

Francisco Eguiguren Praeli^(*)

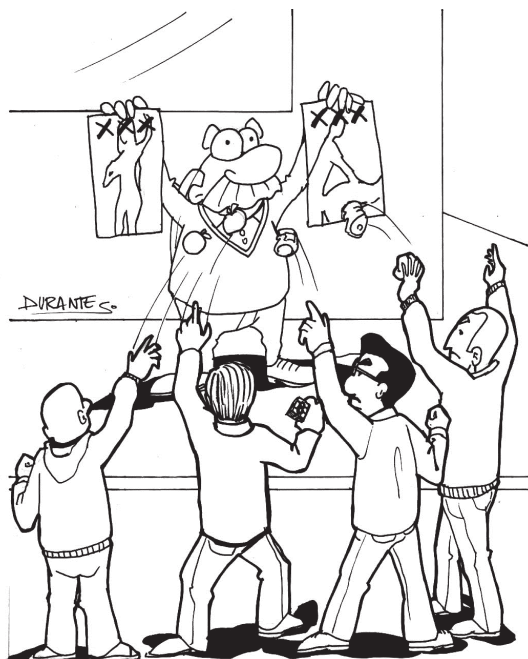
La propuesta de **prohibir la difusión** de anuncios que ofrecen servicios sexuales

«LA CONVENCIÓN SÓLO ADMITE LA CENSURA PREVIA DE LOS ESPECTÁCULOS PÚBLICOS, PARA EFECTOS DE LIMITAR EL ACCESO A ÉSTOS DE NIÑOS Y MENORES, POR RAZONES DE MORAL PÚBLICA Y PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA; ASÍ COMO LA PROHIBICIÓN DE LA DIFUSIÓN DE EXPRESIONES O INFORMACIONES QUE PROPICIEN O HAGAN APOLOGÍA DEL ODIO O LA VIOLENCIA»

Hace algunos meses, el Congreso de la República aprobó el Proyecto de Ley 00293-2006-CR, destinado a prohibir la difusión, en cualquier medio de comunicación social, de anuncios que ofrecen servicios sexuales. La propuesta fue una iniciativa legislativa de la Célula Parlamentaria Aprista, que recibió dictamen favorable de las comisiones de Transportes y Comunicaciones, de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos. A pesar de las implicancias constitucionales del tema, la propuesta no fue sometida al análisis y dictamen de la Comisión de Constitución. En mayo del 2007, el Proyecto de Ley fue aprobado en primera votación, quedando pendiente, hasta el momento según entendemos, la segunda votación definitiva.

Esta propuesta legislativa supondría la imposición de limitaciones a los derechos de libertad de expresión e información, libertad de contratación, y difusión de publicidad comercial, protegidos por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, considero de interés académico realizar un análisis sobre la compatibilidad constitucional de dicha propuesta legislativa y la razonabilidad y proporcionalidad de las restricciones que conlleva para el ejercicio de tales derechos.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil **ius et veritas**.



1. Contenido y fundamento de la propuesta legislativa

El texto aprobado de la propuesta legislativa bajo análisis tiene, en forma sucinta, el contenido siguiente:

a) Se señala como objeto de la ley prohibir la difusión de anuncios que ofrezcan servicios sexuales y/o pornografía en cualquier medio de comunicación social (artículo 1); quedando a partir de su vigencia prohibida la difusión de tales anuncios (artículo 2).

b) Los fundamentos expuestos como justificación de la norma, son la protección de la vida y salud de los usuarios de los servicios sexuales ofrecidos por los anuncios, en especial frente al riesgo de la adquisición de enfermedades de transmisión sexual o del SIDA. Igualmente el combate a la prostitución clandestina, por considerarla una actividad antisocial, contraria a la dignidad de la persona. Asimismo la preservación de la formación moral de la niñez y adolescencia.

c) Corresponde a las municipalidades provinciales y/o distritales, en cuyo ámbito opera el medio de comunicación social, denunciar los anuncios infractores de la ley ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi, sin perjuicio de que esta actúe de oficio (artículo 3).

