

## Publicidad y libertad de expresión

La doctrina del *Commercial Speech* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU.

Antoni Rubí Puig

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

311

## *Abstract*

*El objeto de este trabajo es: a) presentar los hitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo norteamericano en materia de protección constitucional de la publicidad y otras formas de comunicación comercial (Commercial Speech Doctrine); b) referir las diferentes tendencias seguidas; y c) mostrar algunos de los problemas e incoherencias suscitados en la resolución de los casos en aquel país.*

## *Sumario*

### **1. Introducción**

**2. Frontispicio:** *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)) y antecedentes.

**3. El riesgo de engaño:** *Ohralik v. Ohio State Bar* (436 U.S. 447 (1978)).

**4. La existencia de un interés sustancial para regular el discurso comercial.**

**4.1. La adopción de un test:** *Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission* (447 U.S. 557 (1980)).

**4.2. "The great includes the lesser":** *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.* (478 U.S. 328 (1986)).

**5. La publicidad de otros «vicios»:** *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island* (517 U.S. 484 (1996)) y *Lorillard Tobacco Co et al. v. Reilly, Attorney General of Massachusetts* (533 U.S. 525 (2001)).

**6. Discursos comerciales que hacen algo más que simplemente proponer una transacción comercial:** *Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.* (463 U.S. 60 (1983))

**7. La obligación de realizar publicidad:** *United States and Department of Agriculture v. United Foods, Inc.* (533 U.S. 405 (2001))

### **8. Conclusiones**

**9. Tabla de sentencias de la U.S. Supreme Court**

### **10. Bibliografía**

## 1. Introducción

Los empresarios acompañan el desarrollo de sus actividades económicas con manifestaciones verbales o escritas acerca de las mismas, ya sea para publicitarlas, para explicarlas o para defenderlas ante los ataques de otros agentes sociales.

La libertad de empresa reconocida en nuestro ordenamiento por el art. 38 de la Constitución lleva aparejada en alguna medida la facultad de realizar manifestaciones acerca del objeto social o la actividad económica desarrollada por un empresario<sup>1</sup>, pues no existe libertad de empresa sin posibilidad de exteriorizar la actividad económica que conforma el núcleo duro de aquélla: la libertad de mercado conlleva necesariamente el derecho del empresario a invertir recursos para proporcionar información al consumidor con la finalidad de que éste último discierna e identifique el abanico de ofertas que se le presentan.

No obstante lo anterior, manifestaciones de orden comercial quedan además subsumidas en el tenor literal del art. 20 CE, es decir, encajan *prima facie* en el ámbito de protección de la libertad de expresión e información. Y, de hecho, en el último cuarto del siglo XX, la práctica de algunos Tribunales Constitucionales<sup>2</sup> ha reconocido su protección constitucional, en especial, mediante la consideración de la publicidad como uno de los discursos que integran el haz constitucional de la libertad de expresión.

El objeto de este trabajo es presentar la práctica de uno de estos tribunales, acaso el más autorizado en la cultura jurídica mundial y con seguridad el más influyente en la materia. Así, el trabajo se dedica a: a) presentar los hitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo norteamericano en materia de protección constitucional de la publicidad y otras formas de comunicación comercial (*Commercial Speech Doctrine*)<sup>3</sup>; b) referir las diferentes tendencias seguidas; y c) mostrar algunos de los problemas e incoherencias suscitados en la resolución de los casos en aquel país.

---

<sup>1</sup> Véase, por todos, Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Ensayo sobre la libertad de empresa" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040.

