecho en nuestro país, pero no es ocasionalmente imposible.

5.3. *Proporcionalidad de las medidas*

Un factor —acaso un condicionante— de la proporcionalidad de las medidas legislativas de que se trate debería venir dado por una acotación clara y distinta de su objeto: la prestación profesional de servicios sexuales por pre-

(30) El mismo argumento en Quim MONZÓ, «Ojito con el curso de soldadura», *La Vanguardia*, 20 de julio de 2010, pág. 16.

cio, es decir, la definición tradicional de prostitución: «actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero» (31).

Una defectuosa delimitación o la existencia de errores en la aplicación de la prohibición podría disuadir la publicación de anuncios de actividades relacionadas con prácticas sexuales, pero no o, al menos no centralmente, con el sexo comercial profesional: así, anuncios de contactos personales, de estilos de vida, o el funcionamiento de portales dedicados a la búsqueda de parejas o relaciones sexuales (como, por ejemplo, Meetic, Match, Parship, Gaydar).

Si la finalidad de las disposiciones previstas consiste en proteger a la infancia y la juventud, podría considerarse una eventual regulación dirigida a evitar determinadas expresiones o imágenes en los anuncios de servicios de sexo comercial. Un ejemplo de esta estrategia puede consultarse en las *Guidelines about the Approved Form for Advertisements for Prostitution*, aplicables en la provincia de Queensland (Australia) (32).

5.4. Conclusiones

Hay, como se puede ver, una multiplicidad de complejas cuestiones relacionadas con las medidas que se podrían adoptar. Mas, para finalizar y limitándonos

(31) RAE, segunda acepción.

(32) En la provincia de Queensland, el artículo 139A de la Ley de Prostitución (*Prostitution Act 1999*) permite sólo aquella publicidad autorizada específicamente por la *Prostitution Licensing Authority* (PLA) o que cumpla con lo dispuesto en su Guía sobre formas de publicidad autorizada (puede consultarse el texto vigente desde 30 de mayo de 2008 en <http://www.pla.qld.gov.au/advertising/guidelines/ApproveFormAdvertPros.htm>).

Con arreglo a la Guía, la mayoría de medios de publicidad están prohibidos. Así, no se permite la publicidad radiofónica o televisiva, la publicidad en vehículos y medios de transporte, la publicidad en carteles y vallas, la publicidad aérea o el patrocinio de cualquier evento o espectáculo. En efecto, la publicidad de servicios de prostitución queda limitada básicamente a la prensa escrita y a la publicidad en internet.

La Guía de la PLA, además de establecer los tamaños máximos de los anuncios en prensa y de las tarjetas de visita, incluye limitaciones al uso de determinado vocabulario e imágenes que se consideran contrarios a los estándares de una comunidad razonable (*reasonable community standards*). En este sentido, no se permite ninguna referencia a fluidos corporales, a genitales —a excepción de si el trabajador sexual ha sido circuncidado—, y a determinadas prácticas sexuales. También está prohibido emplear vocabulario que dé a entender que una prostituta es menor de edad, que se permite el uso de drogas o el sexo no seguro. Además, en la prensa escrita —no especializada— está prohibido el uso de cualquier imagen de los genitales o el pecho de una persona, así como referencias al precio de los servicios sexuales.

al marco constitucional de la regulación potencialmente prohibitiva de la publicidad de la prostitución en la prensa escrita, cabe apuntar a algunas conclusiones provisionales, que cabría debatir y, en su caso, contrastar en ulteriores análisis:

— Primera: El discurso comercial —publicitario— goza de protección constitucional por su propia naturaleza básica como expresión e información que es, aunque el grado de tal protección pueda ser más limitado que el del discurso público.

— Segunda: En los Estados Unidos de América, la publicidad de la oferta de servicios sexuales prestados profesionalmente y por precio es vista con desfavor incluso en entornos regulatorios —excepcionales en aquel país— que permiten y regulan la prostitución, como es el caso de Nevada (EE.UU.). La razón básica de tal desvaloración es la consideración de los mercados del sexo profesional como inherentemente oscuros. La publicidad no coadyuvaría a incrementar su intrínseca falta de transparencia y, por tanto, no cumpliría su función social y económica propia.

— Tercera: En culturas legales en las cuales la oferta de servicios sexuales retribuidos, es decir, la prostitución, está generalmente regulada y controlada, como la alemana federal, rige un principio de publicidad limitada, condicionada a que no afecte intolerablemente a terceros.

— Cuarta: Una acotación constitucional clara de una regulación prohibitiva de la publicidad de la oferta de servicios sexuales por precio vendría dada por la aportación de información empírica razonable sobre las probabilidades de que no se produjera una posible violación, por incongruencia, de la dignidad humana. En efecto, si la prohibición legal que pudiera establecerse, basada formalmente en la tutela de dignidad humana, fuera, con un grado claro de probabilidad, a contribuir a un incremento de la degradación en las condiciones fácticas de ejercicio de la prostitución, la medida no sería constitucionalmente viable. La comparación entre los costes y beneficios sociales de un mercado formal y regulado con los asociados a otro informal y prohibido requiere, pues, la realización de análisis empíricos sólidos.

