

Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “*Liquormart, Inc. and Peoples Super Liquor Stores, Inc., Petitioners v. Rhode Island and Rhode Island Liquor Stores Association*”*

[En el presente caso, dos empresas que se dedicaban a la venta de bebidas alcohólicas al por menor, cuestionaron ante un juez federal la validez constitucional de una ley del estado norteamericano de Rhode Island que prohibía efectuar publicidad comercial respecto del precio de venta al público de bebidas alcohólicas. Luego de que la Cámara Federal revocó la decisión del juez de primera instancia que había declarado que la ley local era contraria a la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense,¹ las empresas apelaron ante la Corte Suprema Federal que habilitó su jurisdicción para examinar los argumentos de las partes. A continuación se transcribe parcialmente el voto del juez Stevens quien expresó la opinión de la mayoría del Tribunal]

III

...La publicidad ha sido parte de nuestra cultura a través de nuestra historia. Aun en la época colonial, el público confiaba en el “discurso comercial” para obtener información vital acerca del mercado. Los primeros periodicos exhibían avisos de bienes y servicios en sus paginas centrales y los pregoneros voceaban los precios en las plazas públicas...

De acuerdo con el papel que los mensajes comerciales han jugado desde antiguo, el derecho se ha desarrollado para asegurar que la publicidad brinde a los consumidores información correcta acerca de la disponibilidad de bienes y servicios. En los primeros años, el derecho judicial y, posteriormente, las leyes, sirvieron el interés de los consumidores en la recepción de información exacta en el mercado comercial al prohibir avisos fraudulentos y engañosos. Sin embargo, no fue hasta la década de los setenta que esta Corte resolvió que la Primera Enmienda protegía la diseminación de mensajes comerciales veraces y no engañosos acerca de productos y servicios legítimos...

En el caso *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S.809 (1975), resolvimos que era un error suponer que el discurso comercial no merecía protección alguna de la Primera Enmienda o que carecía de todo valor en el mercado de las ideas²...Al año siguiente, en el caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens*

* Traducción, selección y notas de Hernán Victor Gullco. Sentencia del 13/5/1996. Publicada en *United States Law Week* del 14/5/96 (64 LW 4313).

1. Esta norma está redactada, para lo que al caso interesa, en los siguientes términos: “El Congreso no dictará leyes que...restrinjan la libertad de expresión o de prensa”.

2. En la jurisprudencia estadounidense el concepto del “mercado de las ideas” se remonta a un voto disidente del juez Holmes en el caso *Abrams v. United States*, 250 U.S.616 (1919). Esta teoría parte de la premisa de que la verdad acerca de una cuestión controvertida surgirá de la libre discusión entre las ideas en conflicto, que se lleva a cabo “en el mercado de las ideas”. La teoría supone que el mercado terminará eligiendo la “mejor” idea. (conf. Stone, Geoffrey R. y otros, *Constitutional Law*, 2a.ed., Little, Brown and Company, pags.1017 y ss.).

Consumer Council Inc., 425 U.S.748 (1976), expandimos nuestra doctrina y resolvimos que una prohibición estadual absoluta en la publicidad del precio de medicamentos violaba la Primera Enmienda.

El caso *Virginia Pharmacy Bd.* reflejaba la conclusión de que el mismo interés que justifica la regulación de la publicidad potencialmente engañosa, esto es el interés del público de recibir información comercial exacta, también justifica una interpretación de la Primera Enmienda que otorgue protección constitucional a la diseminación de mensajes comerciales exactos y no engañosos. Dijimos **[en esa oportunidad]**:

“La publicidad, por mas vulgar y excesiva que pueda parecer a veces, constituye sin embargo la diseminación de información acerca de quien está produciendo y vendiendo un producto determinado, por qué motivo y a qué precio. En tanto y en cuanto mantengamos una economía que sea predominantemente de libre empresa, la distribución de nuestros recursos será realizada en gran medida a través de numerosas decisiones económicas privadas. Es una cuestión de interés público que esas decisiones sean, en su conjunto, inteligentes y bien informadas. A este fin, el libre flujo de información comercial es indispensable...”