<sup>2</sup> En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania, véase Viola SCHMID, *Werbung als Meinung. Eine Studie zum Schutz von Werbung im Grundgesetz, in der Europäischen Menschenrechtskonvention, im Gemeinschaftsrecht und im amerikanischen Verfassungsrecht*, Springer, Berlin 2003. Anxo TATO PLAZA, "Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa", *La Ley* 1994-3, 988, proporciona un buen examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

<sup>3</sup> Una guía con los resúmenes de los casos de la Supreme Court sobre *Commercial Speech* (1975-2003) puede consultarse en Steven G. BRODY y Bruce E. H. JOHNSON, *Advertising and Commercial Speech*, 2ª ed., Practising Law Institute, 2004. El análisis crítico de la doctrina más completo que conozco a la fecha es Robert C. POST, "The Constitutional Status of Commercial Speech", 48 *UCLA L. Rev.* 1 (2000). En España, da cuenta de la doctrina del *Commercial Speech* Anxo TATO PLAZA, "Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana: nuevos desarrollos", *ADI*, Tomo XV, 1993, Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela, Madrid, Marcial Pons, 1994.

## 2. Frontispicio: *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)) y antecedentes.

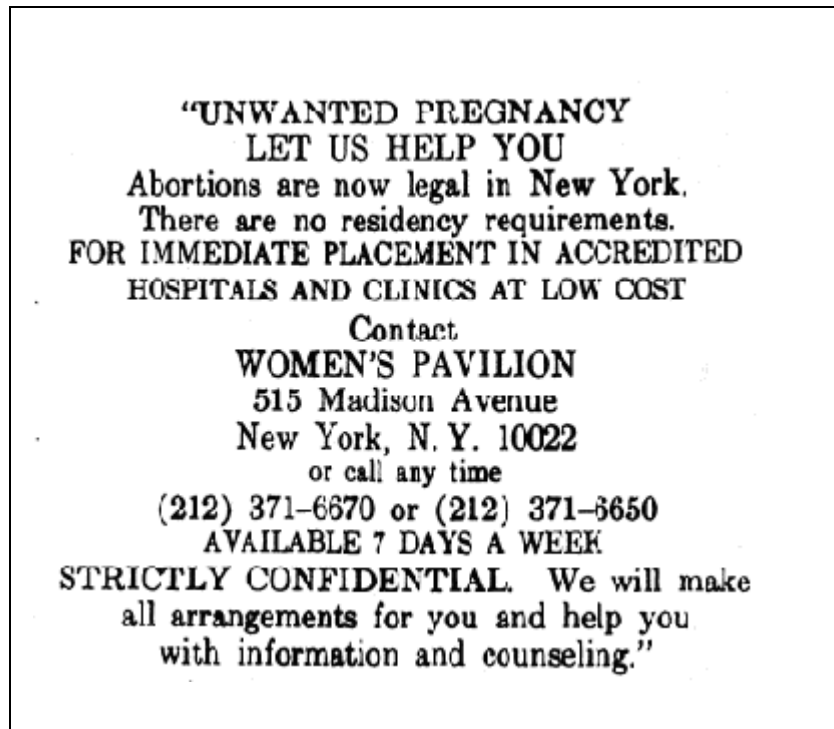
Es habitual en la literatura sobre la protección constitucional de las comunicaciones comerciales calificar a *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)) como la sentencia de la *Supreme Court* estadounidense que marcó el inicio de la doctrina del *Commercial Speech*. También es habitual señalar que la sentencia arrojó con el principio tradicional expresado en *Valentine v. Chrestensen* (316 U.S. 52 (1942)) según el cual la protección de la Primera Enmienda a la Constitución no alcanzaba a la publicidad<sup>4</sup>.