— Quinta: El principio, pues, de congruencia en la regulación, parece muy seriamente atendible. Así, las limitaciones o prohibiciones de la publicidad de la prostitución deberían ser acompañadas por una regulación de la actividad misma sustancialmente consonante con aquéllas. En otro caso, en particular, en el de mantener la alegalidad —anomia— de la práctica, una limitación de la publicidad podría ser constitucionalmente inadecuada, desproporcionada, arbitraria o —aún peor— contraproducente.

— Sexta: Una eventual prohibición de la publicidad debería acotar clara y distintamente su objeto al concepto tradicional de prostitución, entendido,

como actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero.

— Séptima: Una medida legislativa cuyo efecto más probable y apreciable razonablemente *ex ante* fuera el del mero desplazamiento de la publicidad entre medios —de la prensa escrita a otros medios— resultaría arbitraria y potencialmente contraria a las cláusulas constitucionales sobre libertades de información y expresión, en particular, si la actividad objeto de publicidad no fuera simultáneamente ilegalizada.

— Octava: Parecidamente, una medida legislativa pura o mayormente simbólica, dirigida a manifestar la desvaloración legal de la actividad considerada, pero no razonablemente acompañada de una clara voluntad política de aplicación efectiva podría vulnerar las cláusulas constitucionales sobre libertades de información y expresión en la medida en que sólo se dirigiera a prohibir información y expresión, no además a reducir o prohibir la actividad material sobre la cual se informa u opina.

— Novena: Sin embargo, no sería inconstitucional una regulación limitativa de la publicidad que restringiera ésta a determinados medios o modos de expresión, no intrusivos ni ofensivos para terceros, ni, en particular una tal que velara por la defensa de la infancia y la juventud. Al respecto, regirían criterios razonables de regulación: «*Time, Place and Manner*».

— Décima: Desde un punto de vista constitucional, inquieta sobremanera prohibir hablar de aquello que no está prohibido hacer. Tal prevención es de menor intensidad en el caso del discurso publicitario (*commercial speech*), pero no desaparece: es simplemente de buen sentido mantener una relación de razonabilidad entre el régimen jurídico de una actividad y el del discurso, de cualquier orden, que puede tener lugar sobre ella. En consecuencia, en este trabajo, se defiende sustancialmente un principio de congruencia entre la regulación de la actividad material y la de su publicidad, así como entre el significado normativo de la regulación y la eficacia práctica razonablemente previsible que seguiría a su aplicación efectiva, entre derecho y hechos: una regulación limitativa de expresión en nombre de la dignidad humana habría de fundamentarse en una previsión razonable de su aplicación efectiva que evitara una degradación paralela y comparable derivada de la ausencia de controles regulatorios. Con esta fundamental salvedad, la publicidad de la prostitución es regulable a discreción razonable del legislador ordinario, aunque éste habrá de tener en cuenta la congruencia de la regulación de la publicidad con la normativa básica aplicable a la actividad misma.

RESUMEN

En este artículo se aborda la cuestión sobre la constitucionalidad de una regulación legal que prohibiera todo género de publicidad de servicios de prostitución en la prensa escrita y, en particular, se discute la posible injerencia que una regulación tal podría conllevar para las libertades de expresión y de información de los anunciantes.

En el trabajo, damos noticia, además de las regulaciones de la materia en el ordenamiento alemán federal y el inglés, del caso estadounidense, por su combinación de gran influencia, amplia y continuada tradición en defensa de la libertad de expresión y regulación prohibitiva de la prostitución en 49 de los 50 Estados. En este último ordenamiento, analizamos con mayor detalle la sentencia dictada el pasado 11 de marzo de 2010 por el Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito en el asunto *Coyote Publishing v. Miller*, que constituye, probablemente, la reflexión más importante y reciente sobre el objeto del trabajo.

Concluimos que, en una situación de alegalidad —anomia— de la prostitución en nuestro ordenamiento, puede resultar contraproducente elaborar regulaciones prohibitivas de la publicidad. A falta de evidencia empírica concluyente que muestre los beneficios sociales de la prohibición, nos pronunciamos en favor de un principio de congruencia entre la regulación de la actividad y la de su publicidad.

PALABRAS CLAVE: publicidad de prostitución; discurso comercial; libertad de expresión.

ABSTRACT

This article analyzes the constitutional framework for prohibiting all forms of prostitution advertising in the press and particularly explores how such a regulation might unreasonably restrict advertisers' freedoms of expression and information.

Besides surveying prostitution advertising regulations in German federal law and English law, we discuss the U.S. regulatory approach especially considering its influential role and its broad and sustained free speech culture, as well as the bans on prostitution in 49 of the 50 States. Within this latter legal system, we provide a more fine-grained discussion of *Coyote Publishing v. Miller*, a recent decision by the Court of Appeals for the Ninth Circuit delivered last May 11th 2010, which probably furnishes the most important and recent reflection on the issue.

Since our legal system encompasses a situation of a legality —anomie— for prostitution we conclude that devising a regulatory ban on advertising might prove counterproductive. In lack of conclusive empirical evidence on the social benefits of such a ban, we advocate a principle of congruence between activity and its advertising regulations.

KEY WORDS: prostitution advertising; commercial speech; free speech.