

Nº: E 1/2010

SEÑORES:

Rubio Llorente, Presidente
Lavilla Alsina
Herrero y Rodríguez de Miñón
Alonso García
De Fuentes Bardají
Biglino Campos
Silva Sánchez
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

La Comisión de Estudios del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 9 de marzo de 2011, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente informe:

COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL CONSEJO DE ESTADO

I. ANTECEDENTES

II. OBJETO DEL ESTUDIO DETERMINADO POR EL ENCARGO

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROSTITUCIÓN

- I. Consideraciones generales: el derecho comparado
- II. La prostitución y su consideración por el ordenamiento español
- III. La prostitución y su valoración por el ordenamiento jurídico
- IV. La publicidad de la prostitución en la prensa escrita
- V. Anuncios de prostitución: los roles de la mujer en la publicidad y estereotipos

IV. INSUFICIENCIA DE LA ACTUAL NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE PUBLICIDAD PARA PROHIBIR LA DE LA PROSTITUCIÓN

- I. Insuficiencia de la autorregulación como instrumento para limitar o prohibir la publicidad de la prostitución
- II. Insuficiencia de otras medidas administrativas de fomento para prohibir la publicidad de la prostitución
- III. Insuficiencia de la regulación vigente para prohibir la publicidad de la prostitución

V. POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA PROHIBICIÓN DE LA PUBLICIDAD DE LA PROSTITUCIÓN EN LA PRENSA ESCRITA

VI. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY A ELABORAR

VII. CONSIDERACIÓN FINAL

I. ANTECEDENTES

Por Orden de la entonces Ministra de Igualdad de 12 de mayo de 2010 se formuló un encargo al Consejo de Estado sobre las posibilidades de actuación contra anuncios de contenido sexual y prostitución publicados a diario en diversos medios de comunicación de prensa escrita. El 19 de mayo de 2010, se recibió un escrito del, a la sazón, Ministerio de Igualdad en el que se expresaba que, dada la naturaleza del informe solicitado, se sometía a la consideración del Presidente del Consejo de Estado la procedencia de que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, fuera la Comisión de Estudios la encargada de verificarlo. El 1 de junio de 2010, oída la Comisión de Estudios, el Presidente de este Cuerpo Consultivo dispuso que fuera ésta la encargada de la realización del informe requerido, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13.cinco y 23 de la mencionada Ley Orgánica 3/1980.

A la Orden acompañaba un documento titulado “Estado de situación y posibles actuaciones contra anuncios de contenido sexual y prostitución” de la

Vicesecretaría General Técnica del Ministerio de Igualdad, que consta de antecedentes, consideraciones jurídicas y conclusiones y posibles actuaciones.

Los antecedentes del documento parten de la constatación de que numerosos periódicos, de ámbito nacional y regional, publican a diario anuncios de servicios sexuales que podrían incurrir en discriminación por razón de sexo. Añade que algún grupo editorial extranjero (cita al Grupo Pearson, con publicaciones como “The Economist” y “The Financial Times”) ha recogido en su línea editorial la sorpresa ante el hecho de que España sea de los únicos países europeos en los que casi toda la prensa de calidad publica este tipo de anuncios, a cambio de grandes sumas de dinero.

Las consideraciones jurídicas del documento son seis. La primera entiende que “los anuncios de servicios sexuales editados por los distintos medios impresos contienen imágenes y mensajes que atentan contra la dignidad de la mujer cuyos servicios ofrecen, implican un trato vejatorio y degradante, vulneran el valor fundamental de la igualdad entre mujeres y hombres, y pueden favorecer la transmisión de roles y estereotipos contrarios a dichos derechos y valores, y favorecedores de la violencia de género, por cuanto transmiten la idea de un género femenino sumiso, subordinado, servil e inferior”. Con cita del artículo 20.4 de la Constitución, añade que existiría vulneración de la Norma Fundamental y de los principios rectores de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La segunda consideración jurídica indica que los contenidos gráficos de este tipo de anuncios “contribuyen a que perviva la idea de la mujer como un mero objeto (objeto sexual en este caso)”, pues “se fomenta la valoración de la mujer sólo en función de sus atributos físicos, no emocionales ni intelectuales, en continuidad con una tradición histórica machista que ha silenciado otros atributos y valores de la mujer para centrarse en las cuestiones puramente físicas y sexuales”. Expresa que esta publicidad puede calificarse como ilícita a tenor de los artículos 10 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, citada, 41 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, citada, y 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de

noviembre, General de Publicidad, con la legitimación activa para emprender acciones del artículo 6 de esta Ley. Concluye que “si la Ley prohíbe la utilización del cuerpo de la mujer como mero objeto desvinculado del producto que se quiere promocionar, debe entenderse como igualmente prohibida aquella publicidad que utilice el cuerpo de la mujer como reclamo directo del propio cuerpo”.

La tercera consideración jurídica parte de que “este tipo de publicidad es contraria a los derechos de la infancia y la juventud” consagrados “como límite por el artículo 20.4 CE”. Señala que los diarios impresos generalistas contienen informaciones de actualidad en materia económica, política, internacional, local, cultural y deportiva, con lo que “cuentan con una presencia relativamente amplia en la sociedad y un acceso fácil y masivo”, sin restricciones de edad para su consumo. Con cita del artículo 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, expresa que tal publicidad puede incidir negativamente en el desarrollo de los menores de varias maneras:

“-En primer lugar, banaliza de forma rutinaria el ejercicio de la prostitución, al presentarla como algo común y socialmente aceptado.

-En segundo lugar, puede llegar a favorecer su práctica a una edad temprana.

-En tercer lugar, puede incitar a su ejercicio o consideración de su ejercicio por parte de las menores”.

La cuarta consideración explica que la oferta de prostitución en los medios impresos al “transmitir roles y estereotipos de género perpetuadores de desigualdad y subordinación” vulnera los principios, valores, disposiciones y el propio objeto de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, citada.

La quinta consideración expone que los anuncios que ofertan prostitución pueden encubrir fenómenos vinculados a la trata de seres humanos y a la explotación de mujeres y de niños y niñas.

La sexta consideración parte de que la publicación de los anuncios de servicios sexuales “puede en ocasiones estar amparando o al menos dando

carta de naturaleza a una actividad delictiva, penada por nuestro ordenamiento, como es el proxenetismo”. Asegura que “resulta muy difícil saber quién es el verdadero anunciante de los espacios contratados”, así como el grado de la libertad presente, lo cual podría evitarse con un registro público y obligatorio de anunciantes, si bien esta medida podría no garantizar los resultados buscados si se empleasen personas interpuestas, o si son las propias prostitutas las que ofertan sus servicios.

El escrito finaliza con un capítulo titulado: “Conclusiones y posibles actuaciones” y propone cuatro líneas de actuación. La primera consiste en el ejercicio por el Ministerio Fiscal de las correspondientes acciones penales, en aquellos casos en que quepa demostrar la vinculación entre el ejercicio de actividades de proxenetismo y la contratación de este tipo de espacios publicitarios. La segunda se refiere a fomentar la autorregulación por parte de los medios de comunicación social, como ha ocurrido “en numerosos medios de prestigio de nuestro entorno”. La tercera versa sobre el ejercicio de la acción de cesación o rectificación de este tipo de publicidad, o también de la declarativa, de la de remoción de efectos y de la de rectificación, previstas todas ellas en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, a la que remite el artículo 6 de la Ley General de Publicidad, si bien apunta la dificultad de esta última medida, pues el anunciante se oculta bajo el nombre generalmente falso de quien ofrece el servicio. Como quiera que esta medida no se ajustaría al “fin último a perseguir, esto es, la supresión de este tipo de publicidad”, plantea una última medida que sería la prohibición legal de este tipo de publicidad, mediante una modificación de la legislación aplicable, con un régimen sancionador severo en caso de incumplimiento, en principio administrativo pero “sin excluir la posibilidad de que fuera de tipo penal”. Se trataría de una “norma de rango legal”, tanto por exigencias del que tienen las que regulan el régimen general de publicidad como por su relación con el régimen sancionador, la cual podría “redefinir un tipo específico de publicidad ilícita y responsabilizar de su incumplimiento no sólo a los anunciantes, sino también a los medios que den soporte a este tipo de publicidad”. Termina la consulta apuntando que la previsión de sanciones penales exigiría una Ley orgánica de modificación del Código Penal, cuya oportunidad es “cuestionable, máxime cuando acaba de ser reformado”.

II. OBJETO DEL ESTUDIO DETERMINADO POR EL ENCARGO

La Orden de la, a la sazón, Ministra de Igualdad ciñe la cuestión a la prohibición y limitaciones de la publicidad de la prostitución en la prensa escrita. Queda por tanto excluida del presente estudio la regulación o prohibición en otros medios de comunicación –sin perjuicio de lo que se dirá en el apartado VII de este informe- y la eventual publicidad que puede hacer de manera directa quien se dedica a la prostitución, todo ello conforme a lo interesado por la Autoridad consultante.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROSTITUCIÓN

I. Consideraciones generales: el derecho comparado

La prostitución es, según el Diccionario de la Lengua (22.^a edición), la “actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”. El término prostitución designa, “a efectos jurídicos, a toda persona de uno u otro sexo que percibiendo una remuneración cualquiera, en especie o en natura, se entrega de manera habitual y en la forma que sea, durante toda o una parte de su tiempo, a contactos sexuales, normales o anormales, con diferentes personas sean del mismo sexo o de sexo opuesto” (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Reunión de Tokio, 1958).

El Consejo de Estado no cree necesario hacer consideraciones generales sobre el fenómeno de la prostitución, su historia y su tratamiento jurídico. Baste remitirse al primer párrafo del preámbulo del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, hecho en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950 y ratificado por España, que tiene este tenor:

“Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad...”.

Ahora bien, a los efectos del presente informe es preciso examinar - y aun sentar- algunas premisas básicas sobre la prostitución. En concreto, las atinentes a la prostitución como una actividad económica de gran relevancia y a su régimen jurídico, tanto en el derecho comparado como en el derecho español.

A) La prostitución es una actividad cuya existencia es innegable¹ y que, habida cuenta su montante económico, incluso es computada en algunos Estados a los efectos de la Contabilidad Nacional².

La relevancia económica de la prostitución se trasluce también en los medios de comunicación. Estos se benefician del negocio de publicidad de la prostitución. La mayor parte de los diarios generalistas españoles incluyen anuncios relacionados con este asunto.

B) En relación con la prostitución de personas mayores de edad no relacionada con el proxenetismo ni con la trata de seres humanos, el derecho comparado ofrece cuatro modelos³. Tres de ellos tienen una dilatada historia: el reglamentista, el prohibicionista y el abolicionista. El cuarto, el legalizador, es sin embargo más moderno. Todos ellos comparten una valoración negativa, cuando no la condena, hacia la prostitución⁴.

El modelo reglamentista limita el ejercicio de la prostitución de tal suerte que sólo es posible practicarla en locales autorizados o controlados. Muy extendido en Europa durante finales del siglo XIX y comienzos del XX -siguiendo

¹ "La industria del sexo: incentivos económicos y penuria económica alimentan el crecimiento" en *Revista de la OIT*, núm. 26, septiembre de 1998.

² Los españoles gastan 50 millones de euros todos los días en prostitución. El 6% de la población española es consumidora habitual de prostitución. Hay 15.000.000 de varones potenciales clientes de 400.000 prostitutas, una por cada 38. Según la Asociación Española de Propietarios de Club de Alterne (ANELA) el negocio de la prostitución movía en España en 2006 18.000 millones de euros y los beneficios empresariales por prostituta y año ascienden a 45.000 euros. Datos extraídos del Informe de la Ponencia sobre prostitución en nuestro país (154/9), aprobada en sesión de 13 de marzo de 2007, por la Comisión Mixta de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de las Cortes Generales.³²

³ REY MARTINEZ, F. (et al.); *Prostitución y derecho*, Elcano, 2004.

⁴ POYATOS i MATAS, Glòria; *La prostitución como trabajo autónomo*. Barcelona, 2009, pág. 11.

la regulación a la sazón existente en Francia-, este modelo parte de la premisa de que la prostitución es un mal necesario, de imposible erradicación, cuyo ejercicio debe controlarse pero no prohibirse. Para proteger a la sociedad de este mal necesario se controla la prostitución, y a quienes la ejercen, mediante medidas de diversa índole y eventualmente mediante la imposición de sanciones no penales. Las medidas de control son de variado tipo, básicamente de naturaleza policial – limitando la ubicación de los prostíbulos en determinadas zonas, estableciendo registros especiales en los que deben inscribirse quienes se dedican a la actividad- y de carácter médico –ante la amenaza de enfermedades de transmisión sexual-. La finalidad de este modelo no es tanto velar por quienes se dedican a la prostitución como proteger a la sociedad de una actividad que se considera indeseable pero inevitable.

En la actualidad, numerosos Estados miembros de la Unión Europea prohíben la explotación sexual mediante la prostitución pero tienen establecidas medidas reguladoras de la actividad con base en razones sanitarias o policiales, sin reconocer derecho alguno a quienes se dedican a ella. Así, en Austria, se permite ejercer la prostitución en locales cerrados y en determinadas calles o zonas gubernativamente fijadas, debiendo estar tanto los locales como quienes la ejercen inscritos en los correspondientes registros. En Grecia, los establecimientos deben también estar inscritos en registros administrativos y de ordinario quienes se dedican a ella son sometidos a controles médicos periódicamente; ambas condiciones son requisitos sine qua non para el ejercicio de la actividad. Algo similar ocurre en Italia desde la aprobación de la Ley de 20 de febrero de 1958, denominada Ley Merlin.

Por su parte, el modelo prohibicionista considera la prostitución un delito, bien en todo caso, bien en algunos concretos; bien sólo respecto de quienes ofrecen sus servicios sexuales, bien tanto respecto de éstos y de los clientes. Así, en los Estados Unidos, la prostitución está tipificada en todos los Estados, excepto en Nevada, recayendo, de ordinario, la punición sobre quien ofrece sus servicios sexuales y no sobre el cliente⁵. Por el contrario, en Irlanda, la

⁵ Un ejemplo puede ser el Estado de California, que penaliza incluso a quienes residen conscientemente en un local destinado a la prostitución o proponen a otros visitarlo (artículos 315 y 318 del Código Penal) así como a quienes merodean

sanción recae sobre ambos. En Inglaterra, Francia⁶ e Irlanda, la tipificación penal se circunscribe al ejercicio de la prostitución en las calles, pero no en locales o domicilios -lo que permite que queden sujetos a tributación⁷-.

El arquetipo de modelo prohibicionista es Suecia desde 1 de enero de 1999, fecha en la entrada en vigor de una norma que castiga la compra de servicios sexuales. En concreto, dice dicha norma que “el que mediante precio procure una relación sexual ocasional será condenado –si el acto no está incluido en otro precepto en el Código penal- a multa o prisión de hasta seis meses por la

lugares públicos con el fin de cometer prostitución (artículos 653.20 y siguientes del mismo Código Penal).