Sin embargo, la puerta de la protección del discurso comercial ya se había abierto, un año antes de *Virginia State Board of Pharmacy*, en *Bigelow v. Virginia* (421 U.S. 809 (1975)), sentencia en la que la Corte Suprema –en ponencia del magistrado Harry A. Blackmun (1908-1999)–, declaraba inconstitucional la sanción impuesta a un diario de Virginia por haber publicado un anuncio en el que informaba de los servicios de una clínica abortista en el Estado de Nueva York cuando en el primero de los estados estaba prohibido fomentar o promover el aborto (Va. Code Ann. § 18.1-63 (1960)). El tribunal concluyó que el anuncio hacía “alguna cosa más que simplemente proponer una transacción comercial” porque “contenía declaraciones de hecho de claro «interés público» [...] no sólo para los lectores que pudieran necesitar los servicios anunciados, sino también para aquellos otros con una curiosidad general o un interés genuino en la materia o en el derecho de otro Estado y en su desarrollo, y para los lectores que persiguieran una reforma legal en Virginia”. Obsérvese cómo este hecho, la imbricación del anuncio con el derecho a abortar, oscurece la cuestión de la protección constitucional de la publicidad<sup>5</sup>. Por otra parte, como afirma la sentencia, la falta de competencia del Estado de Virginia para regular el aborto en otro Estado hacía innecesario entrar en el análisis del grado de protección constitucional que merece el discurso comercial, aunque *obiter dicta* el ponente dejó entrever que “la publicidad no está vedada a la protección que ofrece la Primera Enmienda. Su vinculación con el mercado de productos y servicios no le hace perder su valor para el mercado de las ideas”.

---

<sup>4</sup> Para un análisis de la posición de la U.S. Supreme Court entre la resolución de *Valentine* y la de *Virginia State Board of Pharmacy*, véase Soontae AN, “From a Business Pursuit to a Means of Expression: The Supreme Court’s Disputes Over Commercial Speech from 1942 to 1976”, 8 *Communication Law and Policy*, Spring 2003, p. 201-225.

<sup>5</sup> Poco antes, el Tribunal había decidido uno de los *leading cases* del derecho constitucional norteamericano: *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)), sentencia también redactada por Blackmun, en la que se reconocía el derecho a abortar y se establecían las potestades de regulación en función del mes de embarazo.



En *Virginia State Board of Pharmacy*, el Tribunal dejó clara la inclusión de la publicidad neutra –aquel discurso comercial que, a diferencia de *Bigelow*, “no hace más que proponer una transacción comercial”– en la protección constitucional de la libertad de expresión y dio cuenta de sus fundamentos. La sentencia, también preparada por el Justice Blackmun, verdadero artífice de la *Commercial Speech Doctrine*, declaró inconstitucional el § 54-524.35 del Va. Code Ann., que establecía que el comerciante que hiciera públicos o anunciara los precios de los medicamentos que requieran prescripción médica para su venta incurría en una “conducta antiprofesional”, castigada con una multa o con la retirada de la licencia de venta de fármacos.

Una asociación de consumidores, *Virginia Citizens Consumer Council Inc*<sup>6</sup>, demandó a la agencia reguladora del mercado farmacéutico en el Estado de Virginia, *Virginia State Board of Pharmacy*, y a sus integrantes y solicitó la nulidad del mencionado precepto al considerarlo contrario a la Primera Enmienda. Una *District Court*, integrada por 3 magistrados, declaró nulo el precepto<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Detrás de la asociación estaba uno de los grupos activistas legales más influyentes de los EE.UU.: «Public Citizen Litigation Group» ([www.citizen.org](http://www.citizen.org)), fundado por Ralph Nader y Alan B. Morrison, quienes se han autoproclamado forjadores de la doctrina del *Commercial Speech*. Véase el reciente artículo de Alan B. MORRISON, “How We Got the Commercial Speech Doctrine: An Originalist’s Recollections”, 54 *Case Western Reserve Law Review* 1189 (2004). Sin negar lo anterior, «Public Citizen» se ha manifestado en ocasiones posteriores a favor de regulaciones de la publicidad muy restrictivas de la libertad de expresión. Véase Kathleen M. SULLIVAN, “Cheap Spirits, Cigarettes, and Free Speech: The Implications of 44 Liquormart”, 1996 *Supreme Court Review* 123 (1996), p. 130 n. 35.

<sup>7</sup> 373 F. Supp. 683 (ED Va. 1974).