Dicha opinión explicaba, además, que la suposición paternalista del Estado de que el público utilizará en forma poco inteligente la información comercial veraz y no engañosa no podía justificar la decisión de eliminarla:

“Existe, por supuesto, una alternativa a este enfoque altamente paternalista. Esta alternativa consiste en suponer que esta información no es en sí misma dañina, que la gente se dará cuenta cuales son sus mejores intereses únicamente si están lo suficientemente informados y que la mejor manera para alcanzar ese objetivo es abrir los canales de información y no cerrarlos. Si éstos están verdaderamente abiertos, nada impide que el farmacéutico ‘profesional’ comercialice su producto supuestamente superior, contrastándolo con el minorista de medicamentos que vende a bajo costo y en grandes cantidades. Pero la elección entre estos enfoques alternativos no debe ser hecha por nosotros o por la Asamblea Legislativa de Virginia. Es precisamente esa clase de elección -la que existe entre los peligros de suprimir información y los peligros de su abuso si ésta se encuentra disponible libremente- que la Primera Enmienda ya hace por nosotros...”

Con base en estos principios, en nuestros primeros casos se invalidaron en forma uniforme varias prohibiciones genéricas -que tenían objetivos no relacionados con la protección del consumidor-de discurso comercial veraz y no engañoso. En verdad, en uno de esos casos se puso de relieve la similitud del fundamento empleado en *Virginia Pharmacy Bd.* al utilizado por el juez Brandeis en su voto concurrente en *Whitney v. California*, 274 U.S.357 (1927)³...Allí, el

3. En el caso *Whitney*, la Corte Suprema estadounidense resolvió (con un voto concurrente del juez Brandeis) que era constitucional la legislación de un estado que sancionaba a toda persona -en el caso, la acusada pertenecía al partido Comunista del Trabajo- que formara parte de una organización que propugnara la modificación por la fuerza del sistema económico o social. Esta jurisprudencia fue dejada de lado por la Corte Suprema en el caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S.444), resuelto en 1969, en el cual el Tribunal resolvió que “las garantías constitucionales de la libertad de expresión y de prensa no autorizan a un Estado a prohibir o proscribir la defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto cuando dicha defensa está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilegal y es probable que incite o produzca tal acción” (conf. *Stone*, op.cit., pag.1072 y ss.)

juez Brandeis escribió, al explicar su objeción a la prohibición del discurso *político*, que “el remedio que debe aplicarse es la existencia de más discurso, no el silencio obligado. Sólo una emergencia puede justificar la represión”...

Al mismo tiempo, en nuestros primeros casos se reconoció que el Estado está facultado para regular ciertos tipos de publicidad comercial con mayor libertad que otras formas de discurso protegido. Específicamente, explicamos que el Estado puede requerir que los mensajes comerciales “aparezcan en una forma determinada o que incluyan determinada información adicional, advertencias y renunciaciones, que sean necesarios para impedir que se conviertan en engañosos”, *Virginia Pharmacy Bd.*,...y que puede restringir ciertas formas de prácticas de ventas agresivas que tienen la potencialidad de ejercer “influencia indebida” sobre los consumidores...

En el caso *Virginia Pharmacy Bd.*, se fundó la autoridad del Estado de imponer esas regulaciones, en parte, en las “diferencias de sentido común” que existen entre los mensajes comerciales y otros tipos de expresión protegidas... Nuestra opinión señaló que la mayor “objetividad” del discurso comercial justificaba otorgar al Estado mayor libertad para distinguir avisos comerciales falsos de los verdaderos y que la mayor “audacia” del discurso comercial, en tanto estaba inspirado por el motivo de lucro, disminuía en gran medida el efecto disuasivo⁴ que puede llegar a acompañar su regulación, id.

En los casos posteriores se explicó que el poder del Estado para regular transacciones comerciales justificaba su poder concomitante para regular el discurso comercial que está “vinculado en forma inseparable” con esas transacciones... Tal como lo ha explicado un autor, “Después de todo, toda la doctrina del discurso comercial representa una conciliación entre el derecho a hablar y escuchar expresiones *acerca* de bienes y servicios y el derecho del gobierno a regular la venta *de* tales bienes y servicios”, L. Tribe, *American Constitutional Law* par.12-15... Sin embargo, tal como lo explicamos en el caso *Linmark [1977]*, el Estado retiene menos autoridad para regular cuando su restricción del discurso comercial afecta “la sustancia de la información que se comunica” y no “su aspecto comercial ...”