«LA FISCALIZACIÓN Y EVENTUAL SANCIÓN O RESPONSABILIDAD, SIEMPRE CORRESPONDERÁN APLICARSE CON POSTERIORIDAD A LA DIFUSIÓN DEL ANUNCIO»

d) Se modifica el artículo 3 del Decreto Legislativo 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, precepto que impone restricciones a los anuncios comerciales y señala que no deberán incentivar, apoyar o estimular cualquier forma de ofensa, discriminación o actividades antisociales, criminales o ilegales; añadiendo, en la parte final del precepto, que tampoco estimularán actividades «que pongan en peligro la salud y la vida de las personas» (artículo 4).

e) Se modifica el artículo 40 de la Ley 28278 - Ley de Radio y Televisión, que dispone evitar la difusión de contenidos violentos, obscenos o que afecten los valores inherentes a la familia, niñez y adolescencia durante el horario familiar, extendiendo este (que actualmente es de 6.00 a.m. a 22.00 p.m.) desde las 6 horas de la mañana hasta las 24 horas de la noche (artículo 5).

2. La libertad de expresión e información como derechos fundamentales en una sociedad democrática y pluralista

La Constitución peruana de 1993, en el numeral 4 de su artículo 2, reconoce como derecho fundamental la libertad de

Francisco Eguiguren Praeli

expresión e información, señalando que toda persona tiene derecho:

«4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (...)».

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, de manera ciertamente más integral, reconoce en su artículo 13 el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, disponiendo lo siguiente:

«Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

(...)

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de

personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional».

Debe tenerse en cuenta que nuestra Constitución, en la cuarta de sus disposiciones finales y transitorias, establece que «las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Esta necesaria interpretación del contenido y alcances de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, de conformidad con las normas de tratados sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, supone otorgar a los preceptos de dichos tratados la condición de un parámetro superior al cual debe adecuarse la interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución y su aplicación. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha confirmado este rango superior o supraconstitucional de las normas internacionales sobre derechos humanos; del mismo modo, el artículo V del Código Procesal Constitucional establece:

«El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».

Teniendo en cuenta lo establecido en la Convención Americana de Derechos

Humanos y nuestra Constitución, pasaremos a precisar y analizar algunos aspectos fundamentales sobre el contenido, los alcances y límites de las libertades de expresión e información.

2.1. El nuevo contenido de las libertades de expresión e información

Como consecuencia del desarrollo del sistema democrático y de la tecnología de las comunicaciones, el antiguo derecho a la libertad de expresión ha adquirido una nueva dimensión, más amplia e integral, tanto respecto a sus alcances y contenido jurídico, como a los medios a través de los cuales se ejerce y desenvuelve. Asimismo, la cultura democrática impone la vigencia de una sociedad respetuosa de la tolerancia y el pluralismo en el campo de la expresión y libre difusión de las ideas, opiniones e informaciones.

Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional Español, la libertad de expresión «tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor» (STC 6/1988, del 21 de enero). Como tal, su límite solo está fijado en el respeto a los derechos de los demás, no estando sujeta a un requisito o exigencia de veracidad. La libertad de información, por su parte, supone la comunicación o difusión de hechos, acontecimientos, sucesos; tendiéndose actualmente a imponerle un deber de veracidad, por estar referida a aspectos verificables. De este modo, puede decirse que el contenido de las libertades de expresión e información comprende esencialmente los siguientes aspectos:

a) El derecho de expresar y difundir libremente las opiniones, ideas o pensamientos de cualquier índole e informaciones; ya sea por medio oral, escrito, audiovisual o por cualquier procedimiento elegido por el emisor, sin necesidad de autorización ni censura previas. En este ámbito, se reconoce a toda persona el derecho y la libertad de ser el sujeto emisor de las opiniones o informaciones.

b) El derecho de toda persona a recibir libremente la información y opiniones producidas por otros o existente, sin interferencias ni censura que impidan su circulación, difusión o acceso a los usuarios o receptores.

c) El derecho de toda persona a procurar, buscar, investigar y obtener informaciones, así como a difundirlas.

