

Un nuevo fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre *commercial speech*

Enrique Tomás Bianchi * y Hernán Víctor Gullco **

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha dictado un fallo en el que, una vez más, aborda el tema de la protección constitucional -a la luz de la libertad de expresión- de la “commercial speech”.¹

A fin de poder entender el alcance que ha tenido esta decisión, es necesario efectuar una reseña de la jurisprudencia anterior del mencionado tribunal sobre esta cuestión.

En primer lugar, corresponde realizar una definición de lo que se entiende por “commercial speech”. Según *Nowak y Rotunda*,² aquélla sería el discurso que, de cualquier forma, anuncia o publicita un producto, o un servicio, con un fin de provecho, o con un propósito de negocio.

En una primera etapa, la jurisprudencia de la Corte estadounidense consideró, sin dar mayores razones, que esta clase de expresiones no merecía protección de la Primera Enmienda.³ En dicha oportunidad, el tribunal, en relación a la prohibición de distribuir volantes en la vía pública con publicidad comercial, estableció que dicha restricción -que habría sido inválida si el tema de los volantes hubiera sido de naturaleza no comercial- no estaba vedada por la Primera Enmienda cuando se refería a publicidad puramente comercial.⁴

Si bien es cierto que ya en 1975 la Corte había reconocido que algunos aspectos de la publicidad comercial podían merecer protección constitucional,⁵ fue recién en el caso *Virginia Pharmacy Bd. v. Consumer Council*⁶ que se consideró que la publicidad comercial gozaba de una protección autónoma

* Profesor de Postgrado, Universidad de Buenos Aires; Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

** Abogado 1982, Universidad de Buenos Aires, Master en Derecho 1992, Universidad de Miami; Profesor de las Universidades de Palermo, de Buenos Aires (postgrado) y Nacional de La Pampa.

1. Se trata del caso *Liquormart, Inc.*, resuelto el 13/5/1996, publicada en 64 LW 4313, que se encuentra traducida en el presente número. Para conocer los textos constitucionales pertinentes, ver la traducción citada.

2. *Constitutional Law*, 4ta. ed., West Publishing Co. 1991, pág.1011.

3. Caso *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S.52 (1942).

4. Pág. 54 del fallo citado.

5. Conf. *Bigelow v. Virginia*. 421 U.S.809 (1975). En dicha oportunidad, la Corte declaró la invalidez de una ley del estado de Virginia con base en la cual se había condenado al editor de un periódico en el que se había publicado un aviso promocionando abortos legales que se realizaban en el estado de Nueva York. Cabe remarcar que, a la fecha del fallo de la Corte, ya se había dictado el caso *Roe v. Wade* (1973) que, bajo ciertas condiciones, admitía el derecho constitucional de las mujeres a realizarse abortos. En tales condiciones, la Corte consideró que no podía prohibirse la publicidad comercial de una actividad que se encontraba amparada por la Constitución.

6. 425 U.S.748 (1976).

por parte de la Primera Enmienda. En esa ocasión, se declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Virginia que consideraba ilegal que los farmacéuticos hicieran publicidad de los precios de los medicamentos que se vendían bajo receta.

Para llegar a esa conclusión, la Corte señaló, en primer lugar, que la circunstancia de que el interés del avisador fuera meramente económico no lo dejaba sin protección constitucional en los términos de la Primera Enmienda. Luego, como argumento central del fallo, indicó que, en una economía de mercado, la asignación de recursos, en gran medida, dependía de numerosas decisiones económicas privadas. Por tal razón era necesario -a juicio del tribunal- que dichas decisiones fueran, en el conjunto, inteligentes y bien informadas, lo cual era incompatible con una situación en la que el público fuera mantenido en la ignorancia. Por tal razón, la Corte concluyó que la Primera Enmienda aseguraba el libre flujo de información comercial, a condición de que aquella fuera veraz y concerniera a actividades legales.⁷

Este criterio tan protector del discurso comercial sufrió importantes modificaciones a partir del caso *Central Hudson Gas v. Public Service Comm'n*.⁸ En esa ocasión, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una regulación dictada por un órgano de contralor de los servicios públicos del estado de Nueva York, que había prohibido completamente todo tipo de publicidad que propiciara el consumo de energía eléctrica, por considerar dicha restricción contraria a la Primera Enmienda. Sin embargo, sentó ciertas pautas que indicaban una actitud restrictiva respecto de la libertad que debía otorgarse al discurso comercial.