En el caso *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of N.Y.*, 447 U.S.557 (1980), examinamos el desarrollo que había tenido nuestra jurisprudencia acerca del discurso comercial. En ese caso, analizamos [**la validez de**] una regulación que “había prohibido completamente toda publicidad

4. “chilling effect” en el original. En el caso *New York Times v. Sullivan* (376 U.S.254; 1964), la Corte Suprema estadounidense se basó en este concepto para resolver que el autor de una falsedad difamatoria que afectaba a un funcionario público solo podía ser condenado civilmente a pagar daños y perjuicios si el actor probaba que el autor había propalado la información inexacta con “conocimiento de la falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia” (conf. *Stone*, op.cit., pag.1145 y ss.) El profesor Laurence Tribe explica de la siguiente forma el alcance de esta doctrina judicial: “[L]as actividades que están protegidas por la Primera Enmienda son vulnerables y deben ser protegidas de la amenaza de sanciones casi con la misma intensidad que la aplicación concreta de sanciones. Ello es así pues el temor de equivocarse provoca el peligro de la autocensura -el temor de que el juez de los jueces, actuando conforme al proceso normal de prueba y refutación, rechazará -con posterioridad al hecho- la valoración individual acerca de la verdad....” (*American Constitutional Law*. 2a.ed., The Foundation Press, 1988, pags.863/864).

realizada por las empresas de servicios públicos de electricidad...Sin bien en nuestra decisión se reconoció las características especiales que tenía el discurso comercial, se señalaron, al mismo tiempo, las serias cuestiones, vinculadas con la Primera Enmienda, que planteaban las prohibiciones genéricas de publicidad que no tenían por objeto proteger a los consumidores de daños comerciales.

Cinco miembros del Tribunal reconocieron **[en dicha oportunidad]** que el interés del estado en la conservación de la energía era sustancial y que existía “una conexión inmediata entre la publicidad y la demanda de electricidad”...Sin embargo, concluyeron que la regulación era inválida porque la Comisión no había logrado probar que una regulación más limitada del discurso no hubiera satisfecho adecuadamente el interés del estado...

Al llegar a esa conclusión, la mayoría explicó que si bien la especial naturaleza del discurso comercial podía requerir un examen de la correspondiente regulación que no fuera tan estricto,⁵ la existencia de “regulaciones que suprimían totalmente el discurso comercial con el objeto de alcanzar una política de gobierno que no estaba relacionada con el discurso”, planteaba problemas graves...En tales circunstancias, “una prohibición del discurso podía ocultar de la vista del público una política gubernamental subyacente, y señaló expresamente que “en los últimos años esta Corte no ha aprobado prohibiciones generales del discurso comercial a menos que el discurso mismo se encuentre viciado en alguna forma, ya que sea porque era engañoso o porque estaba relacionado con alguna actividad ilegal”...

IV

Tal como lo demuestra nuestra reseña de la jurisprudencia, el estado de Rhode Island se equivoca cuando concluye que *todas* las regulaciones del discurso comercial se encuentran sujetas a una forma parecida de revisión constitucional por el sólo hecho todas tienen como objetivo una parecida categoría de expresión. El mero hecho de que los mensajes propongan transacciones comerciales no determina, por sí mismo, la clase de análisis constitucional que debería aplicarse a la decisión de suprimirlo...

Cuando un estado regula mensajes comerciales para proteger a los consumidores de prácticas de venta equívocas, engañosas o agresivas, o requiere la difusión de información benéfica para el consumidor, el objetivo de su regulación es consistente con las razones para otorgar protección constitucional al discurso comercial y, por lo tanto, justifica una revisión que no llega a ser estricta.⁶ Sin embargo, cuando un estado prohíbe completamente la diseminación de mensajes

5. Normalmente, la Corte Suprema estadounidense utiliza un criterio de “escrutinio estricto” para determinar la validez constitucional de las normas que restringen el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, cuando se trata de la publicidad comercial, el Tribunal reconoce que no es necesario un criterio tan rígido a los fines de examinar la constitucionalidad de la regulación. Así, mientras que en el citado caso *New York Times* la Corte resolvió que la mera inexactitud de la información no era suficiente para fundar una condena civil del autor de la misma cuando el tema en cuestión tenía relevancia política, en la jurisprudencia acerca del discurso comercial el citado tribunal parte de la premisa que, como principio general, la información comercial *inexacta* no merece protección constitucional (conf. el caso *Virginia Pharmacy Bd.*, cit., transcripto en *Stone*, op.cit., pág.1182 y ss.)

6. Ver nota 5 “supra”.

comerciales veraces y no engañosos, fundado en razones que no están vinculadas con la preservación de un proceso de negociación leal, existen muchas menos razones para apartarse de la revisión estricta que, por lo general, exige la Primera Enmienda.