2.2. Restricciones a la libertad de expresión e información

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13.2. (al igual que lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) contempla expresamente algunas causales que autorizan la restricción de los derechos a la libertad de expresión e información, siendo estas: (i) el respeto a los derechos y reputación de los demás; y, (ii) razones de seguridad nacional y orden público, de salud y moral pública. Pero debe tenerse muy presente que nuestra Constitución (artículo 2, inciso 4) y la propia Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 13.2.), consignan como regla la prohibición de condicionar o impedir la libre expresión e información mediante cualquier forma de autorización, censura previa o prohibición; siendo solo procedente la exigencia de responsabilidad ulterior por los actos que violen las restricciones impuestas a estas libertades o que conlleven un uso abusivo o indebido de este derecho.

En consecuencia, cualquiera de las causales previstas en la Convención como fundamento para imponer restricciones a las libertades de expresión e información (sean el respeto a los derechos de los demás, o las razones de seguridad nacional, orden público, salud o moral pública), solo hacen admisible que la ley establezca responsabilidades ulteriores pero no que imponga, basándose en ellas, forma alguna de censura previa o prohibición de la difusión de expresiones o informaciones.

Francisco Eguiguren Praeli

Esta opción en favor del respeto de las libertades de expresión e información, sustento imprescindible de una sociedad democrática, pluralista y tolerante, que debe reafirmarse en tales valores a pesar de los conflictos que afronte, exige de quienes expresan opiniones o difunden información una actitud ponderada, objetiva y responsable; imbuida del firme compromiso con valores y principios éticos y democráticos, que garanticen la preservación de estos por encima de actitudes sensacionalistas o distorsionadoras, por ser ellas contrarias precisamente a la preservación del sistema democrático y de una prensa libre.

Respecto al tema específico de la moral pública, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a propósito del caso *Hertzberg v. Finlandia*, ha precisado que «cabe señalar que la moral pública difiere ampliamente. No hay una norma de aplicación universal. Por consiguiente, hay que conseguir un cierto margen de discreción a las autoridades nacionales pertinentes». Con ello se reconoce que el contenido y alcances del concepto «moral pública» adolecen de cierta imprecisión y ambigüedad, lo que admite que sea interpretado y definido por el legislador nacional y los órganos jurisdiccionales. Aunque consideramos que estos tendrán que sujetarse a los valores proclamados por la Constitución y a las conductas y valores mayoritariamente aceptados y respetados socialmente.

No olvidemos que la Convención Americana de Derechos Humanos establece que, para efectos de la exigencia de la responsabilidad ulterior motivada en la violación de la moral o salud pública, a raíz del ejercicio de la libertad de expresión e información, dicha responsabilidad debe estar «expresamente fijada por ley». Además, debe acreditarse que la medida restrictiva impuesta resulte necesaria para asegurar la moral o salud pública, de modo que se requerirá una fundamentación de tal necesidad, es decir, una justificación razonable y objetiva de la medida y de la sanción, no bastando su mera invocación.

En consecuencia, de conformidad con la Convención, el legislador está habilitado para imponer por ley responsabilidades ulteriores y sanciones a quienes afecten la moral o salud pública a través del ejercicio indebido de las libertades de expresión e información, pero siempre en el marco de una justificación a la necesidad y razonabilidad

de la medida, acorde con una sociedad democrática.

2.3. Casos excepcionales donde se admite la censura previa y prohibiciones respecto a las libertades de expresión e información

A pesar que nuestra Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos establecen como regla la prohibición de toda forma de censura previa o impedimento de ejercicio de las libertades de expresión e información, la Convención sí contempla expresamente algunos casos excepcionales donde ello sí está permitido y autorizado.

Es así que mediante el artículo 13, inciso 4, la Convención autoriza imponer censura previa en el acceso a los espectáculos públicos, bajo la invocación de salvaguarda de la moral pública y siempre que esta exigencia esté contemplada por ley y que su finalidad sea únicamente la protección de la infancia y de la adolescencia. De ello se desprende que no cabe una prohibición absoluta de tales espectáculos, sino una regulación, en base al criterio objetivo de la edad, que impida el acceso a estos espectáculos, en aras de la protección de un determinado sector de la sociedad, a los niños y adolescentes. Es decir, que se podrá excluir o impedir el acceso al espectáculo a los menores de edad, pero no prohibir o afectar su difusión o realización. Por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *La última tentación de Cristo v. Chile*, consideró que la decisión de impedir la exhibición de dicha película acarrearía una violación de la Convención; igualmente en el caso *Palamara v. Chile*, por la prohibición de circulación de un libro.