⁶ En Francia, la extensión del fenómeno de la prostitución en las vías públicas, motivó la promulgación de la Ley de 29 de agosto de 2002, de Orientación y programación para la seguridad interior y, como complemento, en marzo de 2003, de la Ley 2003-239, de 18 de marzo. Con arreglo a estas disposiciones, el modelo oscila entre el abolicionismo y el reglamentismo. En efecto, de una parte, el artículo 225 del Código Penal tipifica el delito del *racolage*, que consiste en la captación de clientes para negociar la prestación de servicios sexuales a cambio de dinero, en dos modalidades -la incitación en la vía pública o llevar vestimenta provocativa (*racolage passif*) o la oferta de relaciones sexuales a cambio de un precio (*racolage actif*)-, sancionándolo con pena de prisión –dos meses- y multa –3.750 euros-. Pero, de otro lado, se consiente el ejercicio de la prostitución en casas de tolerancia y se gravan los ingresos obtenidos de la actividad con los correspondientes tributos.

⁷ Los ingresos de la prostitución en los casos en los que no es ilícita están sujetos a tributación en la mayor parte de estos Estados.

La sujeción a tributación de los ingresos derivados del ejercicio de la prostitución fue examinada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 11 de septiembre de 2007 (asunto *Tremblay contra Francia*). La demandante, prostituta, sostuvo en su demanda que ejercía la prostitución y que quería abandonarla desde hacía más de diez años, y que no podía hacerlo por tener que hacer frente al pago de los tributos y de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a un período de actividad exigidos por Francia. Tal exigencia comportaba una cortapisa al abandono de la prostitución y en consecuencia un trato degradante al obligarla a un trabajo forzado y obligatorio. El Estado francés cuestionó la real voluntad de la interesada de abandonar la actividad y alegó que la exigencia de cotizaciones y tributación no era un obstáculo para dicho abandono por cuanto se había ofrecido a la interesada la posibilidad de aplazar y fraccionar el pago de lo debido. El Tribunal dictó sentencia favorable a Francia, considerando que la sujeción a tributación de la actividad no comportaba una infracción del artículo 3 del Convenio de Roma (sometimiento a tratos inhumanos o degradantes). El Juez Fura-Sandström formuló un voto particular en el que decía que la política francesa contravenía “abiertamente los textos legislativos y reglamentarios (...) según los cuales las víctimas de la prostitución deben ser objeto de medidas de reeducación y de readaptación por parte de los poderes públicos y no de medidas de imposición por parte de esos poderes”.

compra de servicios sexuales". También son abolicionistas Sudáfrica y el Estado de Australia del Sur.

El modelo abolicionista parte del principio de que la prostitución en sí misma no ha de ser ni reconocida ni prohibida por el Estado ya que pertenece a la esfera de las relaciones privadas, si bien deben reprimirse las formas colectivas organizadas de prostitución, el lenocinio y cualquier forma de inducción a su práctica. Conforme a este modelo, se permite el ejercicio privado de la prostitución por personas mayores no explotadas. Este sistema fue el mayoritariamente seguido por los Estados occidentales durante el siglo XX⁸. En la actualidad se sigue en Bélgica. El régimen jurídico español fue abolicionista desde el siglo XVIII, salvo contados períodos.

Por último, el modelo legalizador -cuyos orígenes han de situarse en la década de los noventa de la pasada centuria- parte de que la prostitución constituye una actividad económica más, aunque sometida a estrechos controles. Como actividad legal, está autorizada y sometida a las reglas generales del ordenamiento jurídico para los servicios, si bien con un mayor régimen de intervención pública. Aunque no sin algún debate, suele considerarse legalizador el ordenamiento de Holanda desde 2000⁹. Otros ejemplos pueden ser Alemania

⁸ El abolicionismo nació íntimamente vinculado al feminismo. En concreto, la Asociación de Mujeres Abolicionistas (1869) defendió el modelo abolicionista por cuanto afirmaba la dignidad de la mujer frente a los controles médicos y policiales que debían soportar las prostitutas conforme a la Ley de Enfermedades Contagiosas (1869). El movimiento abolicionista evolucionó posteriormente hacia posiciones que perseguían la protección de la dignidad humana en general, tanto de las prostitutas como de la sociedad en general. Desde este punto de vista se elaboró el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, firmado en París en 1910, que incluía el compromiso de los países firmantes de tipificar como delitos las conductas de suministrar, seducir mediante engaño o violencia a una mujer menor de 20 años, incluso con su consentimiento. Tras la creación de la Sociedad de las Naciones Unidas, se aprobó el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1922 y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres mayores de edad de 1933 y, ya en el seno de las Naciones Unidas, el Convenio Internacional para la Represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de 1949. España ratificó este Convenio el día 18 de junio de 1962 (Boletín Oficial del Estado de 25 de septiembre de 1962).

⁹ En Holanda, desde el 1 de octubre de 2000, se levantó la prohibición general de establecimiento de burdeles y se derogaron los artículos 250 bis y 432 del Código Penal que prohibían la explotación sexual y el ejercicio del proxenetismo. Los

(Ley de prostitución de 2001¹⁰), Dinamarca, Turquía, Senegal, varias partes de Australia, como el Estado de Victoria (desde la Ley de control de la prostitución que entró en vigor en 1995), el de Queensland (ley de prostitución de 1999), el de Australia Occidental (ley de control de la prostitución de 2003) o los territorios del Norte de Australia y de la capital, o el Estado de Nevada, en los Estados Unidos de América.

II. La prostitución y su consideración por el ordenamiento español

La regulación española es de difícil encaje en los modelos anteriores. De ordinario, se dice que la prostitución es una actividad alegal en España, pero tal afirmación debe ser objeto de matizaciones.

Actualmente, la única regulación de la prostitución de ámbito estatal está recogida en el Código Penal. Existen, además, normas de carácter local o autonómico ceñidas al ámbito urbanístico o sanitario.

El Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, reguló la materia en su capítulo V del título VIII, bajo la denominación

Ayuntamientos pueden establecer limitaciones a determinadas formas de prostitución (prostitución de escaparate). El ejercicio de la actividad de prostitución requiere la previa obtención de una licencia municipal, el alta en la Seguridad Social y en la matrícula fiscal. Da derecho a la prestación de desempleo, en caso de ejercicio por cuenta ajena. En todo caso, la regulación no equipara la prostitución a cualquier actividad laboral, toda vez que sólo puede ser ejercida por mayores de 18 años –frente a los 16 precisos para trabajar-, la Oficina de Empleo no oferta puestos de trabajo en el sector y la prostitución no se considera trabajo legítimo para la obtención del permiso de trabajo o residencia en los Países Bajos (http://www.minbuza.nl/sobrelospaisesbajos/cuestiones_sociales).

¹⁰ Esta ley eliminó la calificación de actividad inmoral respecto de la prostitución, permitiendo su práctica tanto por cuenta ajena como autónomamente y facultando a quienes se dedican a la actividad para darse de alta en la Seguridad Social y para reclamar por vía judicial el precio convenido por los servicios prestados. El Tribunal Federal de Justicia declaró en Sentencia de 1 de agosto de 2003 que el dueño de un establecimiento dedicado a la prostitución no tenía derecho a fijar los servicios a prestar y los horarios de trabajo de las prostitutas. Pero si una prostituta trabajaba voluntariamente en un burdel y se sometía voluntariamente a un régimen determinado de horarios y precio, de ello no resultaba culpabilidad alguna del dueño.

“De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”. La regulación inicial disponía:

Artículo 188. 1.º El que determine, coactivamente, mediante engaño, o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2.º Incurrirán, además, en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público.

3.º Si aquellas conductas se ejerciesen sobre persona menor de edad o incapaz, se impondrá la pena superior en grado.

Artículo 190. La condena de un juez o tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia”.

Al tiempo, la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, derogó la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que consideraba como estado peligroso a los “rufianes y proxenetas (...) y a los que habitualmente ejerzan la prostitución...”.

A la vista de la regulación entonces aprobada, puede afirmarse que el legislador de 1995 consideró que la libertad sexual prevalecía sobre otros valores¹¹. En efecto, conforme a los preceptos citados, quedaba fuera de la

¹¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1999 así lo declaró al decir: *“La regulación de los delitos relativos a la prostitución en el nuevo Código Penal de 1995 se ha realizado desde la perspectiva de que el bien jurídico que debe ser tutelado no es la moralidad pública ni la honestidad como tal, sino la libertad sexual, entendida en sentido amplio. Lo que se castiga en el Título VII del Código penal de 1995 son aquellas conductas en las que la involucración de la víctima aún no es capaz de decidir libremente o está patológicamente incapacitada para ello. En consecuencia, las conductas relativas a la prostitución que se tipifican penalmente*

protección penal la explotación de la prostitución ejercida voluntariamente por mayores de edad. También quedaban exentas de toda pena las personas que obtuvieran un beneficio de la prostitución ejercida por mayores de edad de forma voluntaria. En consecuencia, el castigo del proxenetismo quedó limitado a los casos en que concurrían alguno de los elementos coercitivos previstos legalmente –quedando impunes las modalidades no coercitivas, el rufianismo y la tercería locativa-¹².

La regulación primitiva fue objeto de modificación mediante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal. Esta modificación consistió en la sustitución de la rúbrica del mencionado Título -que pasó a ser “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”- con el fin de evidenciar que el bien jurídico protegido no era sólo la libertad sexual sino algo más amplio, la indemnidad sexual, concepto de perfiles difusos que tiene como bien jurídico protegido el libre desarrollo de la sexualidad que corresponde a todos y, especialmente, a los menores. Resultaron agravadas las penas de los que, ostentando cargo, se prevalecían del mismo para cometer los delitos; fue incluida en el primer párrafo una nueva forma de abuso consistente

son las que afectan a dicha libertad sexual, es decir aquellas en que se fuerce de algún modo la voluntad de las personas adultas, determinándolas coactivamente, mediante engaño o abusando de sus situaciones de necesidad, a ejercer la prostitución o mantenerse en ella”.

¹² El planteamiento del Código Penal fue objeto de numerosas críticas por parte de un amplio grupo de autores científicos que apreciaban la existencia de una contradicción entre el Código y los compromisos del Estado Español en cuanto firmante del Convenio Internacional para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949 (*Tratado de Lake Success*), ratificado el 18 de junio de 1962. Este convenio invitaba a las partes contratantes a castigar “... a toda persona que para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o la corrompiere con objeto de prostituirla, aún con el consentimiento de tal persona; 2) explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; (...) a toda persona que (...) 1) mantuviere una casa de prostitución, administrare o a sabiendas la sostuviere o participara en su financiación; 2) diere o tomare a sabiendas en arrendamiento un edificio u otro local o cualquier parte de los mismos para explotar la prostitución ajena.

Puede verse un resumen de las críticas en SERRA CRISTÓBAL, R. (coord...); *Prostitución y derecho penal*, Valencia, 1983; especialmente, FITA ORTEGA, “El trabajo sexual en la doctrina judicial española”. También, POYATOS i MATA, *op. cit.*, pág. 22.

en la “vulnerabilidad de la víctima” y, finalmente, se introdujo una nueva modalidad de proxenetismo. En concreto, se añadía, en el ordinal segundo del artículo 188, la previsión de que “será castigado con las mismas penas el que directamente o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”.

A su vez, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, modificó de nuevo la regulación contenida en el Código Penal. En concreto, se introdujo un inciso final en el artículo 188.1, que quedó redactado en los siguientes términos:

“1.º El que determine, empleando violencia o intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma”.

Después de la entrada en vigor de esta reforma, quedaron comprendidas en el ámbito del Código Penal las figuras criminológicas del proxenetismo y del rufianismo, entendiéndose por esta última la del que viviere, en todo o en parte, a expensas de la persona cuya prostitución explote¹³.

¹³ La jurisprudencia –por todas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de febrero de 2006- ha interpretado el inciso final del artículo 188.1 del Código Penal conforme a los criterios que informaban el viejo artículo 452 bis c) del Código penal de 1973. En tal sentido, considera que los requisitos del tipo penal descrito son, a saber: la existencia de una o varias personas dedicadas a la prostitución, prestada por precio, más o menos organizada y con una cierta continuidad; la existencia de un sujeto activo que se aproveche económicamente de esa actividad por haber influido en la voluntad del sujeto pasivo en iniciarse o mantenerse en la prostitución –mediante engaño, amenaza o violencia- o en la organización del negocio y que el sujeto activo se dedique profesionalmente a percibir ingresos derivados de la prostitución, excluyéndose las actividades

La reforma de 2003 suscitó la cuestión de si la relación entre quienes se dedicaban a la prostitución y su rufián, cuando no concurría ninguna de las circunstancias enumeradas en el primer inciso del artículo 188.1, podía calificarse como relación laboral. En concreto, si la consideración como delictiva de la explotación de la prostitución ajena prevista en el inciso final del artículo 188.1, excluía la posible calificación de laboral de la relación existente entre el rufián y quienes se dedicaban a la actividad, dando lugar a interpretaciones encontradas¹⁴. En todo caso, la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo excluyó del ámbito de la relación laboral la actividad de la prostitución frente a la del alterne, al considerar que la vigencia del mencionado tipo penal imposibilitaba la aceptación legal de la prostitución ejercida por cuenta ajena, al tratarse de una actividad delictiva que, por ende, quedaba fuera del tráfico contractual.

La regulación de la materia examinada ha sido nuevamente objeto de una modificación mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, que entró en vigor a los seis meses de su publicación, en concreto, el 23 de diciembre de 2010 (disposición final séptima).

A la vista de la regulación actual, determinadas clases de prostitución carecen de sanción en el ordenamiento jurídico español, aunque otras sí la tienen: normalmente cuando intervienen proxenetas (artículos 187 y 188 del Código Penal), o cuando la víctima de la prostitución es un menor de edad (artículos 181.2 y 189.4 del Código Penal).

La modificación de junio de 2010 introduce dos novedades principales en el campo en cuestión: por una parte, añade un tipo penal específico de trata de seres humanos; por otra, refuerza notablemente la protección de menores en delitos sexuales o relativos a la prostitución.

consistentes en la percepción de regalos esporádicos u otras de semejante significación.

¹⁴ En contra de la posibilidad se pronuncia POYATOS i MATA, *op. cit.*, pág. 29 y 30. A favor, FERNÁNDEZ LOPEZ, *El alterne y la prostitución*, Sevilla, 2006, pág. 70 y ss.

Así, la Ley Orgánica citada crea un Título VII bis en el libro segundo del Código Penal, que lleva por título: “De la trata de seres humanos” y comprende el nuevo artículo 177 bis. Como indica su preámbulo, este precepto “tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y libertad de los sujetos pasivos que la sufren”, con separación de los delitos de inmigración ilegal y con inclusión de “todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o trasnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada”.

Además, la reforma del Código Penal refuerza la protección de los menores contemplando como delito la realización de actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis cuando intervenga engaño (nuevo artículo 182) y aumentando la pena para los actos que atenten contra la indemnidad sexual de los menores de trece años (nuevo artículo 183). A este respecto tiene relevancia el castigo no sólo del proxeneta de los menores o incapaces –cuya pena se agrava- sino también, con la misma pena, de aquel que “solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz” (artículo 187.1, en su nueva redacción). Por último, en esta línea protectora de menores, se crea un nuevo tipo penal específico para quienes “a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 173 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento” y “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos” (nuevo artículo 183 bis).