La Corte mantuvo la jurisprudencia anterior en el sentido de que constituía una clase de expresión protegida constitucionalmente. Sin embargo, reiterando un criterio que había expuesto en *Ohralik v. Ohio State Bar*,⁹ declaró que ésta merecía una protección menor, en comparación con otras expresiones constitucionalmente tuteladas. En primer lugar, la Corte determinó que sólo la “commercial speech” que estuviera relacionado con actividades legales y que -además- fuera veraz y no engañosa, merecía la citada protección. En segundo término, el tribunal creó un “test” con tres requisitos con el objeto de determinar en qué supuestos era constitucionalmente admisible una restricción a la publicidad comercial. Ellos eran:

7. Fallo citado. En lo que respecta al discurso no comercial (específicamente, el de naturaleza política), la Corte ha elaborado -en cambio- doctrinas más protectoras de la libertad de expresión. Ver, al respecto, la nota de la versión castellana del fallo aquí comentado.

8. 447 U.S.557 (1980).

9. 436 U.S.447 (1978). En dicha oportunidad, la Corte había expresado que “Nosotros fuimos cuidadosos [en no descartar en *Virginia Pharmacy*] la distinción de sentido común entre el discurso que propone una transacción comercial [y] otras variedades de discurso. [Verdaderamente] requerir una paridad en la protección constitucional entre el discurso comercial y el no comercial podría, igualmente, invitar a la dilución, simplemente por un proceso de nivelación, de la fuerza de la garantía de la Enmienda con respecto al segundo tipo de discurso. Antes que someter a la Primera Enmienda a tal pérdida de vitalidad, hemos preferido proporcionar al “commercial speech” una medida limitada de protección conforme con su posición subordinada en la escala de valores de la Primera Enmienda...”.

A) que existiera un interés estatal sustancial en la restricción de la “commercial speech”.

B) que la restricción estatal promoviera directamente el aludido interés.

C) que la regulación restrictiva no poseyera una extensión mayor que lo estrictamente necesario (*no more extensive than necessary*).

Respecto del punto “A”, la Corte admitió que la política perseguida por el estado (conservar energía eléctrica), constituía -ante una situación de crisis energética- un “interés sustancial”. Asimismo, y respecto del punto “B”, la prohibición de publicidad promovía, sin duda, el objetivo de la autoridad de disminuir el consumo de energía eléctrica. Sin embargo, el tribunal consideró que no se cumplía en el caso el requisito “C”, pues la autoridad estatal no había demostrado que no existieran otros medios menos restrictivos de la libertad de expresión e igualmente aptos para alcanzar el mencionado objetivo de conservación de energía. En consecuencia, se invalidó la decisión estatal prohibitiva de la publicidad comercial.

Con un criterio aun mas restrictivo, en un caso posterior,¹⁰ la Corte estadounidense declaró válida a una ley del Estado Asociado de Puerto Rico que había prohibido la publicidad comercial de casinos y otros lugares de juego dirigida a residentes portorriqueños pero que, al mismo tiempo, autorizaba ese tipo de publicidad cuando era realizada en el exterior. La citada legislación perseguía la obvia finalidad de reducir la concurrencia de la población local a lugares de juego. Nuevamente, la Corte aplicó el “test” que había desarrollado en el mencionado caso *Central Hudson*. En primer lugar, admitió que la publicidad comercial que se prohibía era, por hipótesis, veraz y no engañosa. Por otro lado, interpretó que el “interés sustancial” existía en tanto el Estado de Puerto Rico buscaba reducir el juego y sus peligros resultantes¹¹ entre la población local. Además, la Corte entendió que era razonable la creencia del estado en el sentido de que las citadas restricciones a la publicidad comercial servirían para desalentar la concurrencia a los lugares de juego. En tal sentido, el tribunal hizo un razonamiento parecido al efectuado en *Central Hudson*: ni la compañía de electricidad ni los dueños de casinos en *Posadas* hubieran hecho planteos constitucionales contra la prohibición si no creyeran que aquella iba a traducirse en la disminución de la demanda de los servicios prestados por ellos. Finalmente, también consideró la Corte que se había cumplido con el último recaudo del “test” mencionado: esto es, la restricción de la publicidad no tenía en el caso una extensión mayor que la necesaria para alcanzar el objetivo estatal de reducir el juego entre la población.