También en el inciso 5 del mismo artículo 13 de la Convención, se contempla y

autoriza una prohibición o censura genérica de la difusión de cualquier expresión o información que propicie o suponga una apología a la guerra, el odio o la violencia, por razones de nacionalidad, religión, origen, raza o motivos análogos. Dicha norma dispone: «Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional». Considero que esta prohibición de expresiones o informaciones que promuevan o inciten al odio o la violencia, habilitaría también a una censura de tales mensajes, aunque el tema no ha sido suficientemente analizado ni debatido.

En consecuencia, la Convención solo admite la censura previa de los espectáculos públicos, para efectos de limitar el acceso a estos de niños y menores, por razones de moral pública y protección a la infancia y adolescencia; así como la prohibición de la difusión de expresiones o informaciones que propicien o hagan apología del odio o la violencia. No cabe, pues, que el legislador pueda invocar otras razones para imponer por ley alguna forma de censura previa o prohibición de difusión de expresiones, opiniones o informaciones.

3. Publicidad comercial y restricciones a la difusión de anuncios

La publicidad comercial puede definirse como una forma de comunicación pública que busca fomentar, de manera directa o indirecta, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores (Indecopi: lineamientos sobre publicidad comercial). Así, el anuncio publicitario es una comunicación dirigida al público de potenciales consumidores, teniendo el mensaje publicitario la finalidad de promover el consumo de bienes y servicios. La norma básica en materia de publicidad comercial es el Decreto Legislativo 691, Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, cuyo Texto Único Ordenado se aprobó mediante Decreto Supremo 039-2000-ITINCI.

Consideramos que los denominados «anuncios de servicios sexuales» que se difunden por los medios de comunicación social, cuya prohibición dispone la proyectada ley, constituyen anuncios de publicidad comercial, pues su finalidad es incitar al público la contratación de los servicios del anunciante. Como tales, se encuentran sometidos a la regulación establecida en el TUO de la Ley sobre Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Dicha norma impone diversas restricciones a los anuncios publicitarios, pudiendo mencionar, entre las que pueden tener alguna vinculación o aplicación con el tema que nos ocupa, las siguientes:

a) Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa. Los anuncios no pueden incluir nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades (TUO artículo 3).

b) Los anuncios referidos a servicios de llamadas telefónicas de contenido erótico, por ejemplo, por estar dirigidas al entretenimiento de personas adultas, solo están permitidos de publicarse en prensa escrita de circulación restringida para adultos; su difusión por medio de la radio o televisión, solo se autoriza entre las 00.00 horas y las 06.00 de la mañana. El anuncio tendrá que consignar el destino de la llamada, la tarifa por minuto, el horario en que se aplica, la identificación del anunciante, y de la agencia de publicidad, de ser el caso (TUO artículo 9, segundo párrafo). Los anuncios sobre tabaco y bebidas de alto contenido alcohólico, también se sujetan a esos horarios y a diversas exigencias específicas.

Francisco Eguiguren Praeli

c) La trasgresión de las normas sobre restricciones impuestas a los anuncios, cuando se producen por razones de su difusión, generan responsabilidad tanto para el anunciante como para el medio de comunicación social (TUO artículo 13).

d) Las sanciones que se impongan por la infracción de las normas y restricciones sobre publicidad comercial, consistirán en amonestaciones y multas; sin perjuicio de la competencia de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi para disponer la cesación y retiro del anuncio o la rectificación publicitaria (TUO artículo 16).

e) Está prohibido el control previo de la publicidad en cualquier área o sector de la actividad económica, sin excepción. La fiscalización de los anuncios, en todos los casos, solo podrá realizarse con posterioridad a la difusión de estos (TUO. artículo 29).

En consecuencia, las normas sobre publicidad comercial permiten imponer ciertas restricciones a la difusión de anuncios cuyo contenido está dirigido a población adulta (horario, forma de publicación o difusión) pero, en armonía con lo dispuesto por la Constitución y el Pacto de San José, no autorizan la imposición de ningún tipo de control, prohibición o censura previa. La fiscalización y eventual sanción o responsabilidad, siempre corresponderán aplicarse con posterioridad a la difusión del anuncio.