A la vista de la nueva regulación y en el estricto ámbito de la prostitución voluntaria de mayores de edad –no incapaces-, es ilícito penal la determinación a la prostitución utilizando violencia, intimidación, engaño o abusando el que la determine de su situación de superioridad o de necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima y la obtención de la de lucro explotando la prostitución de otra persona –aún con su consentimiento-. También quedan comprendidos en el ámbito del Código Penal quienes se benefician de la publicidad de la prostitución cuando los prostituidos son menores o incapaces de

acuerdo con el artículo 187¹⁵. No es ilícito, sin embargo, el ejercicio libre y voluntario de la prostitución de personas mayores de edad, no incapaces.

La prostitución libre de personas mayores de edad, no incapaces, como actividad autónoma, susceptible de producir ingresos económicos, carece de regulación general como se ha indicado. Y de ahí que, de ordinario, se afirme que se trata de una actividad alegal. No obstante, una afirmación de tal índole debe ser matizada. Y ello por varias razones. De una parte, existen algunas normas de carácter local o autonómico que disciplinan aspectos incidentales; en concreto, se trata de ordenanzas locales¹⁶ o disposiciones autonómicas¹⁷ que

¹⁵ La eventual declaración de responsabilidad penal de quienes se benefician de la publicidad puede presentar dificultades por lo complicado de acreditar los hechos en muchas ocasiones.

¹⁶ Entre las ordenanzas municipales puede mencionarse la Ordenanza Local sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución de 1999 de Bilbao, aprobada por el pleno de la Corporación el 12 de mayo de 1999 –publicada en el Boletín Oficial de Bilbao de 4 de junio de 1999- y modificada en varias ocasiones posteriormente. La Ordenanza tiene por objeto “fijar las distancias mínimas que deben guardar aquellos establecimientos o locales abiertos en los que se ejerza habitualmente la prostitución, de modo parcial o total, así como el régimen jurídico que de ello se deriva. Asimismo, la Ordenanza indica los requisitos mínimos de orden higiénico sanitario que deben observar dichos establecimientos” (artículo 1.º). Establece que los locales deben contar con la correspondiente licencia de funcionamiento; exige una distancia mínima de 500 metros entre los locales dedicados a la actividad, para evitar que se agrupen en determinados barrios, y unas concretas condiciones higiénicas.

Por su parte, la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, que entró en vigor el 25 de enero de 2006 –Boletín Oficial de la Provincia de 24 de enero-, establece la prohibición de ejercer la prostitución fuera de los locales destinados a ello. En tal sentido, el artículo 39 establece que queda prohibido: “1. Ofrecer, solicitar, negociar o aceptar, directamente o indirectamente, servicios sexuales retribuidos en el espacio público cuando estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público; 2. Se prohíbe especialmente por esta Ordenanza la oferta, la solicitud, la negociación o la aceptación de servicios sexuales retribuidos en el espacio público, cuando estas conductas se lleven a cabo en espacios situados a menos de doscientos metros de distancia de los centros docentes o educativos en los que se imparten enseñanzas del régimen general del sistema educativo. 3. Igualmente está especialmente prohibido mantener relaciones sexuales mediante retribución en el espacio público”. Por su parte, el artículo 40 de la Ordenanza dispone: “1. Los agentes de la autoridad o los servicios municipales, en los casos previstos en el artículo 39.1, se limitarán a recordar a estas personas que las referidas prácticas están prohibidas por la presente Ordenanza. Si la persona persistiere en su actitud y no abandonase el lugar, podrá ser sancionada por desobediencia a la autoridad. 2. Los agentes de la autoridad o los servicios

regulan cuestiones urbanísticas de los locales donde se ejerce la actividad, que contienen normas de policía de costumbres o de índole sanitaria. De otra parte, la jurisprudencia ha venido a reconocer, directa o indirectamente y de manera parcial, la realidad jurídica de la prostitución voluntaria ejercida libremente.

municipales, en los casos previstos en el artículo 39.2 se limitarán, en primer lugar, a recordar a estas personas que las referidas prácticas están prohibidas por la presente Ordenanza. Si la persona persistiese en su actitud y no abandonase el lugar se procederá al inicio del correspondiente procedimiento sancionador. En todo caso, los supuestos previstos en el mencionado apartado 2 del artículo anterior, se informará a estas personas de que las referidas conductas están prohibidas, así como de las posibilidades, que las instituciones públicas y privadas les ofrecen, de asistencia social, prestándoles además la ayuda que sea necesaria. Las conductas recogidas tendrán la consideración de leves y serán sancionables con multa de hasta 750 euros. 3. Las conductas recogidas en el apartado 3 del artículo anterior tendrán la consideración de muy graves y serán sancionables con multa de 1.500,1 a 3.000 euros”.

En análogo sentido, se pueden mencionar la Ordenanza para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana y las conductas cívicas en los espacios públicos de Ibiza, la Ordenanza de convivencia ciudadana de Castellón de la Plana y la Ordenanza sobre actuaciones en espacios públicos de la ciudad de Valencia (publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de 31 de enero de 2006).

¹⁷ Entre las normas autonómicas, cabe mencionar el Decreto 217/2002, de 1 de agosto, de la Generalidad de Cataluña, que regula los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. En su artículo 2 dispone que “a efectos de este decreto, se considera prestación de servicios de naturaleza sexual, la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o la prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de la actividad, llevada a cabo en reservados anejos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia”. Dispone, por lo demás, la obligatoriedad de que los locales cuenten con la correspondiente licencia –que no es transmisible- y los requisitos que deben reunir éstos y los anejos, estableciendo diversas limitaciones y prohibiciones. La disposición transitoria primera remite a su desarrollo municipal mediante ordenanza local y, caso de no hacerlo, se preveía la aprobación de una ordenanza tipo.

Dicha ordenanza tipo fue aprobada por Orden 335/2003, de 14 de julio. Impugnada por diversas asociaciones que consideraban que legalizaba el proxenetismo, el recurso interpuesto fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mediante sentencia de 11 de diciembre de 2006.

La intransmisibilidad de la licencia prevista en el artículo 14 del Decreto fue declarada nula por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mediante Sentencia de 31 de mayo de 2006. Por otra parte, la sentencia de 31 de marzo de 2005 del mismo Tribunal –al igual que la Sentencia de 9 de septiembre de 2005 y la del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 9 de septiembre de 2005- declaró la procedencia del cierre de un local donde se ejercía la prostitución sin tener licencia para ello, rechazando el argumento de que la alegalidad de la actividad hacía innecesaria ésta.

La doctrina¹⁸ y la jurisprudencia han puesto de manifiesto que la prostitución es, en todo caso, una actividad económica relevante. La ausencia de regulación completa –fuera de las normas locales antes apuntadas- produce un perjuicio a quienes trabajan en ella puesto que carecen de derechos sociales. Para resolver –aun parcialmente- la cuestión, se ha recurrido a varios remedios. Así, de una parte, los interesados han buscado la protección social a través de su inscripción en la Seguridad Social, bien bajo el régimen de trabajadoras del servicio doméstico por cuenta propia, bien bajo el régimen de trabajadoras autónomas en categorías indeterminadas. Pero lo más relevante ha sido el intento de juridificar si no la actividad sí determinados aspectos de ella. En tal sentido, la jurisprudencia social ha venido a amparar ciertas labores –las de alterne- conexas a la prostitución y cuyo deslinde respecto de ésta–si es que es posible- resulta difícil habida cuenta los lábiles perfiles de una y otra. Y, en algunos casos, se ha llegado a afirmar simplemente si la laboralidad de determinados aspectos de la relación que une a quienes se dedican a la prostitución con los que facilitan el soporte material que la permite.

Como se ha señalado, la jurisprudencia social ha reconocido el carácter laboral de ciertas labores conexas a la prostitución: en concreto, las de alterne. Frente al criterio sustentado durante años de que toda actividad vinculada o relacionada con la prostitución debía considerarse ilícita¹⁹, la jurisprudencia laboral ha admitido desde los años ochenta del pasado siglo la licitud de la actividad del alterne, entendida como “la captación de clientes varones, mediante el atractivo sexual al objeto de que consuman bebidas” (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1985). El alterne²⁰ puede ejercerse por cuenta propia o por cuenta ajena, teniendo la consideración de relación de trabajo en este último

¹⁸ Por todos, FERNÁNDEZ VILLARINO, R.; “El alterne y la prostitución. La legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral” en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 74, 2004; OSBORNE, R; *Trabajadoras del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Barcelona, 2004.

¹⁹ Dicho criterio arrancaba de la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 de mayo de 1962 que declaró nulo, por ilicitud de su causa, el contrato celebrado por un camarero para prestar servicios en un local dedicado a la cohabitación de parejas. Vid., BENLLOCH CALLE, M. A., “¿Trabajadoras del sexo?. En torno al carácter laboral de la actividad de alterne” en *Aranzadi Social*, núm. 17, 2003.

²⁰ De cuyo deslinde con la prostitución se ha llegado a decir que es prácticamente imposible (Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo de 14 de diciembre de 2003).

caso si reúne las notas de laboralidad establecidas en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores²¹. En la misma dirección, la jurisdicción contencioso-administrativa reconoció el alterne como actividad lícita a los efectos de la Ley Orgánica 7/1985, de Extranjería (artículo 26)²².

Pero, en otros casos, se ha llegado a más: se ha afirmado la laboralidad de determinados aspectos de la relación que une a quienes se dedican a la prostitución con los que facilitan el soporte material que la permite. Así, sobre la base de que el alterne y la prostitución no son actividades separables sino inescindibles, se ha señalado por la jurisprudencia laboral que, aun cuando el contrato de quienes se dedican a la prostitución es nulo por causa ilícita, éstos pueden exigir el abono de los salarios devengados por la prestación de servicios con base en el Estatuto de los Trabajadores²³. Se trata de evitar el enriquecimiento injusto de una empresa que, realizando actividades no legales, se lucra por la prestación de servicios por parte de quienes no pueden verse perjudicados en sus derechos económicos y sociales²⁴. Y, por su parte, la jurisprudencia penal ha declarado que la explotación consistente en el desarrollo de las actividades de alterne y prostitución, carentes de derechos laborales y de seguridad social, constituía un delito contra los trabajadores puesto que cabía apreciar la existencia de una relación laboral²⁵.

En esta línea, cabe mencionar también el criterio de la Inspección de Trabajo que ha afirmado que “la jurisprudencia respalda la tesis de que, cuando la práctica de la prostitución se realiza dentro del ámbito organizativo de una empresa, coincidiendo a veces de forma simultánea con la prestación laboral, por ejemplo en el sector de la hostelería, su inmoralidad no impide que pueda

²¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984, 14 de mayo de 1985, 21 de octubre de 1987 y 4 de febrero de 1988.

²² Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997 y 15 de febrero de 2005.

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de enero de 1997.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1981.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004.

apreciarse la existencia de relación laboral, que, por el contrario, no existirá cuando no se den las notas configuradoras de la misma”²⁶.

En efecto, las actas levantadas por la Inspección de Trabajo declarando la existencia de relación laboral entre las alternadoras y los establecimientos donde prestan sus servicios –y por todos ellos y no sólo por los estrictos de alterne, toda vez que unos y otros se consideran inseparables- han sido conformados en numerosas ocasiones por los tribunales²⁷.

De lo expuesto se deduce que la laboralización de la prostitución se hace principalmente, bien de una manera parcial, bien de una manera conexas, a través del alterne. Por el contrario, la prostitución entendida como la pura y exclusiva prestación de servicios sexuales o acceso carnal no es aceptada como relación de trabajo ni por la jurisprudencia ni por la doctrina administrativa.

Así las cosas, es preciso concluir que, en nuestro ordenamiento, la alegalidad de la actividad de prostitución libre y voluntaria de los mayores de edad no es tan absoluta como se afirma en ocasiones. Es cierto que falta una regulación completa, pero el cuerpo jurisprudencial existente y el bloque normativo local e incluso autonómico evidencia que determinadas facetas de la misma cuentan con un régimen legal aplicable. Lo que es innegable es que la juridificación de la prostitución operada por vía jurisprudencial lo ha sido siempre con finalidad tuitiva respecto de quienes la practican, pese a subyacer una valoración negativa de la actividad.

²⁶ Criterio técnico operativo número 52/2007, de la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre la existencia de relación laboral en empresas con actividades ilícitas, inmorales o delictivas, de 3 de julio de 2007.

²⁷ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de abril de 1998 convalidó la actuación inspectora de trabajo y declaró la existencia de relación laboral entre diez mujeres dedicadas al alterne y la prostitución en un local hostelero dado de alta como restaurante. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en Sentencia de 14 de julio de 2000, estimó la existencia de relación laboral en el caso de cuatro señoritas adscritas a un club pese a la amplia libertad de que disponían para realizar la captación de clientela. En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Superior del País Vasco de 13 de noviembre de 2001, de Castilla y León de 26 de mayo de 2005 y de Andalucía de 4 de diciembre de 2003. No obstante, han rechazado este criterio las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de julio de 1998 y de Andalucía de 23 de julio de 2003, entre otras.

III. La prostitución y su valoración por el ordenamiento jurídico

La prostitución es una actividad económica y ha sido reconocida como tal por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En concreto, tras una jurisprudencia que así lo declaraba de manera más o menos explícita²⁸, la Sentencia de 20 de noviembre de 2001 (asunto Jany y otras)²⁹ afirmó que “la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada, que está comprendida en el concepto de actividades económicas (...). Se trata de una actividad por la que el prestador satisface, con carácter oneroso, una demanda del beneficiario, sin producir o ceder bienes materiales (...). La actividad de prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de una remuneración y, por consiguiente, está incluido en el concepto de actividades económicas por cuenta propia o no asalariadas”. Además, el Tribunal rechazó los motivos aducidos para negarle tal carácter: en concreto, que la actividad era inmoral y que comportaba siempre una limitación de las libertades personales y laborales.

Con base en esta sentencia, sólo se admite el carácter de actividad económica de la prostitución, amparable jurídicamente por el derecho comunitario, cuando se ejerce por personas adultas y de forma independiente o autónoma, esto es, sin ningún vínculo de subordinación ajeno³⁰, quedando excluida la que no reúne estas características.

²⁸ La primera vez que se abordó el tema fue en el asunto *Adoui*, resuelto por la Sentencia de 18 de mayo de 1991. En ella, se declaró que la denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo a las prostitutas solicitantes por el Reino de Bélgica era contraria al Derecho comunitario toda vez que la prostitución era una actividad económica apta para justificar el derecho de establecimiento. Incluso aunque falte una regulación en el derecho interno, afirmó el mismo Tribunal en Sentencia de 5 de febrero de 1991.

²⁹ Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ponente: A. La Pergola) TJCE 2001/314. Se examinó la cuestión de la negativa de la Secretaría de Estado de Justicia de Holanda a conceder permiso de residencia y trabajo para hacerlo como prostitutas a cuatro nacionales checas y dos polacas, alegando que la prostitución era una forma de trabajo socialmente no aceptada. Interpuesto recurso ante el tribunal administrativo de Holanda, éste ratificó la denegación alegando que se trataba de una profesión inmoral y que el ejercicio de la prostitución siempre comporta una limitación de las libertades personales y laborales.

³⁰ POYATOS i MATAS, G.: *La prostitución...*, Barcelona, 2009, pág. 77.

Por otra parte, ceñir la prostitución como actividad económica a su ejercicio individual e independiente ha llevado a la doctrina a vincularla no al derecho a la libre empresa sino al de libertad de profesión u oficio³¹.