En este punto, la Corte rechazó un argumento de los dueños de los casinos (los apelantes) según el cual el estado, si se proponía reducir la asistencia de los residentes locales a los casinos, no debía suprimir la publicidad que pudiera

10. *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 U.S.328 (1986).

11. Según los argumentos expresados por la oficina local de turismo en su presentación ante la Corte, dichos peligros consistían, entre otros, en “efectos dañosos sobre la salud y bienestar de los ciudadanos de Puerto Rico, tales como la dislocación de las pautas morales y culturales, el incremento del crimen local, la promoción de la prostitución, el desarrollo de la prostitución y la infiltración del crimen organizado” (pág. 341 del fallo).

alentar esa concurrencia -como lo hacía la legislación impugnada-, sino que debía llevar a cargo un discurso educativo destinado a desalentar esos juegos de azar (*counterspeech*). Al respecto, el tribunal señaló que le correspondía a la legislatura determinar qué medio era mas efectivo -el “contradiscurso” o la prohibición de la publicidad- para desalentar el juego.

Por último, la Corte tampoco admitió otro argumento de los apelantes, quienes sostenían que, al ser legal la concurrencia de los portorriqueños a los lugares de juego, la autoridad carecía de facultades -a la luz de la Primera Enmienda- para restringir la publicidad relativa a esa actividad legal. Respondió el tribunal que, precisamente porque el gobierno *podía haber prohibido completamente la actividad de juegos de azar*, le estaba autorizado adoptar una medida considerada menos intrusiva, como lo era el permitir la actividad pero prohibir su publicidad.¹²

En dos decisiones posteriores, la Corte acentuó aun más su criterio restrictivo en lo que respecta a la libertad de expresión en los temas vinculados con la “commercial speech”.

Así, al resolver el caso *Board of Trustees State Univ. of N.Y. v. Fox*,¹³ la Corte declaró válidas las restricciones impuestas por la Universidad de Nueva York a la realización de actividades comerciales en sus dependencias. El juez Scalia, quien expresó la opinión de la mayoría del tribunal, minimizó el alcance de la expresión empleada en el “test” de *Central Hudson* de que la restricción no debía “ser más extensa que lo necesario”. En opinión del magistrado, ello no significaba que la regulación estatal debía ser la medida menos restrictiva que pudiera proteger efectivamente el interés gubernamental alegado: “...Lo que nuestros precedentes requieren es una adecuación entre los fines de la legislatura y los medios elegidos para alcanzar dichos fines; una adecuación que no es necesariamente perfecta sino que sea razonable; que no represente necesariamente la mejor disposición existente, pero una cuyo objetivo se encuentre en proporción con el interés que sirve; que emplee no necesariamente el medio menos restrictivo, pero un medio que se ajuste estrechamente al objetivo deseado. Dentro de esos límites, dejamos a los órganos gubernamentales encargados de tomar las decisiones que juzguen qué forma de regulación puede ser empleada de la forma mejor...”¹⁴

La Corte volvió a utilizar el citado concepto de “adecuación razonable entre los medios y los fines” en el caso *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 113 S.Ct.1505 (1993). La diferencia con el caso anterior es que aquí dicho criterio fue empleado para invalidar una ordenanza municipal que había prohibido la colocación en las veredas de aparatos expendedores de publicidad comercial, que había sido autorizada un año antes. La norma en cuestión había dejado subsistente, sin embargo, el permiso para que siguieran colocados aparatos análogos, destinados -esta vez- a la venta de periódicos. Para el juez

12. En la terminología legal de nuestro medio, se suele expresar con la frase “quien puede lo mas puede lo menos”.

13. 492 U.S.469 (1989).

14. Transcripto por Stone, Geoffrey R. y otros, en *Constitutional Law*, 2da. ed., Little Brown and Company, 1991, pág.1197.

Stevens, quien redactó el voto de la mayoría, no existía la “adecuación razonable”, entre la ordenanza y el objetivo alegado por la municipalidad, de aumentar la seguridad y la estética de la ciudad, pues no había motivo alguno para distinguir -como lo hacía la disposición impugnada- entre aparatos destinados a la entrega de publicidad comercial y los otros aparatos, dado que ambos afectaban de igual modo los objetivos alegados por la municipalidad cuando dispuso la prohibición de la publicidad comercial, máxime siendo el número de los aparatos destinados a esta última mucho menor al de los otros expendedores.