Por su parte, la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, en su artículo 40, dispone que la programación que se difunda dentro del horario familiar (comprendido entre las 6 de la mañana y las 10 de la noche) «debe evitar los contenidos violentos, obscenos o de otra índole, que puedan afectar los valores inherentes a la familia, los niños y adolescentes...». A su vez, el artículo 43 prohíbe la difusión de pornografía, indicando que «los servicios de radiodifusión no pueden difundir programas con contenido pornográfico o que promuevan el comercio sexual». Aunque esta norma sugiere una prohibición absoluta, debe tenerse en cuenta que se encuentra ubicada en el capítulo de la ley sobre horario familiar, por lo que se trataría, en realidad, de una restricción durante dicho horario pero no de una prohibición o censura genérica, que no está permitida por el citado decreto legislativo.

4. El Proyecto de Ley aprobado y sus implicancias respecto a los derechos constitucionales que se restringen

El Proyecto de Ley aprobado en el Congreso, como ya dijimos, prohíbe la difusión de anuncios que ofrezcan servicios sexuales o pornografía en cualquier medio de comunicación social. Se señala como fundamento de esta norma, que los referidos anuncios publicitarios encubren e incentivan la prostitución clandestina, considerándola una actividad antisocial que vulnera la dignidad de la persona y pone en riesgo la salud y la vida de los usuarios de tales servicios, que pueden adquirir enfermedades de transmisión sexual o el SIDA. También afecta la formación de niños y adolescentes, que pueden tener acceso a la información de esta índole que difunden los medios de comunicación social.

Si bien el objetivo de imponer algún mayor control o restricción especial a la difusión de este tipo de anuncios en los medios de comunicación social de carácter masivo puede resultar justificado, la norma aprobada conllevaría la afectación o violación de diversos preceptos sobre derechos fundamentales contenidos en la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos. Veamos:

a) Imponer una prohibición genérica a la difusión de anuncios que ofrezcan servicios sexuales en cualquier medio de comunicación social, vulnera la Convención Americana de Derechos Humanos, que solo admite la prohibición de expresiones e informaciones cuando incitan o hacen apología de la guerra, el odio o la violencia

(artículo 13.5.); asimismo, la Convención prohíbe toda forma de censura previa a la comunicación de información, salvo cuando se trata de limitar el acceso de menores a espectáculos públicos (artículo 13.4.), estableciendo como regla la responsabilidad ulterior del infractor (artículo 13.2.). La Constitución también prohíbe toda forma de censura previa o impedimento para la difusión y circulación de las opiniones e información (artículo 2, inciso 4).

b) En el Proyecto de Ley y los dictámenes que lo sustentan, se incurre en una interpretación errada de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto a las restricciones que esta autoriza por razones de salud o moral pública. Y es que, si bien, en el artículo 13.2., literal b, la Convención admite que la ley pueda imponer restricciones a la difusión de opiniones o información para asegurar la protección de la salud o moral pública, no puede olvidarse que tales limitaciones solo operan para efectos de una responsabilidad ulterior, pero no para autorizar la censura previa o prohibiciones de la difusión.

c) La propia invocación de la protección de la salud y la vida de los potenciales usuarios de los servicios anunciados, que se señala como fundamento para la prohibición impuesta y se consigna como añadido al artículo 3 del TUO del Decreto Legislativo 691, que establece normas sobre publicidad en defensa del consumidor, resulta más que discutible. Y es que la imposición de restricciones o prohibiciones al ejercicio de derechos fundamentales debe estar sustentada en motivaciones y consideraciones que aparezcan razonables y proporcionadas. Estimamos que deducir que el ofrecimiento de servicios sexuales pueda generar el riesgo de adquisición del SIDA, resulta exagerado y desproporcionado, toda vez que las personas que utilicen estos servicios, pueden adoptar las precauciones o medidas que las protejan de tal riesgo.

d) Por lo demás, la incorporación del añadido en el artículo 3 del TUO del Decreto Legislativo 691, dispuesta en el artículo 4 de la proyectada ley, a fin de que los anuncios publicitarios no puedan contener nada que parezca estimular, apoyar o enaltecer actividades que pongan en peligro la salud o la vida de las personas, resulta asistemática y conlleva una errada interpretación del Decreto Legislativo acerca de los principios que rigen la