Sólidas razones justifican revisar este último tipo de regulación del discurso comercial en forma más cuidadosa. En una forma muy obvia, las prohibiciones totales del discurso comercial, a diferencia de las restricciones que son neutrales desde el punto de vista del contenido, ver *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S.77, 89 (1949),⁷ son particularmente peligrosas porque excluyen completamente formas alternativas de diseminar cierta información.

En nuestros casos acerca del discurso comercial se ha reconocido los peligros que acompañan a los intentos gubernamentales de seleccionar ciertos mensajes con el objeto de excluirlos. Por ejemplo, en el caso *Linmark*, 431 U.S., págs.92-94, concluimos que una prohibición de los signos “Se vende” estaba “basada en el contenido” y omitía dejar abiertos canales alternativos de comunicación “satisfactorios”...⁸. Además, el año pasado reconocimos la validez de una prohibición de treinta días de duración respecto de cierto tipo de publicidad jurídica, fundados, en gran parte, en que aquélla dejaba numerosos canales de comunicación abiertos a los abogados del estado de Florida. Caso *Florida Bar v. Went For It, Inc.*, 515 U.S....(1995)...

Los especiales peligros que acompañan a las prohibiciones totales del discurso comercial veraz y no engañoso no pueden ser justificados con apelaciones a la “distinción basada en el sentido común” que existe entre el discurso comercial y el no comercial... Las regulaciones que suprimen la verdad no son menos preocupantes porque tengan como blanco información que sea objetivamente verificable, ni son menos efectivas porque apunten a mensajes duraderos. En consecuencia, ni la “mayor objetividad” ni la “mayor audacia” del discurso comercial veraz y no engañoso justifican examinar con especial deferencia su total eliminación...

7. En este caso, la mayoría de la Corte resolvió que no resultaba violatoria de la Primera Enmienda una ordenanza municipal que prohibía la utilización de equipos en la vía pública que emitiesen sonidos “fuertes y estridentes”. Al fundar su decisión el tribunal dijo, en parte, lo siguiente: “...La ordenanza no restringe la comunicación de ideas o la discusión de temas por medio de la voz humana, los periódicos, panfletos o volantes. Creemos que la necesidad de una razonable protección en los hogares o en los locales comerciales de ruidos que distraigan, difundidos por vehículos equipados con aparatos amplificadores de sonido, justifica la ordenanza” (conf. *Stone*, op.cit., págs.1259/60).

8. En este caso, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ordenanza que prohibía la exhibición pública de signos que decían “Se vende”. Según *Stone* (op.cit.págs.1192/93), “...el objetivo de la ordenanza era impedir ‘ventas provocadas por el pánico’ en una comunidad residencial que estaba integrada racialmente, y que había experimentado recientemente la ‘huída de blancos’ en respuesta al brusco aumento de la población no blanca en el barrio. Si bien la Corte reconoció que el objetivo de ‘promover un sistema de vivienda estable y racialmente integrado’ era ‘vital’, resolvió sin embargo que la municipalidad no había logrado acreditar que la ordenanza ‘era necesaria para lograr dicho objetivo’. De cualquier forma, ‘el defecto constitucional de esta ordenanza es mucho más fundamental’, ya que la municipalidad ‘ha intentado restringir la libre circulación de esos datos porque teme que, de otra manera, los propietarios de viviendas tomarán decisiones contrarias -según la municipalidad- a su propio interés y al de la municipalidad: los residentes decidirán abandonar la ciudad. Si la diseminación de esta información puede ser restringida, entonces cualquier localidad en el país puede suprimir todo hecho que haga quedar mal a la localidad, en tanto y en cuanto se argumente en forma plausible que la difusión va a determinar que los destinatarios actúen ‘irracionalmente’...”.

Es el interés del Estado en proteger a los consumidores de los “daños comerciales” lo que funda la “razón típica del por qué los mensajes comerciales pueden quedar sujetos a una mayor regulación estatal que el discurso no comercial”...Sin embargo, las prohibiciones que están dirigidas a mensajes comerciales veraces y no engañosos raramente protegen a los consumidores de tales daños. En lugar de ello, tales prohibiciones sirven a menudo únicamente para ocultar “una política oficial subyacente” que podía haber sido llevada a cabo sin regular el discurso... De esta forma, estas prohibiciones de discursos comerciales no solo obstaculizan la elección de los consumidores, sino que también impiden el debate acerca de cuestiones centrales vinculadas con el interés público...