II. EL CASO *LIQUORMART, INC.*

Tal como se ha señalado anteriormente, la Corte Suprema norteamericana dictó un nuevo fallo vinculado con la cuestión de la libertad de expresión aplicada a la publicidad comercial.¹⁵ La importancia de esta decisión consiste en que, tal como se verá en el examen que a continuación se hará, la Corte ha modificado su criterio en este tema, reforzando a su respecto la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Hechos: Se trataba en el caso de una ley del estado de Rhode Island que había prohibido a empresas minoristas de venta de bebidas alcohólicas que hicieran publicidad respecto de los precios de sus productos. El objeto alegado por los poderes públicos al imponer tal prohibición era el de disminuir el consumo de bebidas alcohólicas entre la población del estado.

Al invalidar la restricción, el juez Stevens -quien expresó la opinión de la Corte-¹⁶ señaló en primer lugar, en forma similar a los argumentos expresados en *Virginia Bd.*, la importancia fundamental que tenía la publicidad comercial en una economía basada en la libre empresa. Para el magistrado, dicha circunstancia determinaba que las prohibiciones estatales en los supuestos en que la publicidad fuera veraz y no engañosa estaban sujetas a una *presunción de inconstitucionalidad* en razón de su carácter claramente “paternalista”, al intentar mantener al público en la oscuridad acerca de la comercialización de productos legítimos.

La Corte entendió, así, que al ser la publicidad del caso veraz y no engañosa, no existía una razón suficiente para justificar la restricción impugnada.

Al fundamentar su decisión, se apartó expresamente de la doctrina expuesta en *Posadas*. En tal sentido, rechazó la posición adoptada en dicho precedente basada en el principio “*el que puede lo más puede lo menos*”.¹⁷ Por el contrario, sostuvo que la circunstancia de que los poderes públicos estuvieran facultados a prohibir una actividad determinada en forma alguna constituía un fundamento suficiente como para prohibir la *publicidad respecto de aquella*, cuando el estado ha decidido mantener a la actividad dentro de la legalidad.

15. Conf. nota 1 “supra”.

16. Cabe aclarar que la opinión de Stevens no mereció la adhesión de los otros magistrados del tribunal en todas sus partes.

17. Conf. nota 12 supra.

Para declarar la inconstitucionalidad de la ley impugnada, el juez Stevens también aplicó el test de *Central Hudson*. Así, si bien reconoció que el objetivo perseguido por el estado era sustancial (reducir el consumo de alcohol), estimó que aquél no había probado que la medida en cuestión ayudara en forma significativa al interés del estado en promover la sobriedad, lo que determinaba que no estuviese satisfecho en el caso el segundo requisito de *Central Hudson*.

Pero, además, tampoco consideró cumplido el último requisito de dicha doctrina judicial (que la restricción no fuera mas extensa de lo necesario). En tal sentido, estimó que era "...obvio que otras formas alternativas de regulación -que no conllevarían restricción alguna del discurso- [más impuestos sobre las bebidas alcohólicas, limitación de la cantidad de alcohol que una persona puede comprar, etc.] tendrían mayores probabilidades de alcanzar el objetivo del estado de promover la sobriedad..."

También en el voto concurrente de otros cuatro jueces (O'Connor, Rehnquist, Souter y Breyer) se utilizó el test de *Central Hudson*. Estos jueces, a diferencia de Stevens, no descalificaron directamente la doctrina de *Posadas* pero reconocieron que, desde ese fallo en adelante, la Corte había mostrado más estrictez en la apreciación de si estaba cumplido o no el último requisito de *Central Hudson*: esto es, si existía una alternativa menos gravosa para la libertad de expresión que fuera idónea para alcanzar el objetivo estatal.

Hay finalmente dos votos individuales: uno del juez Scalia y otro del juez Thomas.

A ambos no les convenció el test de *Central Hudson*, pero por razones distintas. Así, el primero de los nombrados pareció mostrarse escéptico respecto de la posibilidad de incluir la "commercial speech" dentro de la protección de la Primera Enmienda. Sin embargo, aceptó aplicarlo en el caso, dado que era la jurisprudencia vigente de la Corte.¹⁸

Por su parte el juez Thomas, basado en una interpretación histórica de la Constitución, sostuvo que no habría razón alguna para otorgar menor valor al discurso comercial que a otras clases de discurso.