«SI BIEN EL OBJETIVO DE IMPONER ALGÚN MAYOR CONTROL O RESTRICCIÓN ESPECIAL A LA DIFUSIÓN DE ESTE TIPO DE ANUNCIOS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DE CARÁCTER MASIVO PUEDE RESULTAR JUSTIFICADO, LA NORMA APROBADA CONLLEVARÍA LA AFECTACIÓN O VIOLACIÓN DE DIVERSOS PRECEPTOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES»

publicidad comercial. Y es que el Decreto, en su artículo 29, reafirma expresamente como regla, en armonía con lo dispuesto en la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, que cualquier fiscalización o sanción a los anuncios publicitarios será posterior a su difusión pero no una prohibición o censura previa. De modo que no por incluir este añadido en el artículo 3 del TUO, se le puede entender o pretender como un fundamento o causal que habiliten una prohibición.

e) Existen numerosos productos, bienes y servicios que se anuncian y comercializan libremente en el mercado, publicitándose en los medios de comunicación social, cuyo abuso o uso indebido puede generar graves riesgos directos para la vida o la salud de las personas (cigarrillos, bebidas alcohólicas, medicamentos). Sin embargo, no por ello se prohíbe los anuncios que los publicitan, sino que se les impone a estos

Francisco Eguiguren Praeli

ciertas restricciones en cuanto a su contenido (inclusión de advertencias) y formas de difusión (horario). En consecuencia, la prohibición genérica de difusión de este tipo de anuncios publicitarios, dispuesta por la proyectada ley, podría ser acusada de violar la Constitución por suponer una discriminación y atentado contra la igualdad, al imponer una exclusión y un trato diferenciado, carente de fundamento razonable y proporcionado, en agravio de quienes contratan este tipo de anuncios.

f) La publicidad forma parte de la actividad comercial y quienes contratan la publicación del anuncio publicitario (el anunciante del producto o servicio y el medio de comunicación por el que se difundirá) ejercen el derecho a la libertad de contratación. Nuestra Constitución, en su artículo 2, inciso 14, garantiza a toda persona el derecho «a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público». A su vez, el artículo 59 reconoce las libertades de trabajo, empresa y comercio, pero precisa que «el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas». Ciertamente que en aplicación y desarrollo de estas normas constitucionales, de considerarse que una determinada actividad comercial, trabajo o acuerdo contractual resulte contrario a la moral o salud pública, podría la ley prohibir su ejercicio, adquiriendo dicha ley la categoría de norma de orden público. Sin embargo, estas disposiciones generales tendrían que interpretarse de manera sistemática y respetando el principio de unidad de la Constitución, lo que impediría una prohibición genérica de la difusión en medios de comunicación social de anuncios publicitarios sobre el ofrecimiento de servicios sexuales, que no constituyen una actividad ilícita, tanto por conllevar una censura y prohibición no autorizadas por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, como porque el grado de afectación y limitación a estos derechos no resultaría razonable ni proporcionada.

5. Inconsistencias y deficiencias técnicas del Proyecto de Ley que afectan su eficacia y utilidad

Sin perjuicio de las vulneraciones a la Constitución ya señaladas que implicaría el Proyecto de Ley aprobado por el Congreso, encontramos que su formulación adolece

también de algunas deficiencias e inconsistencias de orden técnico, que afectarían su aplicación y le restarían eficacia.

5.1. Imprecisión en la calificación del contenido y mensaje del anuncio

Según la propuesta legislativa, los anuncios en medios de comunicación que se pretenden prohibir estarían referidos al ofrecimiento de «servicios sexuales». En realidad es frecuente, como reconoce el propio dictamen de la ley, que la mayoría de estos anuncios no hagan una referencia expresa ni directa a la oferta de servicios sexuales, sino que aludan a servicios de relajación, masajes, etcétera. Aunque lo consignado en el texto del anuncio suele sugerir otro tipo de prestaciones adicionales, como la referencia a las características físicas o «atractivos» de quien los brinda, se presentaría un problema de tipificación y calificación del contenido del anuncio publicitario, no solo para que encaje en el rubro de la (no permitida) prohibición, sino también para la imposición de eventuales sanciones por responsabilidad ulterior.