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de instancia y estableció que un discurso “[...] no pierde su protección por la Primera Enmienda porque se gaste dinero para proyectarlo, como ocurre con un anuncio pagado”, destacó la importancia del discurso comercial en la sociedad:

“El interés particular de los consumidores en la transmisión libre de información comercial puede ser tan intenso, incluso mucho más intenso, que su interés en el debate político más urgente del día”. “En general, la sociedad puede tener un interés sustancial en la transmisión libre de información comercial. Incluso un anuncio concreto, aunque en sí «comercial», puede tener un interés público general”.

Y alabó sus beneficios sociales<sup>8</sup>:

“[N]o puede establecerse un límite entre la publicidad comercial «interesante» o «significativa» y su contraria. La publicidad, aunque en ocasiones trivial y excesiva, es, sin embargo, divulgación de información sobre quién es el productor y el vendedor de qué producto, por qué motivos y a qué precio”<sup>9</sup>.

En concreto, la protección de la expresión de información comercial comporta importantes externalidades positivas:

- 1) Favorece una toma de decisiones informada y de confianza
- 2) Produce una disminución en los precios de los productos y servicios
- 3) Elimina las barreras de entrada para los competidores en un determinado mercado<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Subyace la idea de que el discurso comercial, al igual que la formación de opinión pública, es un bien público. En efecto, al tratarse de un bien infraproducido por el mercado, la intervención del gobierno o alguna de sus agencias reguladoras debe centrarse en subsidiar el discurso y no limitarlo. Véase Daniel A. FARBER, “Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment”, 105 *Harv. L. Rev.* 554 (1991), p. 559. Sin embargo, FARBER, *op. cit.*, p. 565 y ss. cree que es más adecuado calificar al discurso comercial como un bien privado, pues el emisor captura la mayoría de sus beneficios al experimentar un incremento en sus ventas y frente a él las regulaciones no tienen la misma capacidad de disuasión que frente al discurso político. Con todo, la naturaleza del discurso comercial y, en consecuencia, la capacidad para la captura de sus beneficios es objeto de controversias en la literatura: véanse NOTE, “Free Speech Protections for Corporations: Competing in the Markets of Commerce and Ideas”, 117 *Harv. L. Rev.* 2272 (2004) y Matthew L. SPITZER, “Freedom of Expression”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, Macmillan, London, 1998, pp. 167-172, p. 169.

<sup>9</sup> La misma idea se repite en un caso del año siguiente, *Carey v. Population Services International* (431 U.S. 678 (1977)), que declaró inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que prohibía anunciar anticonceptivos, ya que “el hecho de que la publicidad pueda ser ofensiva no justifica su supresión”.

<sup>10</sup> Esta idea no aparece en la sentencia, sino un año más tarde en otra, cuyo ponente fue el propio Blackmun, en un caso de prohibición de publicidad a los abogados del Estado de Arizona (*Bates v. State Bar of Arizona* (433 U.S. 350 (1977))).

Nótese cómo la sentencia parte de que los beneficios informativos de la publicidad superan los costes de recibir determinadas formas de discurso comercial (trivial, excesivo; *tasteless, geschmacklos*), y constituyen el fundamento de su protección constitucional:

“En cuanto protejamos de forma predominante una economía de libre iniciativa, la asignación de los recursos se realizará en gran medida por medio de numerosas decisiones económicas privadas. Es un asunto de interés general que estas decisiones, en global, sean inteligentes y bien informadas. Para este fin, la libre transmisión de información resulta indispensable [...] y también para formar opiniones inteligentes acerca de cómo debe regularse o modificarse el sistema económico”.

Sin embargo, “[c]oncluir que el discurso comercial queda protegido por la Constitución como otras modalidades de expresión no implica que éste no pueda regularse de algún modo”. Así, “la Primera Enmienda [...] no prohíbe a los Estados asegurar que el flujo de información comercial discurra de forma limpia y libre”, de modo que “puedan afrontar de forma efectiva el problema del discurso comercial engañoso o confuso”, es decir, cuando costes sobrepasen beneficios, mediante regulaciones incidentales (*time, place and manner restrictions*). Ésta es la diferencia principal con el estándar de protección del discurso en el contexto de la formación de opinión pública en el que sólo quedan sin cobertura constitucional aquellas expresiones que persigan dañar o engañar a la audiencia de forma dolosa (*actual malice*)<sup>11</sup>.