III. SÍNTESIS DE LAS DISTINTAS POSTURAS

A) La posición más protectora del commercial speech es, en primer lugar, la de Thomas, por las razones que se acaban de indicar supra. También la opinión de Stevens es fuertemente garantista pues, a pesar de aplicar *Central Hudson*, parece estar inspirado en la misma filosofía que *Virginia Pharmacy Bd.*:

18. Podrá resultar extraño a un lector argentino la circunstancia de que el juez Scalia decida aplicar un precedente con el que no está de acuerdo. Sin embargo, ello es fácilmente explicable a la luz de la doctrina angloamericana del *stare decisis*, según la cual los tribunales deben fallar con arreglo a la jurisprudencia existente en la materia, a menos que existan circunstancias muy graves que justifiquen apartarse de aquélla. Un ejemplo significativo de esta postura fue el voto de los jueces O'Connor, Kennedy y Souter en el caso "*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. vs Robert P. Casey*" en que se abordó una vez mas el delicadísimo tema del aborto. Ver sobre este caso, el comentario de Alberto Garay, "La independencia intelectual y funcional de tres jueces de la Corte Suprema norteamericana" (El Derecho 150-887).

sólo la publicidad no veraz o engañosa puede ser objeto de restricción estatal. No puede existir prohibición absoluta de la publicidad que es veraz y no engañosa.

B) En el otro extremo, se encuentra insinuada la posición de Scalia quien, también fundado en un análisis histórico del texto constitucional, parece dudar de que la Primera Enmienda comprenda a la “commercial speech”.

C) La posición intermedia es la de aquellos jueces que siguen adhiriendo al test de *Central Hudson*: la publicidad comercial está tutelada por la Primera Enmienda, pero tiene un valor menor, comparada con otra clase de discursos. Por lo tanto, aceptan la posibilidad de que, cumplidos ciertos requisitos, se pueda prohibir incluso la publicidad que sea veraz y no engañosa.

IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL CASO LIQUORMART, INC.

El caso suscita los interrogantes que a continuación se reseñarán, sin la intención -por cierto- de dar respuestas asertivas.

A) El criterio para diferenciar el discurso comercial del no comercial.

Como punto de partida, parece necesario descartar como criterio clasificatorio el que pretende encontrar la distinción en la existencia -o inexistencia- de un ánimo de beneficiarse económicamente. En efecto, gran cantidad de mensajes, respecto de los cuales no se dudaría en categorizarlos como no comerciales, están movidos por un ánimo de esa naturaleza. Por ejemplo, la publicación de una solicitada empresarial en la que se requiere se otorguen subsidios a cierta clase de productores, o la de un gremio en la que se reclaman aumentos salariales. En realidad ambos mensajes, a pesar de su innegable finalidad de autointerés, plantean cuestiones que poseen un innegable interés público, lo que los hace acreedores de la protección plena de la libertad de expresión.¹⁹

Por tal razón, nos parece un criterio más adecuado de diferenciación el que considere como publicidad comercial aquellos mensajes cuyo objetivo *directo e inmediato* sea el de ofrecer determinados bienes o servicios contra una prestación.

B) ¿Qué tipo de protección constitucional merece la publicidad comercial?

Ello significa preguntarse, en primer lugar, si la publicidad se encuentra de alguna forma amparada por la garantía constitucional de la libertad de expresión, o -por el contrario- es sólo subsumible dentro de la libertad genérica de comerciar. La respuesta que se dé es de enorme importancia práctica pues, conforme a la jurisprudencia constitucional argentina, las restricciones a la

19. Precisamente, uno de los justificativos clásicos en favor de la libertad de expresión consiste en su contribución fundamental para esclarecer a la opinión pública respecto de cuestiones de interés general (conf. Stone, op. cit, págs.1019 y ss). En sentido coincidente, se ha expresado la Corte Suprema argentina en tanto sostuvo que sin el debido resguardo de la libertad de prensa, “...existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal...” (caso Abal c/La Prensa, Fallos: 248:291; 1960).

libertad de comercial están sometidas a un test constitucional más laxo que las relativas a la libertad de expresión.²⁰

Si se acepta que la publicidad comercial es “expresión” a los fines de la protección constitucional,²¹ se plantea a continuación otro interrogante: si aquella merece la misma protección -o una más atenuada- que la brindada, p. ej., al discurso político. A pesar de que -como ya hemos visto- existen entre los jueces de la Corte Suprema estadounidense discrepancias acerca de los alcances de la libertad de expresión en materia de publicidad comercial, hay un consenso entre ellos de que ésta merece una menor protección constitucional que el discurso que, por concernir a materias de interés público, está “en el corazón de la protección de la Primera Enmienda”.²²