De ordinario, entre la libertad de oficio y profesión y la libertad de empresa, aun cuando se trata de nociones distintas³², existe una marcada

³¹ SKOURIS, W.: *Advertising and Constitutional Rights in Europe*, Baden-Baden, 1994, pág. 135.

³² Libertad de empresa y libertad de profesión u oficio son conceptos distintos, aunque muchas veces se presenten unidos o confundidos. La libertad de oficio nace como consecuencia de la libertad de comercio (Edicto Turgot, Ley Chapellier, etc.) y ampara cualquier actividad que se practique de forma estable con ánimo de lucro o mediante contraprestación, incluyendo las profesiones científicas. Supone libertad de concurrencia, exige un tratamiento igual de los ciudadanos, el acceso y el ejercicio libre de los oficios, la interdicción de medidas contrarias al principio de proporcionalidad, etc. Está reconocida en las Constituciones decimonónicas. Por el contrario, la libertad de empresa, aún vinculada íntimamente en su origen a la libertad de oficio, tiene un ámbito más amplio por cuanto comprende no sólo el ejercicio de una actividad con ánimo de lucro sino también la libertad para organizar los factores de producción de forma masiva. Se ha dicho que, en la libertad de oficio o profesión, prevalece lo individual, lo personal, lo singular, frente a la libertad de empresa en la que lo personal pasa a un segundo plano para destacar lo orgánico, lo genérico (BUCKHARDT, J.: *Escritos*, Barcelona, 1935, pág. 17). La libertad de oficio es propia del artesanado y la de empresa del mundo industrial (FREYER, H.: *Sociología industrial*, trad. esp., Madrid, 1982, pág. 51). Está vinculada al derecho al trabajo (ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Madrid, 1985, pág. 27 y ss.), lo que no ocurre en el caso de la libertad de empresa.

En la Constitución, la libertad de profesión y oficio está reconocida en el artículo 35 que dispone que "todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo".

No obstante, es común en la doctrina europea, particularmente en la alemana, subrayar la conexión existente entre derecho a la profesión u oficio y la libertad de empresa. En Alemania, aunque no aparece recogido el principio de libertad de empresa en la Ley Fundamental, su reconocimiento lo deduce la doctrina de los contenidos del artículo 2.1 –derecho al libre desarrollo de la personalidad- y 12.1 –libertad de elegir profesión y trabajo-. Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina (MAUNZ, DURIG, HERZOG, *Grundgesetz Comentar*, Munich, s. d., comentario 2.1) y la jurisprudencia (*Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 16 de enero de 1987*) que ha declarado que el artículo 2.1 contiene una garantía general de la libertad de acción, entre la que se cuenta la libertad de empresa. En Suiza, la conexión de la libertad de oficio y libertad de empresa se deriva de la libertad de comercio e industria que establece el artículo 31 de su Constitución (AUBERT, J. F.: *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, II, Neuchatel, 1967, pág. 664 y ss.).

Conexión –y no identificación- entre una y otra libertad no significa sin embargo la inexistencia de un acervo común. Este acervo común ha sido resumido (vid. CARRO,

continuidad en lo tocante a su objeto. La actividad ejercida individualmente, comprendida y amparada en la primera, queda incardinada en la segunda cuando quien la desarrolla lo hace en masa. En otros términos, por lo general, lo que es lícito en el ejercicio de una profesión u oficio también lo es cuando se trata de una actividad empresarial. Sin embargo, tal continuidad puede no existir en el caso de determinadas actividades, entre las que se cuenta la prostitución. Cuando la prostitución se ejerce por cuenta ajena o se vincula al ámbito de dirección u organización de otro –empresa-, no puede hablarse de licitud. En este caso, no goza de la cobertura del Derecho comunitario y, en el mayor número de los casos, puede calificarse como ilícita.

Por otra parte, lo que puede afirmarse es que la prostitución como actividad económica es vista sin simpatía, con reticencia, por el ordenamiento jurídico.

Esta reticencia social y jurídica está puesta de manifiesto en el Informe emitido de 17 de abril de 2007 por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de las Cortes Generales.

J. L.; *Polémica y reforma de la Universidad en Alemania*, Madrid, 1976 y MUÑOZ MACHADO Y PAREJO ALFONSO, L.: *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, Madrid, 1983, pág. 118), a la vista de la jurisprudencia alemana –en especial la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 18 de julio de 1972- y española. Se ha señalado que es preciso distinguir en ambas libertades entre la libertad de elección y la libertad de ejercicio. La distinción cobra relieve a los efectos de precisar sobre qué aspecto de la libertad pueden incidir las regulaciones normativas restrictivas. La elección sólo puede ser limitada muy excepcionalmente porque tiene una enorme importancia para conformación de la personalidad del hombre que quiere encontrar en el ejercicio de la profesión la tarea de su vida (STEIN, *Derecho político*, trad. esp., Madrid, 1971, pág. 176). Por el contrario, es admisible el establecimiento de limitaciones al ejercicio porque éste afecta a la esfera social, de la que es responsable el Estado. Las limitaciones se justifican por tres razones: evitar que se produzcan daños a terceros; exigir en su caso determinados requisitos subjetivos y evitar la lesión a otros valores comunitarios consagrados en la Constitución y que incumbe al Estado proteger. Estos tres supuestos admiten una intervención reguladora que es más clara y justificable en el primer caso y que, en el tercero, precisa de una verificación de que la lesión del valor comunitario sería inevitable si no se establece la medida interventora.

Las diferencias de contenido entre la libertad de profesión u oficio y la libertad de empresa son las que justifican, sin embargo, que las limitaciones sean distintas en uno y otro caso, que se puedan distinguir en atención a los destinatarios y que no formen parte del acervo común de ambas.

Reticencia que se justifica en varias razones:

En primer término, porque la prostitución da pie o se vincula con actividades ilícitas variadas, como la trata de personas, el blanqueo de capitales, la inmigración ilegal o el tráfico de drogas. Así lo ha dicho la Ponencia sobre el estudio de la prostitución en nuestro país, cuyo informe fue aprobado el 17 de abril de 2007 por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades. En su capítulo II, dedicado al “Diagnóstico de la situación” se afirma:

“La prostitución se ha convertido en un lucrativo negocio que está bajo el control de mafias criminales de ámbito transnacional que trafican con mujeres de la misma forma que lo hacen con armas o drogas. La relación entre tráfico y prostitución es muy estrecha, tal como recogen diferentes informes de instituciones y organismos internacionales y como podemos comprobar por los datos de que disponemos facilitados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. La situación de la prostitución en España se caracteriza por su invisibilidad debido a la clandestinidad en la que se desarrolla y que es la causa principal de su desconocimiento”³³.

En segundo lugar, porque comporta un ataque a principios, bienes y valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico; en particular, la dignidad de la persona (Constitución Española, artículo 10.1 y Sentencia del Tribunal Constitucional 11/81) y a su libertad³⁴.

³³ La demanda de prostitución no siempre lleva aparejadas formas de explotación que acaban conduciendo a la trata de personas pero sin duda las propicias. Tal fue la apreciación del informe de la Ponencia sobre el estudio de la prostitución en nuestro país, aprobado por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades: *“La relación entre tráfico y prostitución es muy estrecha, tal como recogen diferentes informes de instituciones y organismos internacionales y como podemos comprobar por los datos de que disponemos, facilitados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado”* (capítulo II).

³⁴ La jurisprudencia ha calificado la prostitución como *reprobable* no tanto desde un punto de vista moral como atendiendo a los valores que informan la sociedad; otras veces, se ha dicho que el ordenamiento la ve con disgusto (vid.; *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de mayo de 1981* e INFANTE RUIZ, Fco. J. y OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “Contratos ilegales en el derecho

Y, en fin, porque la prostitución tiene un fuerte componente diferencial de género, ya que comporta especialmente una degradación de la dignidad de la mujer, que incide en el ámbito de la igualdad, habida cuenta la notable diferencia existente entre la prostitución masculina y femenina. Y, como señala el Informe de la Comisión Mixta tantas veces citado, aunque tal desigualdad no suponga en principio y con carácter general una discriminación por razón de sexo de las prohibidas por el artículo 14 de la Constitución, sí puede afectar al ámbito cubierto por el artículo 9.2.

La reticencia con que el ordenamiento contempla la prostitución – pese a no ser ilícita- se evidencia incluso en el calificativo que tradicionalmente se da a esta actividad: el de simplemente tolerada.

El concepto jurídico de tolerancia referido a una actividad denota que ésta, aun no siendo ilícita, no es apreciada por el derecho; que se la mira con reserva, con cierta prevención. La tolerancia lleva consigo que determinadas acciones, en lugar de ser prohibidas, sean permitidas por razones pragmáticas u otros motivos³⁵. La actividad tolerada queda excluida de toda acción positiva de fomento por parte del derecho o de los poderes públicos³⁶. Es admitida pero no

privado” en www.Indret.com de 17/07/2009). En otros casos, se ha dicho que es una “actividad sospechosa desde el punto de vista de las costumbres” (*Sentencia del Tribunal Administrativo Belga de 14 de abril de 1978*).

La calificación como reprobable de la prostitución se funda directamente en la dignidad humana como valor jurídico fundamental en el sentido recogido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (STC 53/1985, FJ 3º; STC 194/1994, FJ 4º) que aboca a la no instrumentación de la persona o su no patrimonialización (STC 212/1996, FJ 8º)

³⁵ MENDUS, S.; *Toleration and the limits of Liberalism*. New York, 1989, pág. 17. Entre las variadas razones se cuentan la escasa certeza de los valores acogidos por el ordenamiento, la falibilidad de las creencias, el respeto por la autonomía personal, la seguridad pública y el valor de la diversidad.

³⁶ La tolerancia requiere la voluntad de coexistir en paz con otros que tienen creencias o ideas diferentes. Como concepto jurídico –dejando a un lado antecedentes en la filosofía antigua-, la tolerancia se construyó en la época de las guerras de religión, cuando, fracasado el intento de imponer una religión única, se consideró que la estabilidad política la precisaba como presupuesto (Spinoza, Locke, Mill, etc.). Con posterioridad, ya en los siglos XIX y XX, la idea de tolerancia se fue extendiendo a otras áreas de desacuerdo moral, incluyendo la orientación sexual o el credo político. La tolerancia se vinculó inicialmente al simple soportar lo discrepante, en conexión con las ideas de respeto y libertad (BERCOVITCH, S.; *The puritan origins of the American self*, New Haven, 1975, pág. 23).

promovida por el ordenamiento. Y en cuanto observada con reticencia, puede ser limitada cuando provocare o pudiere provocar daños a terceros o generar situaciones objetivamente indeseables.

La reticencia con que nuestro ordenamiento jurídico contempla el fenómeno de la prostitución se compadece, por otra parte, con el criterio de las organizaciones supranacionales e internacionales en las que se integra o participa el Reino de España. En tal sentido pueden mencionarse, como simples botones de muestra, la resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2006, sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones, que insta a los Estados miembros, entre otras cosas, a “que luchen contra la idea de que la prostitución es equiparable a la realización de un trabajo” (punto 3.i) y el Informe de la Comisión del Estatuto de la Mujer de las Naciones Unidas numero 49/2 en el que se hace hincapié en que las mujeres dedicadas a la prostitución están en situación de menoscabo de su dignidad, sufriendo vulneraciones de sus derechos y en clara situación de desigualdad respecto de los varones³⁷. Y es que, en torno a la actividad de la prostitución, se

Esta concepción clásica de la tolerancia se confronta con la moderna que considera que la tolerancia constituye no sólo un deber del Estado y de la sociedad para las actividades admitidas sino que tiene un contenido positivo, de fomento o promoción de las actividades toleradas, ya que éstas deben ser objeto de especial protección como expresivas del supremo valor de la diversidad. En tal sentido, CARNAP, R.: *Logical Syntax*, Londres, 1967, pág. 51.

³⁷ Esta desigualdad ha sido afirmada en diversos documentos nacionales e internacionales. Así el Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008, consigna en su introducción que son mujeres y niñas las “principales víctimas” de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Por su parte, el Informe criminológico “Tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual” de la Unidad Técnica de Policía Judicial de la Guardia Civil, subraya la importancia que el fenómeno de la trata de personas tiene para las mujeres, como también lo hacen diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre “trata de mujeres y niñas” (entre las más recientes cabe citar la 61/144, de 19 de diciembre de 2006, y la 63/156, de 18 de diciembre de 2008). También la Comisión del Estatuto de la Mujer constituida en el seno del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, y reunida en Nueva York en el año 2005 con ocasión del décimo aniversario de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995, adoptó la resolución 49/2, sobre eliminación de la demanda para el tráfico de mujeres y niños para someterlas a todo tipo de explotación. En su preámbulo reconoce “el hecho de que la mayoría de las personas víctimas del tráfico

teje en muchas ocasiones un entramado de organizaciones y actividades, unas veces criminales y otras que la sociedad difícilmente puede aceptar.

Por ello, se considera que hay fundamentos para establecer medidas limitativas de la publicidad de la prostitución –y, entre ellas, la de su prohibición-.

IV. La publicidad de la prostitución en la prensa escrita

Como se ha señalado antes, los anuncios de prostitución en la prensa escrita y, en especial, en los periódicos generalistas son comunes en España.

En el informe de la Ponencia sobre el estudio de la prostitución en nuestro país, aprobado por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades el 17 de abril de 2007, se decía al respecto:

“Los medios de comunicación también obtienen beneficios del negocio de la prostitución. La prensa de nuestro país obtiene importantes ingresos de la publicidad de la prostitución. Las ediciones de los cuatro principales periódicos generalistas de nuestro país en un día laboral recogen un número de anuncios considerable (“El País” 702, “El Mundo” 672, “ABC” 225 y 91 “La Razón”). El periódico con más tirada de este país ingresa en torno a cinco millones de euros anuales”.

Por ello, una de las recomendaciones que la Comisión Mixta citada hacía al Gobierno era “solicitar a los medios de comunicación que en el marco de sus códigos deontológicos se planteen la renuncia a la publicidad relacionada con

son mujeres y niñas, en particular de países en vías de desarrollo y países con economías de transición”. Análoga consideración se contiene en el informe sobre las consecuencias de la industria del sexo en la Unión Europea, aprobado por el Comité de Derechos de las Mujeres y de Igualdad de Oportunidades del Parlamento Europeo en su sesión de 15 de abril de 2004.

el comercio sexual para impedir el negocio de las organizaciones mafiosas dedicadas al comercio sexual”.

Esta recomendación fue acogida por el Gobierno que, en el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual, contemplaba como su objetivo número 2 “sensibilizar a la sociedad sobre el problema de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual”, una de cuyas acciones, con el número 3, bajo la responsabilidad de los Ministerios de Presidencia y de Igualdad, era “promover el control de los anuncios de contactos en los medios de comunicación”.

En fin, el Consejo de Estado considera plausible prohibir o, al menos, limitar severamente los anuncios de prostitución en la prensa expresada por las Cortes Generales y por el Gobierno.

Debe señalarse, sin embargo, que la prohibición de publicidad de la prostitución en la prensa escrita no debiera instrumentarse mediante su tipificación como ilícito penal.