Es un principio fundamental, tomado del derecho penal y hoy extendido al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, que la tipificación de las conductas o contenidos del anuncio publicitario correspondan con precisión a la infracción que ha de sancionarse. Y por la propia naturaleza de los servicios y la forma solapada o encubierta en que se ofrecen, se dificulta su calificación como publicidad referida a «servicios sexuales». Con ello, la aplicación práctica y efectiva de la ley se vería bastante limitada o afectada.

5.2. La protección de la niñez y adolescencia

Tratándose de la radio y televisión, el establecimiento de un horario familiar para proteger también la formación de la infancia y niñez, constituye una forma razonable y suficiente de restricción a la difusión de anuncios con contenido peligroso o que puedan afectar la moral pública y la preservación de valores socialmente respetados. Algo similar, aunque con menor margen de control y seguridad, se produce con las publicaciones impresas dirigidas a público adulto. Pero siempre será posible que puedan acceder a estas los niños y adolescentes, situación que se incrementa tratándose de publicaciones impresas de difusión amplia, como los diarios y revistas, que pueden circular libremente incluso en el ambiente familiar. Mucho menos fácil de controlar resulta el acceso a este tipo de publicidad por internet.

De modo que existen medios de comunicación que, por sus características, relativizan significativamente la eficacia de las restricciones impuestas a este tipo de anuncios. Pero no debe caerse en el error, que comete la ley propuesta, de confundir el efecto de un simple anuncio con el uso mismo de la actividad o servicio publicitado. Para empezar, parece poco probable que los niños revisen los anuncios publicitarios que aparecen en la sección de avisos clasificados de los diarios, o que al leerlos adviertan el contenido encubierto de los servicios sexuales que se ofrecen. Por lo demás, mucho más llamativo resultan las imágenes y fotografías que aparecen libremente en diarios y revistas, en lugares distintos a la sección de anuncios clasificados, que pueden ser vistas por niños y adolescentes. Pero aunque los menores puedan revisar tales anuncios, ello no implica que necesariamente accedan al servicio ofertado, pues ello demanda la disposición de los recursos económicos necesarios para pagarlos y requeriría el ulterior contacto con la persona que los brinda, quien se vería expuesta a responsabilidades penales por una relación de este tipo con menores.

Por lo expuesto, consideramos que aunque los menores puedan acceder a anuncios que ofrecen, de manera expresa o encubierta, servicios sexuales, ello no permite afirmar que, necesariamente, recurrirán a tales servicios. Con lo cual, el anuncio no sería demasiado diferente de cualquier otro referido a actividades que conllevan algún riesgo u objeción de índole moral. El riesgo de que se produzca el

peligro para la vida o la salud pública, que fundamenta la propuesta de ley, tendría así difíciles posibilidades siquiera de concretarse.

5.3. La denuncia y la sanción del infractor

Si bien es razonable que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de Indecopi sea competente para conocer de las denuncias en esta materia, por ser la instancia encargada de la supervisión y control de infracciones en la publicidad comercial, y que también pueda iniciar procedimientos de oficio, no encontramos fundamento suficiente para restringir la titularidad de las denuncias a las municipalidades. Gran parte de los medios de comunicación por los cuales se difunden este tipo de anuncios, no tienen una ubicación local. Además, diversas instituciones u organizaciones de la sociedad perfectamente podrían también efectuar tales denuncias, quizás con mayor eficacia que las municipalidades.

Respecto a la imputación de responsabilidad e imposición de sanciones, resulta poco probable y, seguramente, muy ineficaz, que se pueda emplazar y efectivizar una sanción económica contra las personas individuales que hacen estos anuncios ofreciendo sus servicios. Por lo general, en tales anuncios solo se consigna un número de teléfono celular del anunciante, lo que generaría dificultades para ubicar su dirección a efectos de notificarlo de la denuncia; también habrían dificultades para efectivizar el cobro de una eventual sanción de contenido económico. De allí que, probablemente, el principal destinatario de las sanciones sería el medio de comunicación por el que se difunde el anuncio. Ello favorecería que, de imponerse en la ley algunas restricciones

Francisco Eguiguren Praeli

y exigencias a la difusión de estos anuncios, sin que ello suponga su prohibición, los propios medios de comunicación adopten previsiones para controlar que los anuncios no incurran en infracciones a la ley, sea por su contenido (lenguaje e imágenes) o por la forma u horario de su difusión.