Algo similar es lo que sucede con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. En efecto, si bien es cierto que dicho tribunal reconoce que la publicidad comercial se encuentra comprendida en la tutela brindada por el art. 10 de la Convención del año 1950, también lo es que el nivel de protección es inferior al otorgado al discurso político.²³

La Corte Europea decidió recientemente que el art. 10 era aplicable en el caso de un abogado que había sido sancionado por el Colegio de Abogados de Barcelona por publicar anuncios en periódicos, consignando -con ánimo

20. Así, por ejemplo, la Corte Suprema argentina ha aceptado la validez de leyes que restringían fuertemente distintas libertades económicas aplicando un criterio poco exigente respecto de los requisitos que debía cumplir la restricción para ser declarada constitucional (conf. entre muchos otros, los casos *Avico c/ De La Pesa*, Fallos: 172: 21, 1934: constitucionalidad de la legislación que establecía una moratoria de las deudas hipotecarias y *Cine Callao*, Fallos: 247:121, 1960: validez de una ley que establecía la obligación de incluir espectáculos de variedades en los programas de las salas cinematográficas). En cambio, cuando se trata de restricciones a la libertad de expresión, los criterios utilizados han sido mucho más estrictos (conf. caso *Pérez*, Fallos: 257:308, 1963).

21. Como hemos visto de la reseña efectuada, esta es la posición adoptada por la jurisprudencia de la Corte norteamericana. Sin embargo, existen autores de ese país que rechazan la posibilidad de que la publicidad comercial se encuentre amparada por la libertad de expresión (ver, en tal sentido, a Baker, “Human Liberty and Freedom of Speech”, Oxford University Press, 1989, capítulo 9; Blasi, “The Pathological Perspective and the First Amendment”, 85 *Colum.L.Rev.*449, 486, 488 (1985), transcripto en Stone, op. cit.,p.1190 y Tushnet, “Corporations and Free Speech”, en “The Politics of Law”, 253, 258-260 (transcripto en op. y loc. cit.).

22. La expresión en *Un & Bradstreet, Inc vs. Greenmoss Builders, Inc.* 472 US, 749,758-759 (1985).

23. El art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dice: “ 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

publicitario- su nombre, profesión dirección y teléfono, en una época (años 1982-1983) en que las normas de aquella entidad lo prohibían. Ello no condujo, empero, a la admisión de la pretensión del letrado, que aducía violaciones al Convenio.²⁴

En la opinión de un autor, el que la Corte Europea haya reconocido que el art. 10 del Convenio se aplica también a la publicidad comercial ha tenido -hasta ahora- un impacto más bien simbólico, pues ha coexistido con una gran tolerancia hacia las limitaciones y condicionamientos que aquélla, en concreto, puede sufrir.²⁵

C) Relación entre la prohibición de la actividad y la prohibición del discurso:

Uno de los puntos fundamentales de diferencia entre el fallo en *Posadas* y la sentencia en *Liquormart* es el rechazo que se hace en este último del criterio -adoptado en el primero- de que el estado, en aquellos casos en que puede prohibir una actividad por razones de interés público, puede preferir autorizarla, pero vedando la publicidad que a ella se refiera.

La posición de *Posadas* (“quien puede lo más, puede lo menos”) presupone que “lo más” es la conducta regulada y “lo menos” el discurso sobre ella. Ya antes del explícito rechazo que efectúa el juez Stevens en su voto,²⁶ la doctrina había cuestionado el citado enfoque de *Posadas*. Así, el profesor Abrams dijo sobre el punto: “En razón de que las apuestas de casinos podrían ser prohibidas, se concluía, por lo tanto [en *Posadas*] que la publicidad de aquéllas podía ser prohibida. Ello configura, sencilla y completamente, una inversión de la teoría de la Primera Enmienda. Por lo general, decimos que podemos controlar el discurso en último y no en primer lugar; que controlamos la conducta en primero y no en último lugar. Por lo general le decimos a las legislaturas: ‘decídanse. Si ustedes están lo suficientemente preocupados, hagan algo respecto de la **cosa** respecto a la cual están preocupados’. Esa cosa no es el discurso, son las personas que se dedican a apostar en los casinos”.²⁷

1) A modo de reflexión se podría señalar que tanto la postura de Stevens como la del profesor Abrams son un tanto simplistas, porque confunden dos tipos de discursos.