V. Anuncios de prostitución: los roles de la mujer en la publicidad y estereotipos

La prostitución es, como señala la consulta, un fenómeno que tiene especial incidencia en el ámbito femenino. Los anuncios publicados están referidos en su mayor parte a la prostitución femenina. Unos contienen textos y otros, además, imágenes, pero siempre ofrecen la prestación de servicios sexuales.

En la mayoría de ellos, cualquiera que sea su contenido y forma, las mujeres se convierten en un objeto de consumo, asumiendo dicho rol.

La sociología de la publicidad³⁸ ha señalado que en los anuncios las mujeres han desempeñado distintos roles. Uno de los más extendidos en la actualidad es aquél que convierte a las mujeres en mercadería. La mera oferta de servicios sexuales, aún libre y voluntaria, así lo comporta. Se ha señalado³⁹ que, para apreciar la existencia de este rol en la publicidad, no es precisa la inclusión en los anuncios ni de imágenes ni de cuerpos femeninos; ni tampoco de textos y, menos, que estos sean vejatorios. Por la simple finalidad del anuncio, las mujeres son objeto de una desvalorización completa que pugna frontalmente con su dignidad como persona y es incompatible con los bienes y valores jurídicos reconocidos en la Constitución y en las leyes.

IV. INSUFICIENCIA DE LA ACTUAL NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE PUBLICIDAD PARA PROHIBIR LA DE LA PROSTITUCIÓN

I. Insuficiencia de la autorregulación como instrumento para prohibir la publicidad de la prostitución

Tanto en España⁴⁰ como en los Estados más próximos, la autorregulación y la heterocomposición privada constituyen los instrumentos más relevantes de fijación de las condiciones y contenidos de la publicidad y de resolución de conflictos entre anunciantes y perjudicados. Hasta tal punto son eficaces estos instrumentos que la materia y los límites a la actividad publicitaria se hallan establecidos en protocolos sociales –lo que motiva que en muchos Estados no haya normas jurídicas que los instituyan- y que la jurisdicción se vea

³⁸ ELOSEGUI ITXASO, M. E.; *Los roles de la Mujer en la publicidad*, Zaragoza, 1996, cit. por LOPEZ LITA, R. Y BERNAD MONFERRER, E.; “Publicidad, medios de comunicación y segregación ocupacional de la mujer: perpetuación y superación de los estereotipos de género y sus consecuencias en el mercado de obra” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 67, pág. 213 y ss.

Autocontrol, en un informe de 2 de marzo de 2007, ha señalado que los anuncios en los que aparecen las mujeres presentan tres formas: los que las presentan de forma vejatoria, los que utilizan el cuerpo de la mujer como objeto desvinculado del producto y los que los ofrecen con comportamientos estereotipados.

³⁹ GOMAR, L.; *Publicidad y mujer*, Valencia, 2008, pág. 17.

⁴⁰ En España, la institución más relevante en este ámbito es Autocontrol, que ejerce, con carácter privado, una función en materia de publicidad que presenta rasgos materialmente jurisdiccionales.

de hecho orillada a la hora de resolver las controversias surgidas. Las partes interesadas encomiendan dicha labor a instituciones privadas componedoras, mediadoras o arbitrales.

Ahora bien, en el caso de la publicidad de la prostitución, en España, la autorregulación se ha mostrado insuficiente y baldía pese a las iniciativas adoptadas o impulsadas por los poderes públicos⁴¹. A lo sumo y a resultas de estas iniciativas, ha podido apreciarse que algunos medios –muy concretos⁴²- han suprimido los anuncios de contactos y que otros han reducido o limitado las imágenes que los acompañan.

En síntesis, el mecanismo autorregulatorio se ha demostrado manifiestamente insuficiente para alcanzar la finalidad perseguida de hacer desaparecer los anuncios de la prostitución en la prensa escrita.

II. Insuficiencia de otras medidas administrativas de fomento para prohibir la publicidad de la prostitución

El Consejo de Estado debe señalar que una finalidad como la perseguida –la de constreñir severamente o prohibir la publicidad de la prostitución- pudiere no alcanzarse con la adopción de otras medidas tales como son la limitación de las eventuales subvenciones públicas a los medios que publiquen anuncios de prostitución⁴³, la limitación de la publicidad institucional en dichos medios⁴⁴ o en relación con determinados contratos⁴⁵.

⁴¹ Es significativa de la insuficiencia del mecanismo la resolución dictada el 15 de diciembre de 2005 por Autocontrol que resolvió una reclamación presentada por un particular sobre un anuncio de contacto sexual publicado en un periódico con el siguiente argumento: "... *debemos considerar lícita la publicidad de servicios como los que nos ocupan siempre y cuando –refiriéndose a actividades lícitas- no aparezca difundida en medios dirigidos a menores o cuando esta aparezca en medios respecto de los cuales se acepta que los menores no deben tener acceso*".

⁴² Los diarios "La Razón", "Público" y "Avui".

⁴³ La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece que "*con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones deberán aprobarse las normas que establezcan las bases reguladoras de concesión en los términos establecidos en esta ley*" (artículo 9.2). Estas bases son objeto de aprobación por Orden ministerial y de publicación en el Boletín Oficial del Estado, si bien pueden ser sustituidas por las normas sectoriales específicas de la subvención, si tienen su

mismo contenido mínimo (artículo 17.2). En este contenido mínimo figuran los "criterios objetivos de otorgamiento de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos" (artículo 17.3, letra e).

Es sabido que, con alguna frecuencia, la Administración General del Estado convoca subvenciones que pueden tener como beneficiarios los medios de comunicación escritos. Un ejemplo reciente puede ser la Orden AEC/3341/2009, de 30 de noviembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la celebración de acciones de comunicación y actividades divulgativas, sobre asuntos relacionados con el ámbito de competencias de la Secretaría de Estado para la Unión Europea. Aunque el Consejo de Estado no se pronuncia específicamente sobre este ejemplo, parece claro que, en el futuro, pudieran aprobarse bases de subvenciones que beneficien a la prensa. En tales casos, resultaría conforme con el ordenamiento jurídico determinar en las bases -como un criterio objetivo de otorgamiento que deben cumplir los beneficiarios- la ausencia de publicación de anuncios relativos a la prostitución en el período que se fije. El criterio tendría un carácter objetivo y favorecería que los caudales públicos destinados a la subvención, siempre limitados, se dedicasen a quienes expresan su compromiso con la dignidad de la mujer rechazando publicitar la prostitución. En todo caso, este instrumento no asegura que los anuncios de prostitución desaparezcan en los medios escritos.

⁴⁴ El régimen de publicidad y comunicación institucional está regulado por la Ley 29/2005, de 29 de diciembre. Esta norma legal regula las campañas institucionales de publicidad y de comunicación, y las define así en su artículo 2:

"a) Campaña institucional de publicidad, toda actividad orientada y ordenada a la difusión de un mensaje u objetivo común, dirigida a una pluralidad de destinatarios, que utilice un soporte publicitario pagado o cedido y sea promovida o contratada por alguno de los sujetos enunciados en el artículo 1.

b) Campaña institucional de comunicación, la que, utilizando formas de comunicación distintas de las estrictamente publicitarias, sea contratada por alguno de los sujetos enunciados en el artículo 1 para difundir un mensaje u objetivo común a una pluralidad de destinatarios".

La Administración General del Estado y otros entes públicos contratan con frecuencia este tipo de campañas. Al hacerlo, no sólo transmiten información a los destinatarios del mensaje sino que ponen en juego su imagen ante la ciudadanía tanto por el contenido comunicativo como por el medio a través del cual se proyecta -o incluso por el espacio empleado por tal medio para la comunicación-. Por ello, podrían excluirse los anuncios de una campaña institucional de la Administración General del Estado de los periódicos en los que se publican anuncios relativos a la prostitución. Una norma en este sentido no resultaría contradictoria con la Constitución. Su articulado podría afectar a diversos preceptos de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, ya citada, como el artículo 4, dedicado a las prohibiciones que rigen en este tipo de campañas. Si se deseara que la prohibición tuviera un alcance mayor, podría ampliarse su ámbito de aplicación más allá del genérico de la Ley, sin exceptuar las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil promovidas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal, modificando también el artículo 1.2.

III. Insuficiencia de la regulación vigente para prohibir la publicidad de la prostitución

La tercera de las cuestiones que debe abordarse es la atinente a si es posible prohibir con carácter general la publicidad de la prostitución con la regulación actualmente vigente en la materia.

Por publicidad, como señala el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, debe entenderse “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”. Con ocasión de su realización, pueden darse supuestos de ilicitud cuando se atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, cuando es engañosa, desleal o subliminal y, en fin, cuando infringe lo dispuesto en la

La exclusión de las campañas institucionales en relación con los medios de comunicación que publiquen anuncios de prostitución requeriría una modificación de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional. En todo caso, aun cuando se promoviera y culminara dicha iniciativa, no todos los anuncios de prostitución desaparecerían de la prensa escrita, puesto que pudieren existir medios que prescindieran de la publicidad institucional ante los pingües beneficios económicos que les reporta la de la prostitución. En otros términos, una medida en tal sentido no garantizaría la consecución de la finalidad perseguida.

⁴⁵ Cabría también incluir en los pliegos de prescripciones técnicas, con arreglo al artículo 100.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y para los contratos de servicios de publicidad (categoría 13 del anexo II de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público), en los que se prevea la publicación de anuncios en medios de comunicación escritos la prohibición de publicarse en medios que publiquen o hayan publicado en un plazo prudencial anterior anuncios relativos a la prostitución.

Aunque por esta vía pudieran conseguirse algunos efectos favorables para la finalidad perseguida, la vía del procedimiento contractual tiene dos inconvenientes claros frente a la modificación legislativa. En primer lugar, depende de cada órgano de contratación -que es quien ha de aprobar los pliegos- y existe una gran profusión de tales órganos. En segundo lugar, si no se anunciase con la debida antelación podría sorprender a ciertos medios de comunicación, que se verían privados de campañas institucionales por haber contratado publicidad relativa a la prostitución cuando ignoraban este efecto.

normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, produciéndose entonces conflictos entre los anunciantes y los destinatarios de publicidad o entre unos y otros anunciantes. Como hipótesis, uno de esos supuestos de conflicto es la publicidad de contactos o prostitución hecha en la prensa escrita.

A la vista de lo dispuesto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y sus disposiciones de desarrollo, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –que integran el grupo normativo aplicable-, el Consejo de Estado considera que la regulación vigente resulta insuficiente para prohibir en la prensa escrita, con carácter general, la publicidad de la prostitución. Y ello por varios motivos, a saber: porque no existe una habilitación legal que permita prohibir con carácter general la publicidad de la prostitución y porque tampoco se puede obtener la desaparición general de dicha publicidad mediante ninguno de los instrumentos de defensa previstos en la Ley –las solicitudes y acciones de cesación y de rectificación-.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dispone en su artículo 10 lo siguiente:

“De acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio”.

Por su parte, el artículo 41 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece:

“La publicidad que comporte una conducta discriminatoria de acuerdo con esta Ley se considerará publicidad ilícita, de conformidad con lo previsto en la legislación general de publicidad y de publicidad y comunicación institucional”.

Finalmente, el artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, –en la redacción dada por la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre-, considera ilícita:

"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 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios en que se presenten a las mujeres de forma vejatoria, 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 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género".

Por lo que se refiere al primer párrafo del apartado a) del artículo 3 antes transcrito, conviene reiterar que la prostitución voluntaria y libremente ejercida por mayores de edad no constituye una conducta ilícita. Por consiguiente, siendo lícita la actividad no puede inferirse sin más que su publicidad sea considerada ilícita. Podrá ser calificada como tal sólo cuando atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución –en especial los consignados en sus artículos 18 y 20.4.

Por otra parte, como se ha señalado antes, la prostitución en sí misma no comporta discriminación por razón de sexo, aunque afecte a la igualdad efectiva de las mujeres y los hombres. En este sentido, la publicidad de la prostitución no puede entenderse ilícita por discriminatoria de acuerdo con los preceptos transcritos.

Finalmente, tampoco el último inciso del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, constituye un asidero bastante para prohibir con carácter general la publicidad de la prostitución. Aunque un gran número de los anuncios de contactos publicados en los diarios podrían ser calificados como publicidad ilícita por cuanto su contenido presenta a

las mujeres de forma vejatoria, no todos lo hacen. Son frecuentes, de una parte, los anuncios sólo de texto y, de otro lado, existen anuncios en los que se utilizan imágenes en las que no concurren los requisitos de ilicitud exigidos por el precepto legal.

Ahora bien, aun contando con que la previsión legal del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, ofreciera un fundamento bastante para considerar que toda la publicidad de la prostitución es ilícita, este texto legal –y el resto del ordenamiento jurídico- no ofrece un mecanismo adecuado a través del cual alcanzar la finalidad pretendida de prohibirla con carácter general.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, articula como defensas frente a la publicidad ilícita las solicitudes y las acciones de cesación y de rectificación, reguladas en su artículo 25 y siguientes. Mediante la solicitud y la acción de cesación se trata de evitar que la publicidad ilícita comience a difundirse o, si lo ha hecho ya, cese o concluya antes de que se produzcan perjuicios o de que se agraven. Mediante la solicitud y acción de rectificación, se pretende modificar el estado de cosas creado por la publicidad difundida. Las solicitudes se sustancian entre los perjudicados por la publicidad y los anunciantes fuera de la sede judicial. Las acciones, por el contrario, se solventan ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria (Ley 34/1988, artículo 28). Unas y otras, solicitudes y acciones, son defensas de carácter individual, concreto, como ha sido puesto de manifiesto⁴⁶. Es decir, no permiten prohibir la publicidad de ciertos productos o servicios con carácter general o por categorías. No son acciones de jactancia de eficacia general. Antes al contrario, van encaminadas a obtener el cese o rectificación de un anuncio en concreto o de una campaña singular. Esta circunstancia impide que sean instrumentos válidos para articular una medida de eficacia general como la considerada en la consulta. El ejercicio de las solicitudes y acciones de cesación y rectificación obligaría a iniciar

⁴⁶ LAZARO SÁNCHEZ, E. et al. ; *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Madrid, 2007, pág. 432 y ss.; BARONA VILLAR, S.; *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia, 1999; TATO PLAZA, A.; "El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España" en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVIII, 1997, pág. 161 y ss.

tantos procedimientos como anuncios y anunciantes por parte de quienes están legitimados para hacerlo⁴⁷, -lo que es materialmente imposible- y por consiguiente las hace no aptas para la finalidad perseguida.

Tampoco cabe prohibir con carácter general la publicidad de la prostitución con base en el artículo 8 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre. Este precepto, de una parte, prohíbe la publicidad del tabaco y de las bebidas alcohólicas con graduación superior a 20 grados centesimales en la televisión y en aquellos lugares donde está prohibida su venta o consumo y, de otro lado, habilita al Gobierno para establecer normas especiales o someter a autorización administrativa previa para la publicidad de materiales o productos sanitarios o sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio y de juegos de suerte, envite o azar. No se contiene, sin embargo, en el citado precepto ni una prohibición de la publicidad de la prostitución, ni una habilitación legal para establecerla mediante disposición reglamentaria.

Así las cosas, a juicio del Consejo de Estado, el establecimiento de una prohibición de publicidad de la prostitución en los diarios de prensa escrita requeriría la aprobación de una disposición con rango de ley, ante la falta de un fundamento general que habilite para hacerlo reglamentariamente y la insuficiencia de los instrumentos procesales vigentes para declararlos ilícitos.

V. POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA PROHIBICIÓN DE LA PUBLICIDAD DE LA PROSTITUCIÓN EN LA PRENSA ESCRITA

A) Sobre la posibilidad de prohibir la publicidad de la prostitución en la prensa escrita

⁴⁷ Están legitimados para hacerlo, conforme al artículo 25.1bis de la Ley 34/1988, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, el Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico, las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro y los titulares de un derecho o interés legítimo.

Como se ha dicho, el establecimiento de una prohibición de publicidad de la prostitución en los diarios de prensa escrita requeriría la aprobación de una disposición con rango de ley.

Procede examinar ahora, a la luz de la Constitución, si cabe establecer una prohibición de la publicidad de los anuncios de prostitución en la prensa escrita habida cuenta, de una parte, de que la propia actividad de la prostitución ejercida voluntaria y libremente por mayores de edad no es ilegal y, de otra, que la publicidad es una actividad económica amparada por el ordenamiento.

Al enfrentarse a la cuestión, habida cuenta de la naturaleza de la publicidad como forma de comunicación (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad), surge inmediatamente la cuestión de si la publicidad ha de ser contemplada como una manifestación de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 de la Constitución o como una actividad incardinable en la libertad de empresa amparada en el artículo 38.

No se ocultan las diferencias que se derivan de incardinarla en uno u otro precepto: desde la reserva de ley y el carácter de la misma hasta los límites que cabe establecer. Se ha dicho a este respecto que la libertad de empresa concede al legislador un margen de apreciación discrecional más amplio frente a la libertad de expresión, ámbito en el que las restricciones por razón del contenido de la opinión o mensaje pueden ser sospechosas y de difícil justificación⁴⁸.

La cuestión planteada no es pacífica ni en el derecho comparado, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia.

En el ámbito del derecho comparado, se aprecia la existencia de dos planteamientos divergentes: el norteamericano y el europeo.

⁴⁸ DIEZ PICAZO, L.; "Publicidad televisiva y derechos fundamentales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, mayo agosto, 1997, pág. 72.

La jurisprudencia norteamericana en torno al problema de la relación entre la publicidad y los derechos fundamentales, se ha encaminado a considerar la publicidad como manifestación de la libertad de expresión. Así, la primera vez que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos abordó la cuestión fue en 1938 en la Sentencia *Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, negando entonces que la publicidad estuviera cubierta por las libertades de expresión e información. Sin embargo, posteriormente, la sentencia recaída en el caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* de 1976⁴⁹ originó la doctrina del *commercial speech*⁵⁰, al estimar que la protección constitucional se hallaba en la necesidad de que los ciudadanos estuvieran adecuadamente informados sobre los bienes y servicios objeto de oferta, constituyendo el elemento informativo el que había de prevalecer. Conforme a dicha doctrina, al discurso que propone una transacción comercial se le reconoce un valor intrínseco que le hace merecedor de protección constitucional⁵¹. Ciertamente no es una protección igual al de otras formas de expresión como el discurso político sino más debilitada⁵², razón por la

⁴⁹ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* de 1976, 425 U.S. 748 (1976). En concreto: 763-764 sobre intereses de los consumidores; 764-765 sobre el interés social; 766-770, sobre la justificación de las restricciones o prohibiciones al discurso publicitario.

⁵⁰ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha definido el *commercial speech* como aquel que "propone una transacción comercial". Ha declarado que esta proposición constituye una peculiar manifestación de la libertad de expresión que se encuentra incluida en el ámbito de protección de la Primera Enmienda si bien no con el mismo grado de protección que otras formas de expresión (As. *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comisión*, 447, U.S. 557, 561 (1990); As. *Riley v. National Federation of the Blind*, 487, U.S. 781, 796 (1988).

⁵¹ Conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, la Primera Enmienda, que garantiza la libertad de expresión, protege los discursos con distintos grados de intensidad. Esta es completa y extrema en el caso del discurso político, de tal suerte que las restricciones que se pueden establecer son de suyo limitadas, estrictas (*strict scrutiny*) y raramente constitucionales. En el extremo opuesto, la protección de la Primera Enmienda es inexistente en el supuesto de la pornografía (*obscenity*), de tal manera que cualquier restricción es admisible si se respeta un núcleo mínimo de libertad (*rational basis review*). Entre uno y otro extremo, en una posición intermedia, se situaría el discurso instrumental en el que se comprende el publicitario. Este discurso puede ser objeto de restricciones, si bien éstas han de ser limitadas y resultar acreditadas las razones que las justifican; se trata del denominado escrutinio intermedio (*intermediate scrutiny standard*) (Vid. SCHAUER, F.; "The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience" en *Harvard Law Review*, vol. 117, 2004, págs. 1765-1809).

⁵² La evolución de la jurisprudencia en relación con la publicidad y el ámbito de la 1ª enmienda se ha concretado en diversos estadios. Primeramente, se negó que la

cual se ha dicho que se trata de una protección intermedia⁵³. Por eso se ha dicho también que se puede limitar o prohibir la publicidad en el caso de que ésta violente otros derechos concurrentes constitucionalmente amparados⁵⁴.

publicidad se incluyera en el ámbito de la citada enmienda en la Sentencia *United States v. Carolene Products Co.*, 304, U.S. (1938), diciendo que "... regulatory legislation affecting ordinary commercial transactions is not to be pronounced unconstitutional unless in the light of facts made known or generally assumed it is of such a character as to preclude the assumption that it rests upon some rational basis within the knowledge and experience of the legislators". Esta tesis fue ratificada en 1942 en la Sentencia *Valentine v. Chrestensen*. Posteriormente, la doctrina fue cambiando, pues ya en los años sesenta del pasado siglo se dijo en la Sentencia *New York Times Co. V. Sullivan* (1964), que un anuncio publicado en un periódico describiendo la lucha por los derechos civiles en Alabama caía en el ámbito de protección de la 1ª enmienda pese a haberse publicado con la finalidad de lucro. Finalmente, en la mencionada Sentencia *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425, U.S., 748, de 1976 y en la Sentencia *Central Hudson Gas & Electric Corp. V. Public Service Commission*, 447, U. S. 557, de 1980, se declaró que las restricciones al discurso publicitario están sujetas al escrutinio intermedio. En esta última sentencia, el Tribunal formalizó un test de constitucionalidad o validez de las restricciones introducidas en el *commercial speech*, estructurado en cuatro pasos o filtros. Es el denominado Central Hudson Test que se concreta en que sólo el discurso publicitario verídico sobre bienes o servicios legales es objeto de protección como manifestación de la libertad de expresión (*Lawful activity and not misleading information*). El Estado debe demostrar que existe un interés sustancial que sólo se puede proteger mediante la introducción de restricciones en la libertad de expresión publicitaria (*Substantial governmental interest*); la regulación introducida en una determinada manifestación del discurso publicitario debe promover directamente el interés general que supuestamente la justifica (*direct advance of the governmental interest*) y si dicho interés puede ser satisfecho mediante restricciones menos severas del discurso publicitario, el exceso debe ser considerado inconstitucional (*Least restrictive means standard, not least restrictive means test*) (Vid. RUBI PUIG, A.: "Publicidad y libertad de expresión: la doctrina del commercial speech en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE. UU." en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2005, pág. 1 y ss. y PARDO LOPEZ, M.; en *Comentarios a la Ley General de Publicidad*, Madrid, 2007, pág. 60).

El *commercial speech* protege no sólo el mensaje lingüístico sino también el formulado mediante otros medios (gestual o de imagen) (*symbolic speech*) (Vid. SUKHATME, N., "Making Sense of Hybrid Speech: a New Model for Commercial Speech an Expressive Conduct" en *Harvard Law Review*, vol. 118, núm. 8, 2005, págs. 2835 y ss.).

El planteamiento norteamericano ha sido acogido por el Tribunal Supremo Federal de Canadá desde la Sentencia *Ford v. Québec* (1988) y reiterada posteriormente en las sentencias *Irwin Toy v. Québec* (1989) y *RJR-Mac Donald v. Attorney General of Canada* (1995).

⁵³ Se ha señalado (Vid. PARDO LOPEZ, M. en *Comentarios a la Ley General de Publicidad*, Madrid, 2007, pág. 60) que, en los últimos tiempos, se detecta un viraje en el Tribunal Supremo Americano hacia posiciones más estrictas a la hora de

proteger el discurso publicitario, de tal manera que se acerca cada vez más al *strict scrutiny*. Así se constata en las Sentencias *44 Liquormart Inc. v. Rhode Island* 517, U.S., 510 (1996) –en la que se dice que un Estado “does not have the broad discretion to suppress truthful, nonmisleading information for paternalistic purposes that the *Posadas* majority was willing to tolerate”-; *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533, U.S. 525 (2001), que declara contraria a la Constitución las prescripciones de una ley del Estado de Massachussets que prohibía toda publicidad exterior de tabaco y puros sin humo; *United States v. United Foods Inc*, 533, U.S. 405 (2001), que declara contraria a la Constitución una ley federal que obligaba a una compañía alimentaria a financiar ciertos anuncios y *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514, U. S. 476 (1995), que declara contraria a la Constitución una ley federal que prohibía incluir en la etiqueta de la cerveza la graduación alcohólica. Se supera así el planteamiento de *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478, U. S. 328 (1986), en el que el Tribunal declaró la constitucionalidad de una ley que prohibía la publicidad sobre juegos de azar pese a ser éstos lícitos en Puerto Rico, diciendo que “the greater power to completely ban the casino gambling necessarily includes the lesser power to ban advertising of casino gambling”.

⁵⁴ Es de señalar que la Sentencia *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478, U.S. 328 (1986) declara que el Estado puede limitar la publicidad en el caso de que ésta violente otros derechos concurrentes constitucionalmente amparados.

En el mismo sentido –y de una manera más clara y contundente- la Sentencia número 07-16633, de la Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito, de 11 de marzo de 2010, recaída en el asunto *Coyote Publisig Inc Dr. v. Miller*. Tras considerar que la publicidad de la prostitución no estaba sujeta a un estándar de escrutinio estricto sino al propio del *commercial speech*, el Tribunal sostuvo que había razones justificativas para una excepción específica en el caso la prostitución por las diferencias existentes entre esta actividad y otros presuntos vicios. En tal sentido, señaló además que la razón básica para proteger constitucionalmente el discurso comercial –que es la facilitación de la más eficiente asignación de los recursos económicos y de la adopción informada de decisiones sobre su consumo-, no actúan en el caso de la prostitución: “*In light of prevailing sexual mores, a highly transparent, and thus efficient, market for sex is a cимерa*”, toda vez que “*In this respect, sex is not a commodity. Commercial speech decisions routinely display concern over the risk of distortion of competitive markets... in the context of the legal sale of sexual acts, in contrast, there is relatively little market competition to distort*”. El Tribunal aplicó el estándar propio del *commercial speech* para enjuiciar la constitucionalidad de la Ley de Nevada. En ese sentido consideró que los bienes y servicios anunciados eran legales, que la regulación restrictiva de la publicidad perseguía un interés público sustancial como era evitar la mercantilización de las relaciones sexuales; que la norma era adecuada para contribuir al interés público perseguido y que la medida restrictiva contenida en la norma enjuiciada era proporcionada para la consecución del interés alegado. En concreto, el Tribunal declara que “*First, they eliminate the public’s exposure –in some areas entirely, and in others in large part-to advertisements that are in themselves an aspect of the commodifying of sex. As the harm protected against occurs in part from the proposal of the transaction, banning or restricting the advertising directly reduces the harm. Second. The advertising restrictions directly and materially advance Nevada’s interest in limiting commodification by reducing the market demand for, and thus the incidence of, the exchange of sex acts for money, which by definition is*

Frente al planteamiento diseñado por la jurisprudencia norteamericana, en Europa –al menos hasta hace una década⁵⁵-, la publicidad se ha considerado ajena a la libertad de expresión⁵⁶. Sobre la base de que la publicidad es una forma de comunicación primordialmente mercantil, que posee una finalidad concreta cual es la de provocar una actitud en el receptor ante el producto o servicio que el anunciante oferta, se ha señalado que no resulta adecuado reducirla a su contenido, al mensaje que transmite, ignorando que se trata de una actividad comercial. En la publicidad, se sostiene, lo más relevante no es mensaje sino el marco en el que se desarrolla –el mercado- y la finalidad que persigue –mercantil-. Esta finalidad mercantil es la que justifica que la publicidad se incardine en el marco de la libertad de empresa. Lo que resulta relevante no es que el anunciante haga uso eventualmente de su libertad de expresión o información sino que desarrolla una actividad mercantil destinada a promover la adquisición de algún bien o servicio. Y esta actividad mercantil es subsumible en el ámbito de la libertad de empresa⁵⁷. Por ello, la publicidad no está protegida por la libertad de expresión y, por eso mismo, cabe establecer amplios límites a su contenido. Y es que mientras que la expresión o comunicación persigue formar una convicción o una opinión, la publicidad se ciñe a buscar la acción; y mientras que la primera no puede ser reducida a la categoría de mercadería, la segunda sí. La publicidad –en cuanto actividad económica incardinable en la libertad de

commodifying of sex". La razón básica del fallo radica en la afirmación de que la mercantilización del sexo es predominantemente rechazada por indeseable en la sociedad y en el derecho americano.

La sentencia ha sido recurrida ante el Pleno de la Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito y está pendiente de ultimación.

⁵⁵ El Tribunal Constitucional Alemán, de acuerdo con una línea jurisprudencial iniciada con el asunto *Benetton* ha resuelto que la publicidad comercial puede estar cubierta, en algunos aspectos, por la libertad de expresión consagrada en el artículo 5 de la Ley Fundamental. *Sentencias de 12 de diciembre de 2000 (Asunto Benetton), de 1 de agosto de 2001 (Asunto Therapeutische Aquivalenz), 6 de febrero de 2002 (Asunto Tierfreundliche Mode) y 11 de marzo de 2003 (Asunto Benetton II)*.

⁵⁶ Una exposición general sobre el estado de la cuestión puede verse en SKOURIS, W. (ed.) *et alii; Advertising an Constitutional Rights in Europe*, Munich, 1994.

⁵⁷ Una exposición de la cuestión en TATO PLAZA, A.; "Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de los veinticinco miembros" en AA.VV. *Estudios de Derecho Mercantil europeo* (coord. Elena F. Pérez Carrillo), Madrid, 2005, pág. 105 y ss. ; ROZADOS OLIVA, M. J.; *Derecho administrativo de la publicidad*, Valencia, 2009, pág. 49; ESPOSITO, A.; *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milán, 1958.

empresa o de oficio u oficio- puede ser limitada –siempre respetando un núcleo básico- o incluso prohibida si los límites son objetivos y proporcionados, basados en derechos constitucionales, las buenas costumbres, la moral y la salud pública.