6. Reflexiones finales y conclusiones

La prohibición de difusión de anuncios que ofrezcan «servicios sexuales» en cualquier medio de comunicación social, que propugna la ley, viola la proscripción de toda forma de censura previa y las causales de prohibición contempladas en la Convención Americana de Derechos Humanos y en nuestra Constitución, que imponen como regla la responsabilidad ulterior en caso de un ejercicio abusivo de las libertades de expresión e información. También vulneraría la normativa nacional sobre publicidad comercial, donde el principio rector es la fiscalización y sanción ulterior a la difusión del anuncio, pero nunca su prohibición o censura previa. Los supuestos invocados por el Proyecto de Ley, protección de la salud o moral pública, permiten en la Convención la imposición de restricciones y sanciones por responsabilidad ulterior fijadas en una ley, pero no autorizan una censura previa ni corresponden a los supuestos previstos para una prohibición, que está restringida a casos de incitación o apología de la guerra, el odio o la violencia.

No siendo admisible, ni compatible con la Constitución o la Convención, la imposición por la ley de una prohibición genérica de la difusión de anuncios que ofrezcan «servicios sexuales» en medios de comunicación social, si cabría perfeccionar las normas sobre condiciones y restricciones para su difusión. Así, tratándose de la radio y televisión, la restricción existente en cuanto a la difusión de ciertos contenidos durante el denominado horario familiar, parece suficiente. El caso de las publicaciones impresas es más complejo, pues se hace más difícil impedir el acceso de los niños y adolescentes a estas por su forma de circulación. Sin perjuicio de que los anuncios publicitarios de servicios sexuales se publiquen preferentemente en medios dirigidos a público mayor de edad y adulto, podrían proponerse ciertos criterios de forma y contenido que deberían respetar los

anuncios de esta índole que se publiquen en medios de comunicación escrita de alcance masivo, como diarios o revistas.

La vinculación que hace el Proyecto de Ley a la protección de la salud y la vida de las personas, como fundamento para «justificar» la inconstitucional prohibición propuesta, no ofrece mayor consistencia ni luce razonable o proporcional. Así como no existe necesaria relación entre la difusión del anuncio y la ulterior contratación del servicio ofrecido, en especial tratándose de niños o menores, tampoco puede afirmarse que este tipo de relaciones sexuales conlleven el riesgo de adquirir el SIDA o que ello no pueda ser evitado o prevenido. En todo caso, aunque existiera tal riesgo, ello habilitaría a imponer sanciones ulteriores a los responsables, pero no una prohibición o censura previa de la difusión del anuncio.

La tipificación y calificación del anuncio como de oferta de «servicios sexuales», en los términos que aparece en el Proyecto de Ley, no solo resulta imprecisa sino que tendría pocas posibilidades de aplicación o eficacia concreta, en especial porque rara vez tales servicios se ofrecen de manera explícita. Más aun, de entrar en vigencia esta ley, seguramente los anunciantes buscarían utilizar contenidos que evadan sus alcances. Puede asumirse, además, que lo más probable es que las eventuales sanciones que se impongan, ante la dificultad de efectivizarlas contra los anunciantes individuales, terminen aplicándose a los medios de comunicación, quienes también son responsables cuando el anuncio infringe algunas de las normas referidas a su difusión.

Estando proscrito el establecimiento de una prohibición genérica o censura a este

tipo de anuncios, el régimen de responsabilidad ulterior a aplicarles no solo resulta compatible con la Constitución, la Convención Americana de Derechos Humanos y los principios de represión en materia de publicidad comercial indebida, sino que puede resultar mucho más eficaz. En este sentido, los medios de comunicación social escrita de difusión

amplia, podrían ser responsables de verificar que los textos o imágenes que se consignen en los anuncios a difundir, no contengan frases o ilustraciones consideradas mayormente como violatorias del lenguaje o formas que pueden utilizarse en la publicidad comercial, en resguardo de la moral pública y de la protección de niños y adolescentes. De no hacerlo, tales medios de comunicación deben ser los responsables de la infracción y receptores de la sanción que se imponga.