Precisamente, porque las prohibiciones del discurso comercial veraz y no engañoso rara vez buscan proteger a los consumidores del engaño o del exceso, a menudo se fundan únicamente en la ofensiva suposición de que el público responderá “irracionalmente” ante la verdad... La Primera Enmienda nos obliga a ser especialmente escépticos de las regulaciones que intentan mantener a las personas en la oscuridad con el fundamento de asegurar el bien de éstas, tal como lo entiende el gobierno. Dicha enseñanza se aplica igualmente a los intentos estatales de privar a los consumidores de información exacta acerca de los productos que han elegido:

“El mercado comercial, al igual que otras esferas de nuestra vida social y cultural, otorga un foro en el cual florecen las ideas y la información. Algunas de las ideas y de la información son vitales, otras de escaso valor. Pero la regla general es que son el autor del mensaje y su audiencia, y no el gobierno, los que determinan el valor de la información presentada. Así, aun una comunicación que no haga más que proponer una transacción comercial, tiene derecho a la protección de la Primera Enmienda”. Ver *Virginia State Bd.of Pharmacy, supra*, pág.762...

V

En este caso, no hay duda de que la prohibición aplicada por el estado de Rhode Island acerca de la publicidad en materia de precios constituye una prohibición genérica respecto de un discurso veraz y no engañoso respecto de un producto lícito. Tampoco existe duda de que la prohibición satisface un objetivo que no está relacionado con la protección del consumidor. En consecuencia, debemos examinar la prohibición de publicidad en materia de precios con “especial cuidado”, ..., siendo conscientes de que prohibiciones de esta naturaleza rara vez pueden sobrevivir al control constitucional...

El Estado argumenta que la prohibición debería, sin embargo, ser validada porque ayuda en forma directa el interés sustancial del Estado en promover la sobriedad y porque no es más amplia que lo necesario **[para alcanzar dicho objetivo]**...⁹ Si bien existe cierta confusión respecto de lo que el Estado de

9. En el caso *Central Hudson*, cit., la Corte sostuvo que una pauta fundamental para determinar la validez constitucional de las normas que restringían el discurso comercial era determinar si el objetivo estatal buscado por dicha restricción podía o no ser igualmente alcanzado por “otras restricciones que fueran menos amplias” (conf. Stone, op.cit., págs.1193/94).

Rhode Island quiere significar con sobriedad, suponemos que el Estado invoca un interés en reducir el consumo de alcohol.

Al evaluar la efectividad de la prohibición en promover el interés invocado por el Estado, notamos que una regulación del discurso comercial “no puede ser autorizada si sólo aporta un fundamento ineficiente o lejano en favor del objetivo estatal...Por tal razón, el Estado tiene la carga de la prueba de demostrar, no simplemente que su regulación promoverá dicho interés, sino que lo hará “en forma sustancial”...La necesidad de que el Estado realice tal demostración es particularmente grande dada la drástica naturaleza del medio por él elegido -la supresión total de información veraz y no engañosa. En consecuencia, debemos determinar si el Estado ha demostrado que la prohibición de publicidad en materia de precios reducirá *significativamente* el consumo de alcohol.

Podemos coincidir en que es una conclusión de sentido común que una prohibición respecto de la publicidad en materia de precios, al igual de lo que ocurre con un acuerdo colusivo entre competidores de no efectuar tal publicidad, tenderá a mitigar la competencia y mantener los precios a un nivel superior que el que prevalecería en un mercado completamente libre. A pesar de la ausencia de prueba sobre este punto, podemos hasta coincidir con la afirmación del Estado de que es razonable suponer que la demanda, y consiguientemente la competencia en el mercado, es algo menor cuando existe un precio más elevado y no competitivo. Sin embargo, no existiendo constancias de hecho o, directamente, ningún apoyo probatorio, no podemos coincidir con la afirmación de que la prohibición de la publicidad en materia de precios ayudará en forma significativa al interés del Estado en promover la sobriedad.

Si bien sería posible sugerir, del examen del expediente, que la prohibición de publicidad en materia de precios puede tener cierto impacto en las pautas de compras de bebedores moderados de medios económicos modestos..., el Estado no ha presentado prueba alguna que sugiera que su prohibición de mensaje reducirá *significativamente* el consumo en el mercado. En verdad, la meditada conclusión del juez de primera instancia sobre esta cuestión -que no se encuentra contradicha- llega a un resultado opuesto... Además, la prueba sugiere que la persona que bebe excesivamente probablemente no se verá disuadida por un incremento marginal en el precio y que el verdadero alcohólico reducirá sencillamente su adquisición de otros productos.