El recientemente fallecido magistrado William H. Rehnquist (1924-2005) formuló un voto particular contra la sentencia en el que, repitiendo las palabras del Justice Hugo Black (1886-1971)<sup>12</sup>, escribió que no es razonable extender la protección de la Primera Enmienda a un comerciante que va de puerta en puerta vendiendo pucheros. La doctrina, en sus palabras, constituye una sumisión a los alegatos económicos liberales de Adam Smith y una limitación a la potestad del legislador estatal democrático de regular un determinado mercado y, en especial, cuando esté presente el interés de proteger a la salud pública.

El Tribunal Supremo acababa de iniciar así una doctrina conflictiva en el seno de la propia institución marcada por las convicciones personales de los magistrados respecto de las potestades legislativas en la regulación de los mercados<sup>13</sup> y en relación con la importancia

---

<sup>11</sup> Véanse especialmente *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254 (1964)), *Gertz v. Robert Welch Inc.* (418 U.S. 323 (1974)) y *Hustler Magazine v. Falwell* (485 U.S. 46 (1988)).

<sup>12</sup> *Breard v. City of Alexandria* (341 U.S. 622 (1951), 650) (dissenting opinion).

<sup>13</sup> Lawrence Tribe escribirá más tarde que “[t]oda la doctrina de la protección constitucional del discurso comercial manifiesta un intento de conciliación entre el derecho de comunicarse y recibir expresiones acerca de bienes y servicios y el derecho del Gobierno a regular las ventas de tales bienes y servicios”, Lawrence TRIBE, *American Constitutional Law*, 2nd Edition, Foundation Press, Mineola (NY), 1988, p. 903. [el

otorgada a la información comercial, como bien público o como mero instrumento subordinado a una transacción comercial. Este hecho tendrá que determinar la variabilidad de los fundamentos alegados en el desarrollo de la doctrina y los contrapuntos en la demarcación del ámbito de protección del discurso comercial, como veremos seguidamente.

### 3. El riesgo de engaño: *Ohralik v. Ohio State Bar* (436 U.S. 447 (1978)).

*Ohralik v. Ohio State Bar* (436 U.S. 447 (1978)) es el primer ejemplo de restricción del ámbito de protección de las comunicaciones comerciales. En ella, el Tribunal, en ponencia del magistrado Lewis F. Powell, Jr. (1907-1998), dio cabida a la limitación de la expresión comercial justificada en un riesgo de engaño futuro. La preocupación por un flujo de información impoluto y por asegurar un concreto estándar de profesionalidad llevó al Tribunal a adoptar esta perspectiva, continuada un año más tarde en *Friedman v. Rogers* (440 U.S. 1 (1979)).

El Sr. Ohralik, un abogado que ejercía en el Estado de Ohio, conoció que dos jóvenes mayores de 18 años habían sufrido una colisión con un conductor sin seguro de responsabilidad civil y que, según la póliza concertada por los padres de la conductora, correspondía a cada una de ellas una indemnización de 12.500 \$. El abogado se puso en contacto con las lesionadas y las convenció para prestarles sus servicios de defensa. Casi seguidamente, las jóvenes decidieron prescindir del abogado –si bien una de ellas le abonó más tarde una *quota litis* del 30 % de la cantidad transaccionada con la compañía de seguros– y denunciaron a la delegación local de la *Bar Association* cómo uno de sus miembros se había puesto en contacto con ellas para proponerles una relación contractual (*solicitation, ambulance-chasing*). La delegación local comunicó estos hechos a la *Ohio Bar Association*, que inició procedimiento sancionador por infracción de las normas disciplinarias y sancionó al letrado con una suspensión indefinida.