Uno es el dirigido a cuestionar que la ley considere ilícita una conducta: por ejemplo, una persona puede expresar su rechazo a que el contrabando sea un delito del Código Aduanero y considerar, por lo tanto, como injustificada la condena de un contrabandista.

24. Caso “*Casado Coca vs. España*” (sentencia del 24-2-1994). El tribunal decidió que pese a que el art. 10 era aplicable al caso, no se lo había violado, pues la sanción tomada contra el abogado -con base en las normas restrictivas de la publicidad comercial de los abogados vigentes en 1982/1983- no era irrazonable ni desproporcionada, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 del Convenio.

25. Conf. Dirk Voorhoof, “Critical perspectives on the scope and interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights”, Council of Europe Press, 1995, pág. 36/37.

26. Ver supra traducción del fallo, capítulo VII.

27. Abrams, “Commercial free speech in the Marketplace of Ideas”, 41 Rutgers L. Rev. 737, 739 (1989); transcripto por William B. Lockhart y otros “*Constitutional Law*”, 7a. ed., pág. 861.

Otro tipo de discurso, en cambio, sería el emitido por un despachante de aduana con el objeto de informar al público que sus oficinas están disponibles para realizar contrabando a través de ellas.

En tanto que el primer discurso parece estar completamente protegido por la garantía constitucional de la libertad de expresión,²⁸ el segundo puede ser sancionado sin mengua de la garantía, por constituir -en realidad- la participación en la comisión de un delito.

2) Otro reparo a la postura indicada supra -y ahora vinculado con actividades lícitas- podría ser el siguiente: hay casos -como en *Virginia*- en los que la actividad (venta de medicamentos bajo receta) se ha considerado siempre como socialmente útil. Es por ello que parece convincente el argumento de que “no se debe mantener al público en la ignorancia”, que hizo la Corte norteamericana en ese fallo.

Hay otros casos, en cambio, en que la actividad es tradicionalmente mirada como disvaliosa (el juego: *Posadas*) y tal vez por ello no resulta tan irrazonable la restricción de la publicidad relativa a aquélla.

En la apuntada diferencia podría, tal vez, encontrarse un justificativo de las distintas soluciones de *Virginia* y de *Posadas*. Tal como lo señala el profesor Tribe:²⁹ “Quizás la base más plausible para reconciliar ‘Posadas’ con la invalidación de la prohibición del estado de Virginia de la publicidad realizada por farmacéuticos acerca de los precios de medicamentos vendidos bajo receta..., es la proposición de que, cuando un estado ha determinado que una actividad es intrínsecamente dañosa y debería ser frenada pero sería demasiado impráctico o intrusivo en la intimidad prohibirla completamente, el estado puede elegir prohibir la publicidad que promovería directamente la continuación de la actividad...”

Esta última posición parece más plástica y adecuada a la realidad. Supongamos que, después de un intenso debate en todos niveles de la sociedad, se decide la legalización de la tenencia para consumo personal de las llamadas “drogas blandas”. Conforme a la postura reseñada, no habría obstáculo constitucional en permitir la comercialización para el consumo personal y, sin embargo, prohibir al mismo tiempo la publicidad de dicha comercialización. Una postura tipo *Virginia* o *Liquormart* no parece ofrecer matices, por lo que, una vez permitida la comercialización habría que autorizar la publicidad, en tanto ella fuera veraz y no engañosa.³⁰

28. Esto hace dudar de que la aplicación del tipo penal del art. 213 del C.P. (apología del crimen) sea constitucionalmente válida, al menos en algunos supuestos.

29. Tribe Laurence H. “*American Constitutional Law*”, 2da. ed., pág. 904, nota 92.

30. Lo expuesto supone aceptar la validez y procedencia de una diferenciación entre lo “socialmente útil” y lo “socialmente pernicioso”, aun cuando esta última categoría incluya actividades que afecten sólo a adultos que han prestado su consentimiento. Tal posibilidad plantea un “elegante problema constitucional” al decir del juez Stevens (conf. su disidencia en *Posadas* 478 US 328, 359), problema que en nuestro país gira en torno a la interpretación del art. 19 de la Constitución. Por cierto la enorme complejidad de la cuestión no puede ser abordada en el ámbito de este trabajo.