Por otra parte, tal como lo señaló el juez de primera instancia, el Estado no ha señalado qué reducción de precio llevaría a una reducción significativa en el consumo de alcohol y tampoco ha señalado el monto de reducción en el precio que, en su opinión, se produciría sin la prohibición. Así, la propias pruebas del Estado revelan que cualquier conexión entre la prohibición y un cambio significativo en el consumo de alcohol sería puramente fortuita.

Resulta evidente que cualquier conclusión en el sentido de que la eliminación de la prohibición aumentaría significativamente el consumo de alcohol requeriría involucrarnos en una especie de “especulación o conjetura”, que constituye un medio inaceptable para demostrar que una restricción del discurso comercial promueve directamente el interés invocado por el Estado... Ciertamente, tal especulación no basta cuando el Estado apunta, con fines paternalistas, contra información comercial exacta.

El Estado tampoco puede satisfacer el requisito de que su restricción del discurso no es más amplia que la necesaria. Es perfectamente obvio que otras formas alternativas de regulación -que no conllevarían restricción alguna del discurso- tendrían mayores probabilidades de alcanzar el objetivo del Estado de promover la sobriedad. Tal como lo admitió el propio experto del Estado, los precios más elevados pueden ser alcanzados ya sea por medio de regulación directa o a través de un aumento en los impuestos...Las compras per capita podrían ser limitadas, tal como ocurre con los medicamentos en los que se exige receta. Aun las campañas educativas, que pusieran su acento en los problemas de la ingesta excesiva (o hasta moderada) de bebidas alcohólicas podrían demostrar ser más efectivas.

En consecuencia, aun bajo un estandar menos estricto que el que se aplica generalmente en los casos de discurso comercial, el Estado no ha podido establecer la existencia de una “adecuación razonable” entre su restricción del discurso y su objetivo de lograr la sobriedad... Se sigue necesariamente que la prohibición de publicidad en materia de precios no puede sobrevivir la revisión constitucional más estricta que, según el caso *Central Hudson*, era apropiada para el supuesto de una supresión total de un discurso comercial veraz y no engañoso...

VI

[A continuación, la Corte examinó los argumentos del estado de Rhode Island en defensa de la constitucionalidad de la norma. Entre otros planteos, el Estado invocó el precedente de la misma Corte en el caso *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of P.R.*, 478 U.S.328 (1986).¹⁰ En dicha oportunidad, el Tribunal había resuelto que era válida la prohibición efectuada por el Estado Libre Asociado de Puerto Rico de efectuar publicidad -dirigida a los habitantes de esa jurisdicción- de apuestas en los casinos. La mayoría fundó dicha solución con el siguiente razonamiento: En primer lugar, sostuvo que la finalidad alegada por la Legislatura local de reducir el juego entre los habitantes de Puerto Rico constituía “un interés estatal sustancial”. En segundo lugar, consideró que la restricción respecto de la publicidad de los casinos “promovía directamente” dicho interés. Sobre el punto señaló expresamente: “La Legislatura de Puerto Rico creyó obviamente que la publicidad de apuestas en los casinos dirigida a los residentes de Puerto Rico iba a servir para aumentar la demanda del producto publicitado. Creemos que la creencia de la Legislatura es razonable”. Por otra parte, con cita de su fallo anterior en el caso *Central Hudson*, cit. consideró que la restricción del discurso comercial en el caso “no era más extensa que lo necesario”. Al respecto, dijo lo siguiente: “El apelante sostiene que la Primera Enmienda requiere que la Legislatura de Puerto Rico no reduzca la demanda de apuestas entre los residentes de Puerto Rico por medio

10. Conf.Stone, op.cit., pags.1195/1197.

de la supresión del discurso comercial que podría fomentar tales apuestas, sino creando un discurso adicional destinado a desalentarlo. Rechazamos este argumento. Creemos que le corresponde a la Legislatura decidir si tal política de “contradiscursos” sería tan efectiva para reducir la demanda de efectuar apuestas en los casinos como lo es una restricción de la publicidad”. Por último, la Corte consideró que, dado que estaba dentro de la facultad de la Legislatura el prohibir directamente el juego en el territorio, aquélla estaba autorizada a llevar a cabo una medida menos restrictiva, como lo era la simple prohibición de la publicidad relacionada con las apuestas: “Sería, ciertamente, una extraña teoría constitucional la que otorgara a una legislatura la facultad de prohibir totalmente un producto o actividad pero le denegara la facultad de prohibir la estimulación de la demanda del producto o de la actividad a través de la publicidad”.