En la doctrina patria, la cuestión tampoco es pacífica. Hay quien sostiene que el ámbito propio de la publicidad está en la libertad de empresa habida cuenta que, conforme a la legislación general y, en concreto, al artículo 2 de la Ley General de Publicidad, lo que la define como tal es su carácter y finalidad mercantil⁵⁸, de suerte que no constituye una manifestación del pensamiento en sentido estricto y que, en consecuencia, puede ser limitada ampliamente. Frente a este parecer, otro, diametralmente opuesto, afirma que la publicidad está protegida por el artículo 20 de la Constitución por cuanto el mensaje publicitario no es sino expresión de un pensamiento⁵⁹. Y no falta quien ha sostenido –tratando de conjugar ambas posturas- que el reconocimiento de la libertad de organización empresarial incluye la comercialización y, por ende, la publicidad y que ésta se inserta parcialmente en el ámbito de la libertad de expresión y primordialmente en el de la libertad de empresa⁶⁰.

La jurisprudencia española, por su parte, se ha venido manifestando tradicionalmente en el sentido de declarar que la publicidad no está comprendida en el ámbito de la libertad de expresión. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 87/1987, de 2 de junio, declaró que las restricciones impuestas a la publicidad sobre las películas pornográficas no afectaban a los derechos consagrados en el artículo 20 de la Constitución y más tajantemente la providencia de 17 de abril de 1989 afirmó: “La publicidad, por tanto, no es manifestación del ejercicio del derecho fundamental, art. 20.1.d) de la Constitución, por cuanto este derecho da cobertura a la libre y veraz transmisión de hechos que, como ya ha señalado este Tribunal Constitucional en diversas

⁵⁸ En tal sentido, LAGUNA DE PAZ, J. C.; *Televisión y competencia*, Madrid, 2000, pág. 217; LEMA DEVESA, C. y GOMEZ MONTERO, M.; “La regulación jurídica de la publicidad farmacéutica”, en *La Ley*, 1990-3, pág. 986.

⁵⁹ DE LA CUESTA RUTE, J.M.; “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad” en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1989, núm. 4, pág. 59; MUÑOZ MACHADO, S.; “Servicio público y mercado”. *III. La televisión*, Madrid, 1998, pág. 240.

⁶⁰ GARCIA GUERRERO, J. L.; “La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, enero-abril, 1997, pág. 92.

ocasiones, pueda permitir a los ciudadanos "formar sus convicciones ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos" (entre otras, SSTC 104/1986 y 159/1986). Es el fin último de la publicidad lo que margina, en definitiva, a esta actividad del ámbito de protección del referido derecho fundamental, por lo que la prohibición de publicidad de los servicios profesionales del recurrente ninguna lesión del referido derecho fundamental puede conllevar". El Tribunal Supremo, por su parte, afirmó en la sentencia de 23 de septiembre de 1988 que "la publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de una actividad comprendida en el artículo 20 de la Constitución"⁶¹ y la Audiencia Nacional, en su sentencia de 3 de febrero de 1999, dijo que "esa actividad (la publicidad) nada tiene que ver con el derecho de información ni tiene una relevancia social por lo que no cabe aducir que se encontraría protegida por el derecho a la libertad de expresión u opinión recogido en el artículo 20 de la Constitución y ha de reputarse como actividad publicitaria, en los términos definidos en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad".

Lo mismo hizo el Consejo de Estado en su dictamen 366/2005, de 28 de febrero de 2005, en el que afirmó que la prohibición de la publicidad "aunque pueda afectar colateralmente a algunas libertades, (...) en modo alguno constituye regulación de la libertad de expresión ni del principio de tipicidad de las infracciones y sanciones".

Ahora bien, en la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia⁶² patrias están en fase de evolución hacia fórmulas mixtas que, sin acoger plenamente la doctrina del commercial speech, se hacen eco de algunos efectos reflejos de la doctrina jurisprudencial norteamericana y combinan elementos comprendidos tanto en el ámbito de la libertad de empresa como de la libertad de expresión. Punto de inflexión en el planteamiento tradicional fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994,

⁶¹ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994.

⁶² Ejemplo de esta revisión conceptual puede ser la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1993, que exige, para reconocer la legitimidad de la prohibición de publicidad, que exista una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego.

recaída en el caso *Casado Coca v. Reino de España*⁶³, al afirmar que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza la libertad de expresión sin distinguir entre el carácter comercial o no del fin perseguido. Se cerró así, en sentido afirmativo, la cuestión que estaba abierta para el citado Tribunal desde las Sentencias de los casos *Barthold contra Alemania*, de 25 de marzo de 1985 y *Mark Itern Verlag GMBH y Klaus Beermann contra Alemania*, de 20 de noviembre de 1989, o *Jacobowski contra Alemania*, de 23 de junio de 1994, culminando un proceso de ampliación progresiva de ámbitos cubiertos por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos tales como la expresión artística -en el caso *Müller y otros contra Suiza*, de 24 de mayo de 1988- y la música ligera y los mensajes publicitarios difundidos por cable -en el caso *Gropper Radio AG y otros contra Suiza*, de 28 de marzo de 1990-. La afirmación del Tribunal es, de cualquier manera, muy modulada y matizada, toda vez que declara que resulta impertinente aplicar en su totalidad a la publicidad el régimen establecido para la libertad de expresión. En concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ciñe la extensión de la protección de la libertad de expresión a la publicidad comercial que persigue una finalidad de expansión de ideas de contenido social y político de los puntos de vista minoritarios en una sociedad democrática⁶⁴. El resto de la publicidad comercial no está protegida⁶⁵.

En cualquier caso, la progresiva modulación y convergencia de los criterios doctrinales y jurisprudenciales expuestos hace que tales diferencias

⁶³ Publicada en *Publicaciones ETD, Serie A, vol. 285, Estrasburgo, 1994*. Esta sentencia declaró que la publicidad entre abogados puede someterse a ciertos límites pero no puede prohibirse completamente por gozar de la protección de la libertad de información.

⁶⁴ Otra sentencia posterior, recaída en el caso *Vgt Verein gegen Tierfabriken* contra Suiza, de 28 de junio de 2001, matizó todavía más el tipo de mensajes comerciales que están protegidos.

⁶⁵ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha recogido el planteamiento del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en su Sentencia de 24 de marzo de 2004 (TJCE 2004/78), señalando que es la contribución de la publicidad a un debate de interés general lo que resulta determinante para determinar si queda o no comprendida en el ámbito de la libertad de expresión. (véase, en general, para la cuestión hasta 1994, *Wassilios Skouris Ed, Advertising and Constitutional Rights in Europe*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, que contiene una revisión adicional de la jurisprudencia de los distintos Tribunales supremos y constitucionales de diversos países europeos sobre la base de su propia Constitución).

teóricas tengan escasa trascendencia práctica. En tal sentido, con base en la doctrina expuesta –y en especial en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, se ha hecho una relectura del artículo 2 de la Ley General de Publicidad poniendo de manifiesto que la publicidad es, de una parte, una “forma de comunicación” –lo que la vincula con la libertad de expresión pero sin llegar a considerarla parte de ella, salvo en el caso de que se trate de publicidad que tiene como finalidad la expansión de ideas de contenido social y político- y, al tiempo, “realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal” –lo que la conecta con la libertad de empresa o de oficio-. En otros términos, la publicidad tiene una doble vertiente, expresiva y económica. Y esta doble vertiente es la que asegura de un lado una protección del discurso publicitario y de otro la posibilidad de establecer límites a su contenido. No se trata ahora de recibir la doctrina del commercial speech, sino de asegurar, de una parte, un ámbito de libertad garantizada para el mensaje publicitario y, de otro lado, el respeto a los bienes, valores y derechos garantizados por el ordenamiento jurídico mediante una adecuada aplicación de la técnica de los límites derivados de la propia noción de publicidad y la observancia del principio de proporcionalidad entre el límite y el bien, valor o derecho garantizado⁶⁶.

El componente de comunicación existente en la publicidad hace que la determinación de sus límites deba hacerse mediante instrumento de rango legal en todo caso y que su establecimiento se justifique objetivamente en la prevalencia de bienes, valores y derechos superiores garantizados por el ordenamiento. En otros términos, pese a su consideración como comunicación, es posible establecer prohibiciones a su contenido -mediante el correspondiente instrumento legal- siempre que la publicidad lesione o ponga en peligro bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento. La cuestión aboca así a un juego de ponderaciones –lo que se ha llamado por la jurisprudencia principio de proporcionalidad- en el que ha de sopesarse, de un lado, el interés lícito de la actividad publicitaria y, de otro, los demás bienes jurídicos amparados o protegidos por el ordenamiento.

⁶⁶ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010.

Lo ha dicho tajantemente el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de enero de 2010, al señalar lo siguiente:

“Desde 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, artículo 38-; peculiaridades propias de algunas actividades profesionales –artículo 36-; defensa de los consumidores –artículo 51-; protección de la salud –artículo 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 –artículo 53.1 de la Constitución-, opera, al fin, como límite de los propios límites”.

B) Sobre los límites de la actividad publicitaria

Los límites a la actividad publicitaria son varios. En primer término, la veracidad. Queda prohibida, por ilícita, la publicidad falsa, engañosa o que induce al error⁶⁷. En segundo lugar, el correcto funcionamiento del mercado, de ahí que se consideren ilícitas las prácticas publicitarias desleales con los competidores – las que son agresivas, las denigratorias y las abusivas-⁶⁸. Y, en último lugar, los valores constitucionales.

Los límites derivados de los valores constitucionales adquieren una especial relevancia e intensidad en el ámbito de la publicidad, toda vez que ésta se considera instrumento adecuado de la denominada “acción positiva” de fomento de los valores recogidos en la Constitución. Hoy, la publicidad no se limita

⁶⁷ Este límite coincide con el primer filtro del *Central Hudson Test*.

⁶⁸ Estos límites coinciden con los filtros segundo, tercero y cuarto del *Central Hudson Test*.

a exponer las características de los productos o servicios sino que se configura como un medio para transmitir, inculcar y exaltar (acción positiva) determinados valores y pautas de conducta considerados la base común de la conciencia colectiva⁶⁹. Por ello también la difusión de hechos o situaciones que los menoscaban o debilitan constituyen límites de la actividad publicitaria, siendo admisible su prohibición.

Los bienes que se alzan como límites a la actividad publicitaria son múltiples. El artículo 3 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, establece que lo son la dignidad de la persona los valores y derechos reconocidos en la Constitución y, en especial, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, la protección de la juventud y la infancia y el pluralismo político⁷⁰. Pero no se agotan en éstos. Atendiendo a la proyección de información

⁶⁹ TATO PLAZA, A.; "La explotación publicitaria de los sentimientos y el derecho de la competencia desleal: el caso "Benetton" en *Derecho de los Negocios*, núm. 44, 1994, pág. 13 y ss.

⁷⁰ Con base en lo expuesto, puede prohibirse la actividad publicitaria que resulte discriminatoria por razón de raza, sexo, religión, orientación sexual, pensamiento, etc. Y, en especial, de una parte, la que incite al odio o discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social, -puesto que debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales (Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual)- y, de otro lado, la publicidad que presente a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien en su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar violencia a que se refiere la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, artículo 3.a).

Por otra parte, se ha señalado por la doctrina (vid. PARDO LOPEZ, M. en *Comentarios a la Ley General de Publicidad*, Madrid, 2007, pág. 71; TATO PLAZA, A.; "Violencia de género y publicidad" en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 25, 2004-2005, pág. 489 y ss.; GOMEZ CASTALLO, J. D.: "Mujer y publicidad", en RAAP, núm. 29, marzo, 1999, pág. 2) que, tras la introducción de la correspondiente reforma en la Ley General de Publicidad por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se pretende combatir, de una parte, la imagen estereotipada de la mujer desde el punto de vista laboral, ligada al mundo doméstico y en situación de subordinación y dependencia del varón y, de otro lado, el ofrecimiento de la mujer como mero objeto erótico. Todo ello conforme a la finalidad perseguida por nuestro ordenamiento de erradicar las conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres (Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual).

que tiene el mensaje publicitario, pueden mencionarse también los que promueven las conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres o que impiden su remoción (Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual). Y, en fin, el derivado de la inconveniencia de dar difusión a aquellas actividades que, aun siendo lícitas por no estar prohibidas, no se acompasan con los valores comunes que conforman la comunidad y que promueve el derecho. Más cuando se trata de una actividad que da pie o se vincula en ocasiones con otras ilícitas; que menoscaba principios, bienes y valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y que tiene un fuerte componente diferencial de género.

La idea de valor comporta un afán de realización. Por ello, aunque el ordenamiento tolere situaciones contrarias a los que sustentan una comunidad, no tiene por qué ser neutral ante ellas. Puede reaccionar limitando su existencia o mitigando su propagación.

La aplicación de lo expuesto al caso de la prostitución tiene consecuencias claras: Puede afirmarse la posibilidad de prohibir o restringir severamente la publicidad de los anuncios de prostitución en la prensa escrita⁷¹. En tanto simple actividad tolerada resulta adecuado prohibir o restringir su difusión. Su carácter hace que no deba promoverse la competencia en relación con ella o facilitarse la captación de clientela por medio de anuncios a quienes se dedican a ella. Más cuando la publicidad puede estar referida a prostitución ejercida por cuenta ajena o en el ámbito de organización o dirección de otro -que es ilícita según se ha señalado antes-, y no versar sobre la ejercida individualmente -incardinable en la libertad de profesión u oficio en los términos antes mencionados-. También por cuanto los anuncios de prostitución femenina, expresivos del rol de las mujeres como meras mercancías -circunstancia que se da incluso aun cuando no haya imágenes o textos vejatorios-, las desvalorizan completamente, violentando lo que es un principio de nuestro derecho.

⁷¹ Como ha hecho la jurisprudencia americana, en especial en *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478, U.S. 328 (1986).

La publicidad de este tipo de anuncios puede, de una parte, superar los límites de la libertad de expresión, fijados en “la protección de la juventud y de la infancia” (artículo 20.4), y, por otro lado, no compadecerse adecuadamente con las previsiones contenidas en el artículo 39.4 de la Constitución que establece que “los menores gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” y en el artículo 17, e) de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, ratificada por España, que dispone que los Estados firmantes “promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18”.

En armonía con ello, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone en su artículo 11.2.d) como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos respecto de los menores, el siguiente:

“La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal”

En este sentido, prevé el artículo 5.2 de esta Ley Orgánica:

“Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales”.

La aplicación de todas estas normas a la publicidad de la prostitución en prensa conduce a considerar acordes con el ordenamiento jurídico protector de los menores de edad las medidas que la limiten, pues como es sabido la prensa escrita, al menos la generalista, tiene una gran difusión en la sociedad en general y su acceso no se restringe –ni debe restringirse- a los mayores de edad. Al mismo tiempo, la información transmitida por el conjunto de esta publicidad no resulta respetuosa con los diversos principios constitucionales antes mencionados y el efecto sobre los menores puede ser perjudicial para su

desarrollo personal –al posibilitar, entre otras cosas, llevarles a la creencia de que la prostitución es una opción profesional equiparable a las demás lícitas-.

En consecuencia, el Consejo de Estado entiende que la conveniencia de impedir la difusión de una actividad simplemente tolerada y la protección debida a los menores, según el ordenamiento jurídico, amparan la adopción de las medidas prohibitivas de la publicación de anuncios de prostitución en prensa.

Por otra parte, la prohibición de la publicidad de la prostitución persigue un fin legítimo. Es una medida racionalmente relacionada con la consecución del fin, razonable en cuanto a las afecciones a otros bienes constitucionales afectados, y proporcional, pues no se coligen medidas alternativas menos restrictivas de los derechos que permitan alcanzar la misma eficacia en el logro de la finalidad perseguida.