Tras pleitear infructuosamente contra la suspensión, el abogado recurrió ante el Tribunal Supremo Federal al considerar que la sanción impuesta quebrantaba la Primera Enmienda constitucional. La *Supreme Court* desestimó el recurso: la *solicitation* implica una posibilidad significativa de un daño para un posible cliente y es contraria al estándar de profesionalidad socialmente aceptado<sup>14</sup>.

---

volumen II de la tercera edición de la obra en el que se analiza la libertad de expresión y, en especial, la doctrina del *Commercial Speech*, no ha sido publicado todavía].

<sup>14</sup> La profesionalidad, entendida como un interés ajeno a la comunicación comercial que cabe proteger, ha servido como fundamento para limitar el discurso comercial de algunos sectores profesionales. Con éste y otros intereses extralingüísticos, el Tribunal ha ido recortando la posición maximalista inicial sostenida en *Virginia Board of Pharmacy* y en *Bates*. Véase. Fred S. MCCHESENEY, “De-Bates and Re-Bates: The Supreme Court’s Latest Commercial Speech Cases”, 5 *Supreme Court Economic Review* 81 (1997), p. 100 y ss.

Si bien la información prestada por el abogado antes de la perfección del contrato de prestación de servicios puede ser veraz y transparente –incluso puede enseñar las posibilidades de acción que dispone un consumidor ignorante de sus derechos–, existe un riesgo inherente de engaño y coerción, por lo que no resulta inconstitucional que los estados y las agencias reguladoras restrinjan *a priori* la información comercial previa a la celebración de un contrato: corresponde a los colegios profesionales, en cualquier caso, optar por un remedio *ex ante* (regulación estatutaria) o uno *ex post* (v.g.: responsabilidad disciplinaria y/o contractual) para afrontar el problema.

De igual modo, en *Friedman v. Rogers* (440 U.S. 1 (1979)), el Tribunal consideró potencialmente engañosa la utilización de marcas por parte de ópticos, por lo que una ley que las prohibía no era contraria a la Primera Enmienda. En ambos supuestos, se entendía que el discurso comercial en estos casos implicaba más costes sociales que no beneficios informativos.

#### ***4. La existencia de un interés sustancial para regular el discurso comercial.***

Obsérvese que en los casos antes descritos la información comercial se consideraba *per se*, haciendo abstracción de la transacción comercial subyacente. Sólo había incidido en la resolución de los casos la «profesionalidad» como un elemento ajeno al acto comunicativo. Sin embargo, a partir de *Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission* (447 U.S. 557 (1980)), el Tribunal empezó a distinguir entre el interés gubernamental en la calidad del discurso y otros intereses ajenos al propio discurso (en especial, la protección de la salud de los consumidores)<sup>15</sup> y, a partir de entonces, la estrategia de análisis coste-beneficio de los defensores de las medidas regulatorias consistió en afirmar que éstas generaban muchos beneficios y comportaban pocos daños<sup>16</sup>.

##### **4.1. La adopción de un test: *Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission* (447 U.S. 557 (1980)).**

En diciembre de 1973, en plena crisis del petróleo, la *Public Service Commission* –organismo regulador de la industria eléctrica del Estado de Nueva York– ordenó a las centrales eléctricas de aquel Estado que se abstuvieran de promocionar el uso de la energía eléctrica, a los efectos de ahorrar energía y así asegurar el abastecimiento a los consumidores durante aquel invierno.

---

<sup>15</sup> Fred S. MCCHESENEY, *op.cit.*, p. 101.

<sup>16</sup> Nótese cómo cambia el punto de mira en el análisis coste-beneficio respecto de *Ohralik* y *Friedman*. Véase Fred S. MCCHESENEY, *op. cit.*, p. 99.

El 25 de febrero de 1977 la orden se transformó en un *Policy Statement* que prohibía la promoción del suministro de energía eléctrica y sólo permitía el discurso meramente institucional o informativo. El principal objetivo de la medida era el ahorro de energía, mas la prohibición afectaba también a períodos en los que la demanda de energía era baja.