En el presente caso, la Corte se apartó de la doctrina reseñada por las siguientes razones:]

...Estamos ahora convencidos de que en *Posadas* se efectuó un análisis erróneo de la Primera Enmienda. La prohibición de efectuar publicidad de casinos está destinada a mantener fuera del alcance del público un discurso veraz y no engañoso, con base en el temor de que habría mayor posibilidad de que aquél apueste al recibir dicha publicidad. En consecuencia, la prohibición de publicidad sirvió para proteger la política del Estado -contraria al juego- de un escrutinio público que hubiera sido mayor si hubiera existido una regulación directa que no hubiera estado basada en el discurso...

Si se tiene en cuenta nuestra antigua hostilidad respecto de este tipo de regulación del discurso comercial, es claro que en *Posadas* se incurrió en un error al concluirse que “era una decisión de la Legislatura” el elegir la eliminación **[del discurso]** sobre una política que fuese menos restrictiva del discurso. La conclusión de la mayoría en *Posadas* en ese punto no puede ser conciliada con nuestra ininterrumpida línea de decisiones anteriores que había invalidado regulaciones de amplitud similar respecto de publicidad veraz y no engañosa cuando existían alternativas que no estaban relacionadas con **[la eliminación del] discurso...**

Debido a que la decisión de cinco votos contra cuatro en *Posadas* constituyó un apartamiento tan brusco con nuestros anteriores precedentes y, dado que ella estaba vinculada con una cuestión constitucional respecto de la cual esta Corte es el árbitro definitivo, nos negamos a aceptar este enfoque tan diferente **[respecto de la decisión del gobierno de restringir la publicidad comercial]**. En lugar de ello, coincidentemente con nuestros fallos anteriores, concluimos que una legislatura estadual no posee la amplia discrecionalidad de eliminar información veraz y no engañosa con base en los objetivos paternalistas, que la mayoría en *Posadas* estaba dispuesta a tolerar. Tal como explicamos en *Virginia Pharmacy Bd.*, “Es precisamente esta clase de elección, esto es, entre los peligros de eliminar información y los peligros de su abuso cuando aquélla se encuentra disponible libremente, que la Primera Enmienda hace por nosotros”...

Tampoco podemos aceptar el segundo argumento del Estado, que está basado totalmente en el razonamiento del “que puede lo más puede lo menos” utilizado hacia el final de la opinión mayoritaria en *Posadas* **[se refiere al**

argumento, utilizado por la mayoría en dicho precedente, y que se reseñó supra, de que si la Legislatura de Puerto Rico estaba facultada para prohibir totalmente el juego en dicha jurisdicción, también debía estarlo para adoptar una medida menos restrictiva como lo era la publicidad de dichos establecimientos]

Si bien no cuestionamos la proposición de que los poderes mas amplios incluyen a los que lo son menos, no alcanzamos a ver de que manera ese silogismo requiere que concluyamos que el poder del Estado para regular la **actividad** comercial es “más amplio” que su poder para prohibir el **discurso** comercial veraz y no engañoso. Contrariamente a lo que se supuso en *Posadas*, creemos que es muy claro que la prohibición del discurso puede a veces ser más intrusiva que la prohibición de la conducta. Tal como lo enseña un venerable proverbio, puede llegar a ser mas dañino impedir a la gente enseñar a otros a pescar que impedir que el pescado sea vendido. En forma similar, una ordenanza local que prohíba dar lecciones de conducción de bicicleta puede llegar a restringir la libertad mucho más que el prohibir la conducción de bicicletas dentro de los límites de la ciudad. En resumen, rechazamos la suposición de que las palabras son necesariamente menos importantes que las acciones, o que la lógica pruebe de alguna forma que el prohibir una actividad es necesariamente “mayor” que la facultad de eliminar el discurso a su respecto...

VIII

Dado que el Estado de Rhode Island no ha satisfecho la pesada carga de justificar su prohibición total de la publicidad en materia de precios, concluimos que... **[las normas estadales impugnadas]** restringen el discurso de manera violatoria de la Primera Enmienda, que resulta aplicable a los Estados por la Clausula del Debido Proceso de la Enmienda 14*¹¹. Por lo tanto, se revoca el fallo de la Cámara de Apelaciones.