En síntesis, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión y los otros constitucionales afectados eventualmente, el Consejo de Estado considera que una iniciativa como la planteada no infringe ninguna de las posibles manifestaciones de esos derechos. Antes al contrario, se conecta derechamente con lo dispuesto en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, ratificado por España y en vigor, que establece en su artículo 9.5:

“Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños”.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico de origen interno también avalaría la prohibición o limitación los anuncios de prostitución. En particular, el artículo 13 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que se rotula “Medios de comunicación”, prevé en su apartado 1:

“Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento estricto de la legislación en lo relativo a la protección y salvaguardia de los derechos fundamentales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres en todos los medios de comunicación social, de acuerdo con la legislación vigente”.

Aunque el precepto se refiere a la legislación en vigor, trasluce un propósito firme de promover en los medios de comunicación el fin de toda situación que dé lugar o favorezca la desigualdad material de la mujer respecto del hombre.

Concurre, además, en el caso presente el denominado jurisprudencialmente principio de proporcionalidad entre la medida que se plantea adoptar –la prohibición de la publicidad- y los bienes jurídicos a proteger. Ha quedado expuesto que éstos son varios. Ha quedado dicho también que la autorregulación y otros medios de fomento negativo se han mostrado manifiestamente insuficientes para lograr la desaparición de los anuncios en la prensa escrita. Es por ello preciso recurrir a otros instrumentos que aseguren la eficacia de la finalidad perseguida y, en concreto, a una ley prohibitiva de la actividad. En otros términos, tratar de limitar la difusión de una actividad tolerada pero no bien considerada por el ordenamiento mediante la prohibición de la publicidad de los anuncios constituye un fin legítimo y el medio empleado, la interdicción, resulta racional, razonable y proporcionado.

Por consiguiente, de todo lo expuesto puede concluirse que es acorde con el Derecho español que se adopten medidas que coadyuven a la limitación de la publicación de anuncios de prostitución.

A la vista de lo señalado, queda dilucidado también el carácter que debería tener la Ley que establezca la prohibición. El Consejo de Estado considera que no precisa ser Ley orgánica pues, aun cuando la materia y normativa pueda afectar a derechos fundamentales y libertades públicas, no puede considerarse "desarrollo" de dichos derechos y libertades a efectos de lo establecido en el artículo 81 de la Constitución tal y como, por lo demás, ha recordado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las Sentencias, entre otras, 6/1982, 67/1985, 160/187, 132/1989, 173/1998 ó 8/1995. Ello es precisamente lo que ocurre con la medida planteada que, aunque pueda afectar colateralmente a algunas libertades, en modo alguno constituye regulación de la libertad de expresión (artículo 20 de la Constitución) ni del principio de tipicidad de las infracciones y sanciones de carácter penal (artículo 25 del Texto Fundamental).

Finalmente, el Consejo de Estado considera conforme con el ordenamiento ceñir la prohibición a la prensa escrita. En efecto, como bien señala la consulta los diarios impresos generalistas contienen informaciones de actualidad en materia económica, política, internacional, local, cultural y deportiva, con lo que "cuentan con una presencia relativamente amplia en la sociedad y un acceso fácil y masivo", sin restricciones de edad para su consumo, lo que justifica una medida como la planteada. Y es que limitar la prohibición de la publicidad a la prensa escrita –o en su caso a otros medios conforme lo dicho en la consideración final de este estudio- permite de una parte impedir que extienda la idea de que la prostitución es una actividad lícita equiparable a cualesquiera otras cotidianas, ignorando su carácter de reprobable, y, de otro, se adecua con las singularidades de la publicidad en el caso de profesiones u oficios.

VI. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY A ELABORAR

Afirmada la posibilidad de prohibir, restringir o condicionar la publicidad de la prostitución y la necesidad de que una medida de dicha naturaleza se instrumente mediante el ejercicio de la correspondiente iniciativa legislativa –de ley ordinaria-, procede examinar la cuestión relativa a la materia analizada.

A juicio de este Consejo, para articular la medida proyectada caben dos formas.

La primera de ellas comportaría la modificación del artículo 8 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en el sentido de incluir un apartado en el que se prevea, sin más, la prohibición de la publicidad de la prostitución en la prensa escrita –o en parte de ella- y, eventualmente, en otros medios.

A juicio del Consejo de Estado, una actuación en tal sentido no es la más adecuada. Y ello porque, de un lado, la falta de definición legal de qué se entiende por prostitución a los efectos de la prohibición pudiera privar de eficacia a ésta y, de otro lado, porque no cabe deferir dicho concepto a una norma reglamentaria.

Tampoco se considera adecuado incluir en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, un concepto funcional de prostitución a efectos de publicidad porque ello podría distorsionar las categorías generales empleadas por dicho texto legal en sus títulos I y II.

La segunda de las formas a través de la cual alcanzar la finalidad proyectada sería el ejercicio de una iniciativa legislativa que se concretara en una norma legal distinta de la Ley General de Publicidad y que tuviere como objeto exclusivo la prohibición de la publicidad de la prostitución. En otros términos, en un texto legal independiente de la Ley vigente.

Una norma legal diferenciada permitiría acotar con exactitud y claridad el ámbito subjetivo y objetivo de la prohibición, evitando, como se ha dicho, eventuales distorsiones derivadas de la aplicación de las reglas generales de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre.

En esta disposición deberá establecerse de manera clara y terminante que queda prohibida la publicidad de la prostitución. A los efectos de dicha prohibición y para fijar su ámbito, debe introducirse en el texto legal un

concepto funcional de publicidad de la prostitución; esto es, un concepto de publicidad a los efectos de la propia disposición legal⁷². Quedarían en todo caso comprendidos en dicho concepto la inserción o exhibición de anuncios publicitarios que ofrezcan los servicios sexuales mediante contraprestación económica, que informen sobre los locales en los que se ofrecen dichos servicios o inciten directa o indirectamente al tráfico carnal o al comercio sexual mediante precio.

Por otra parte, procedería incluir en la noción funcional de publicidad de la prostitución que se prevea en el anteproyecto de ley los anuncios referidos a teléfonos eróticos o videoclubs pornográficos en los que no hay oferta de contactos carnales directos –y, por tanto, en puridad, no hay oferta de prostitución-. No dejaría de ser chocante que se prohibieran los anuncios de contactos en los periódicos pero pervivieran los de los citados teléfonos y videoclubs.

Parece conveniente, por otra parte, establecer para el caso de que la prohibición no alcance a los anuncios de los teléfonos eróticos y de los mencionados videoclubs que, en ningún caso, podrán incluirse en ellos imágenes que presenten a las personas como meros objeto sexuales.

El Consejo de Estado considera también que corresponde al Gobierno determinar el alcance de la prohibición de publicar anuncios de prostitución. Esta puede comprender a toda la prensa escrita⁷³ o sólo a una parte de ella, la denominada prensa escrita de información general o generalista. Ceñirla a este último supuesto -toda vez que es la que mayor alcance y difusión tiene y a la que tienen acceso comúnmente los menores- plantea un problema de determinación del ámbito de la prohibición casi insoluble habida cuenta, de una

⁷² Al modo del concepto contenido en el artículo 46.2 de la *Criminal Justice and Police Act de 2001* de Gran Bretaña.

⁷³ Incluso, en este caso, debería sopesarse si procede la exclusión de la prohibición respecto de la prensa para adultos.

parte, de la ausencia de un concepto jurídico de “prensa generalista” y, de otro, lo impreciso de su noción⁷⁴ en el ámbito periodístico y sociológico.

Así las cosas, en el caso de que se optara por limitar el ámbito de la prohibición a determinado tipo de prensa escrita, el Consejo estima que sería conveniente utilizar fórmulas que permitieran salvar esta dificultad. Entre ellas están, por ejemplo, la de recurrir a la noción de “prensa para adultos”, para excluir la publicidad de la prostitución en toda la que no tuviera éste carácter⁷⁵. O bien la de acudir al criterio de la publicidad comercial, para prohibir la de la prostitución en todos aquellos medios de prensa que acojan esta publicidad en términos generales. Este criterio está construido a partir de la idea de que una de las

⁷⁴ Las nociones de prensa generalista y prensa especializada no son jurídicas, sino sociológicas. Por prensa generalista se entiende aquella que se ocupa de los hechos que conforman la actualidad diaria. No elabora una información especializada, busca las fuentes de la información para llenar el contenido de sus noticias, trabaja con la información que proporcionan las fuentes oficiales, redacta textos informativos y se dirige a las masas. La prensa generalista se basa en la comunicación como forma genérica y en la rapidez. Como subcategoría de la prensa generalista se habla de la prensa amarilla para referirse a aquella que está compuesta por publicaciones sensacionalistas que buscan el impacto y el morbo, con grandes titulares de catástrofes. Frente a la prensa generalista, se presenta la prensa especializada, que no se limita a informar genéricamente sino que interpreta, valora y explica ámbitos temáticos precisos y complejos mediante la aplicación de una metodología específica. En concreto, la prensa especializada utiliza como recurso la documentación especializada y no las declaraciones públicas; comprueba sus datos con fuentes independientes; ofrece información con mayor nivel de profundidad; no centra su interés en las fuentes de información sino que elabora textos interpretativos y argumentativos sobre las consecuencias de la noticia, enfatizando en qué, cómo y por qué pasan las cosas. En tal sentido, BENITO, A.; *“Fundamentos de la Teoría General de la Información”*, Madrid, 1997; CASASUS, J.M. y NÚÑEZ LADEVEZE, L.; *“Estilos y géneros periodísticos”*, Barcelona, 1991; FERNÁNDEZ DEL MORAL, J.; “El periodismo especializado: un modelo sistémico para la difusión del conocimiento” en FERNÁNDEZ DEL MORAL (coord.), *“Periodismo especializado”*, Barcelona, 2004 y RODRIGO ALSINA, M.; *“Teoría de la Comunicación. Ámbitos, métodos y perspectivas”*. Valencia, 2001.

⁷⁵ La noción de “prensa para adultos” no está actualmente determinada en la legislación. Se trata de un concepto doctrinal de perfiles imprecisos (vid. BENEYTO, J.; *El saber periodístico*, Madrid, 1974; DOVIFAT, E.; *Periodismo*, Méjico, 1959). Hay dos concepciones de “prensa para adultos”: una, que la define como aquella que tiene por objeto depravar y corromper a aquellas mentes que están abiertas a las influencias inmorales y en cuyas manos pueda caer una publicación de esta índole y que arranca de la Ley británica sobre Publicaciones Obscenas de 1857 y otra que atiende a criterios objetivos de tal manera que merece tal calificación la que exhibe sexo completo o imágenes con vello púbico, etc. (vid.; HYDE, H.; *Historia de la pornografía*, B. Aires, s. a.).

razones que llevan a la prohibición es la de impedir que la prostitución pueda ser considerada como una actividad económica situada en el mismo plano ético que cualquier otra actividad lícita.

En la disposición legal a elaborar, deberá establecerse el correspondiente elenco de infracciones y sanciones para el caso de incumplimiento de la prohibición, con estricta sujeción al principio de tipicidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución y evitando fórmulas abiertas o genéricas.

Finalmente, es de señalar que el Estado tiene competencia para dictar una norma como la considerada conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.27ª de la Constitución que se la reconoce para aprobar las “normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social”.

VII. CONSIDERACIÓN FINAL

Aunque excede del ámbito del encargo recibido -que se ciñe a la posibilidad de prohibir los anuncios de prostitución en la prensa escrita, el Consejo de Estado debe señalar la conveniencia de ponderar la extensión de dicha prohibición a otros medios en el caso de que se estableciere aquélla.

En concreto, y en relación con las televisiones⁷⁶, debe considerarse el establecimiento de una prohibición expresa de los anuncios de prostitución no sólo en los horarios actualmente establecidos de forma genérica para la

⁷⁶ Tal y como está establecido en la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de Comunicación Audiovisual de Cataluña, que previene en su artículo 39.g) que “*son publicidad y telementa prohibidas la emisión, en horario protegido, de publicidad de servicios o establecimientos dedicados a la prostitución*”.

protección de los menores⁷⁷, sino también en otros horarios más amplios, pues aquéllos no se ajustan a los hábitos sociales⁷⁸.

⁷⁷ Como se ha señalado, el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección Jurídica del Menor, establece que “los menores tienen derecho a una información veraz y que los poderes públicos tienen la obligación de garantizar que la información que reciban los menores sea veraz y respetuosa con los principios constitucionales”.

Por su parte, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, establece que “está prohibida la emisión en abierto de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. El acceso condicional debe posibilitar el control parental. Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse entre las 22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. El indicador visual habrá de mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos. Asimismo, se establecen tres franjas horarias consideradas de protección reforzada tomando como referencia el horario peninsular: entre las 8 y las 9 horas y entre las 17 y las 20 horas en el caso de los días laborables y entre las 9 y las 12 horas sábados, domingos y fiestas de ámbito estatal. Los contenidos calificados como recomendados para mayores de 13 años deberán emitirse fuera de esas franjas horarias, manteniendo a lo largo de la emisión del programa que los incluye el indicativo visual de su calificación por edades.”

⁷⁸ Se ha señalado por el Consejo Audiovisual de Andalucía en su informe de 10 de enero de 2008 –y el Consejo de Estado comparte la conclusión expresada– que “(con base en estos artículos) se ha interpretado siempre que, a partir de las 22 horas, son los padres, madres y tutores quienes deben responsabilizarse de que los menores de edad no accedan a contenidos inadecuados y, por tanto, los organismos de radiodifusión televisiva tienen vía libre para emitir en abierto cualquier contenido por muy inadecuado que puedan resultar para la audiencia infantil y juvenil, como es el caso de los anuncios de contactos sexuales y de prostitución como de la pornografía (...). Sin embargo, los estudios de audiencia demuestran que la franja horaria protegida fijada entre las 6 y las 22 horas no responde a la realidad del país, máxime teniendo en cuenta que la protección a la que se hace referencia no afecta sólo a la infancia sino que alcanza hasta los 18 años de edad. En el primer semestre de 2007, y exceptuando la hora del almuerzo, el mayor “pico” de audiencia infantil y juvenil se produjo precisamente a partir de las 21,30 horas. A las 23,30 horas, había el mismo número de menores viendo la tele que a las 17 horas. Entre las 22,30 y las 23,30, el 25% de la audiencia era menor de edad. Además, 23 de cada 100 personas que veían a esa hora la televisión tenía menos de doce años. A las 24 horas, el 18 por ciento eran menores (...)”. Por todo ello, se concluye que “todo lo anterior hace necesario una regulación expresa de la emisión de anuncios de contactos sexuales emitidos a través de organismos de radiodifusión televisiva y nada impide que dicha publicidad pueda someterse a mayores restricciones horarias y a medidas técnicas que impidan el acceso de menores o incluso optar por su prohibición”.

Y, en relación con internet, debe sopesarse la pertinencia de establecer algún tipo de limitación –si ello es posible técnicamente- puesto que es sabido que son precisamente los más jóvenes los que más acceden a los contenidos de la red y, por consiguiente, los pueden hacer lo de los anuncios de prostitución que se insertan en ella.

Madrid, 9 de marzo de 2011
LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE LA PRESIDENCIA.