Uno de los suministradores afectados por la orden, «Central Hudson Gas and Electricity, Corp.», recurrió la orden ante los tribunales alegando su inconstitucionalidad. La *Trial Court* y el tribunal de apelación desestimaron los motivos del demandante. La *New York Court of Appeals* —el tribunal supremo estatal— confirmó los pronunciamientos de instancia<sup>17</sup>, por lo que «Central Hudson» recurrió ante la *Supreme Court*.

El Tribunal Supremo, en sentencia redactada por el magistrado Lewis F. Powell, entendió que la orden de la *Commission* no sólo restringía los intereses comerciales de las centrales eléctricas, puesto que “la expresión comercial no sirve sólo a los intereses económicos del emisor, sino que también asiste a los consumidores y persigue el interés social en la divulgación más plena de información”.

El Tribunal recordó que “[l]a preocupación de la Primera Enmienda por el discurso comercial está basada en la función informativa de la publicidad. En consecuencia, no puede existir ninguna objeción constitucional a la supresión de mensajes comerciales que no informen de forma adecuada al público sobre una actividad lícita”. En estos casos, “el Estado puede hacer valer un interés sustancial a alcanzar mediante restricciones en el discurso comercial”. “Además, la técnica regulatoria debe ser proporcional a este interés. La limitación sobre la expresión debe estar diseñada de forma cuidadosa para conseguir el objetivo del Estado. Para cumplir este requisito se deben dar dos criterios. Primero, la restricción debe avanzar de forma directa el interés estatal implicado; la regulación no puede sostenerse si sólo proporciona una ayuda inefectiva o remota a las finalidades del gobierno. Segundo, no son válidas las restricciones si puede perseguirse el interés gubernamental mediante una restricción más limitada sobre la publicidad”.

El Tribunal acababa de implantar el criterio a utilizar para revisar las medidas limitadoras de la publicidad y del discurso comercial conocido como *Central Hudson test* o *four prong test*, que el Tribunal resumió de la siguiente manera:

“[P]ara que un discurso comercial quede protegido [por la Primera Enmienda] debe referirse a una actividad lícita y no debe ser engañoso. Después, indagamos si el interés gubernamental perseguido es substancial. Si ambas preguntas obtienen una respuesta afirmativa, debemos determinar si la regulación se relaciona directamente con el interés gubernamental perseguido y si no supera a la que es esencial para la consecución de este interés”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> 47 N.Y. 2d 94, 110, 390 N.E. 2d 749 (1979).

Nótese cómo, a partir del caso, el contexto que envuelve la información comercial cuenta al analizar la constitucionalidad de una medida restrictiva

Para el caso concreto, el Tribunal observó que no se trataba de la promoción de una actividad ilícita o que se hiciera frente a una publicidad engañosa. Además existía un interés sustancial del Estado en la regulación que restringía el discurso comercial: la conservación de la energía y el mantenimiento de una cierta estructura de precios. El Tribunal concluyó que la prohibición de la promoción de la energía eléctrica servía a los propósitos del ahorro energético, aunque no a los de mantener un determinado esquema de precios:

“El vínculo entre la prohibición de publicidad y la estructura de precios del recurrente es, como máximo, tenue [...] y altamente especulativo”. “[...] Por el contrario, el interés del Estado en el ahorro de energía se alcanza directamente mediante la orden de la Comisión examinada. Existe una conexión inmediata entre la publicidad y la demanda de electricidad. Central Hudson no hubiera combatido la prohibición de publicidad si no hubiera creído que con la promoción aumentaría sus ventas”.

Pero entendió que la medida era desproporcionada para servir a estos propósitos, puesto que suprimía información que no conducía necesariamente a un ahorro energético. Por ejemplo, no podrían anunciarse calderas de calefacción ni fuentes de almacenamiento de energía eléctrica para alimentar sistemas de energía solar. Dado que la *Commission* no demostró que no era posible perseguir sus finalidades mediante cualesquiera otras medidas, cabía calificar la prohibición de realizar publicidad de inconstitucional por desproporcionada.