Así se resuelve.

[En su voto concurrente, el juez Thomas cuestionó la tradicional distinción, en la jurisprudencia de la Corte, entre el discurso comercial y el político a efectos de otorgar menor protección constitucional al primero. En parte, dijo lo siguiente:

...Yo no veo un fundamento filosófico o histórico a fin de poder afirmar que el “discurso comercial” posee “menos valor” que el discurso “no comercial”.

11. La Enmienda 14* de la Constitución norteamericana establece, en la parte relevante, lo siguiente: “...ningún Estado privará a persona alguna de la vida, la libertad, o la propiedad, sin debido proceso legal; ni le negará a persona alguna en su jurisdicción la protección equitativa de las leyes”. Con base en esta enmienda, la Corte Suprema ha resuelto, a lo largo de muchos años, que la mayoría de las disposiciones de la Carta de Derechos de la Constitución -concebidas originariamente únicamente como límites al poder del gobierno federal- constituyen también restricciones al accionar de los gobiernos locales. Respecto del supuesto específico de la Primera Enmienda, la Corte reconoció por primera vez, en el caso *Gitlow v. New York* (268 U.S.652) resuelto en 1925, que aquélla podía ser invocada por los individuos para impugnar asimismo las restricciones aplicadas por los gobiernos estadales al ejercicio de la libertad de expresión (conf. Stone, op.cit., pág.1040 y ss.)

En verdad, algunos antecedentes históricos sugieren lo contrario.,ver, p.ej..., *Ex parte Jackson*, 96 U.S.727,...(1878) (en el que figura un “obiter”, según el cual el Congreso no estaría facultado, no sin violar la libertad de prensa, a impedir la circulación de publicidad de loterías); ver también *In re Rapier*, 143 U.S.110,...(1892) (se mantiene la presunción de que la libertad de prensa impide al Congreso prohibir la circulación de periódicos que contienen publicidad de loterías)...; ver, en general, el escrito presentado por la Federación Americana de Publicidad y otros en su carácter de *amici curiae*¹² (en el que se citan autoridades en favor del punto de vista que la actividad comercial y la publicidad eran parte integrante de la vida en los Estados Unidos de la época colonial y que la filosofía política de los Constituyentes equiparaba la libertad y la propiedad y no distinguía entre mensajes comerciales y no comerciales). Tampoco creo que que la única explicación que la Corte ha formulado para tratar al discurso “comercial” en forma diferente a otra clase de discurso puede justificar restringir el discurso “comercial” con el objeto de impedir que los compradores legítimos tengan acceso a información, de forma tal de frustrar sus elecciones en el mercado¹³...

[Se ha omitido transcribir los restante votos concurrentes]

12. El *amicus curiae* es una persona que tiene un fuerte interés en la cuestión que se discute en la causa, pero que no es parte. Está facultada a solicitar al tribunal autorización para presentar un escrito con el objeto aparente de formular argumentos en favor de una de las partes pero, en realidad, con el fin de sugerir una solución que sea compatible con su punto de vista (conf. *Black's Law Dictionary*, 6* ed., p.82).

13. Tal como se señaló “supra”, los fundamentos invocados para diferenciar el discurso “comercial” de otro tipo de discurso son: (1) que la verdad del discurso “comercial” supuestamente es mas verificable, y (2) que el “discurso comercial”, que es una resultante del autointerés comercial, es supuestamente “un tipo de expresión vigorosa que no es particularmente susceptible de ser aplastada por una regulación excesiva” *Central Hudson, supra*,... La posibilidad de que esos argumentos justifiquen verdaderamente el tratar al discurso “comercial” en forma diferente que otra clase de discurso (o, directamente, si es posible trazar de alguna forma la necesaria distinción) resulta, en mi opinión, opinable. Ver Kozinski y Banner, *Who's Afraid of Commercial Speech*, 76 Va.L.Rev.627, 634-638 (1990) (en donde se cuestiona el fundamento para trazar distinciones), 638-650 (en donde se cuestiona la coherencia de la distinción). De cualquier forma, ninguno de estos fundamentos otorga base alguna para permitir al gobierno a mantener a los ciudadanos en la ignorancia como una forma de manipular sus elecciones en los mercados comerciales o políticos **[nota del juez Thomas]**