Blackmun formuló un voto particular, al que se adhirió el magistrado William J. Brennan, Jr., en el que manifestaba su acuerdo con el fallo pero no con la argumentación utilizada. Entiende Blackmun que el test se aleja de la doctrina previa elaborada por el Tribunal y no constituye una protección adecuada del discurso comercial veraz, no engañoso y no coercitivo. Permitir al Estado realizar una regulación que afecte al discurso comercial es “manipular las elecciones de los ciudadanos, no persuadiéndolos o mediante una regulación de contenido, sino privándolos de la información necesaria para elegir de forma

---

<sup>18</sup> El test utilizado es una transformación del construido en *United States. v. O'Brien* (391 U.S. 367 (1968)). En este caso, O'Brien había quemado públicamente su cartilla militar en protesta por la intervención de los EE.UU. en la guerra del Vietnam y había sido condenado por quebrantar una ley penal federal que lo prohibía. El Estado, dijo el Tribunal Supremo, puede tener un interés legítimo en regular el aspecto no lingüístico del comportamiento en cuestión y éste puede predominar sobre el elemento de la expresión si

- a) el Estado tiene competencia para ello,
- b) la consecución del interés tutelado es importante o sustancial,
- c) este interés no está relacionado con la supresión de expresión libre, y
- d) la restricción incidental de las libertades de expresión no supera a la que es esencial para la consecución de aquel interés.

libre” y aunque el sentido común aconseja diferenciarlo del discurso público, “no hay motivos que justifiquen un escrutinio relajado de aquellas injerencias que supriman publicidad veraz, no engañosa ni coercitiva”.

Rehnquist, en su línea, redactó un voto particular en el que dejaba patente su oposición a la doctrina del *Commercial Speech* y entendía, para el caso, que el fallo del Tribunal constituía un retorno a doctrinas judiciales pre-New Deal, que permitían anular regulaciones económicas con base en las propias convicciones del Tribunal. Para Rehnquist, los gobiernos y sus agencias reguladoras están en una mejor posición que el Tribunal para identificar qué medidas moldeadoras del mercado son más adecuadas para la consecución de los intereses definidos por el legislador<sup>19</sup>.

El *four-prong test* se ha convertido en la principal herramienta en manos del Tribunal para analizar los casos encuadrables en la doctrina del *Commercial Speech*, que continúa todavía vigente<sup>20</sup>. Como muchos analistas han puesto de manifiesto, el test adolece de importantes deficiencias y vaguedades, sobre las que tendremos que volver, que permiten interpretar los requisitos a voluntad de los magistrados conformadores de la mayoría en un caso concreto.

Por ejemplo, el Tribunal en *Board of Trustees of State University of New York v. Fox* (492 U.S. 469 (1989)), en el examen de la prohibición impuesta por los órganos rectores de la Universidad de New York de realizar “Tupperware parties” –reuniones en las que se mostraban y promocionaban artículos de menaje de cocina– en las habitaciones de los universitarios en el campus, concluyó que el cuarto requisito del test podía entenderse no como la medida que no superara a la esencial para limitar el discurso, sino simplemente como una medida «razonable» para alcanzar el interés sustancial perseguido.

El *Central Hudson test* constituye en la actualidad el principal elemento que distingue el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una regulación de la comunicación comercial y el de otra regulación que afecte a cualesquiera otra forma de discurso. Frente a este estándar intermedio más relajado (*four-prong test*), el Tribunal Supremo obliga al uso de un estándar de revisión riguroso o calificado (*strict scrutiny*) en el ámbito del discurso

---

<sup>19</sup> Este es el substrato presente en uno de los asuntos más importantes resueltos por el Tribunal Supremo norteamericano en los últimos veinticinco años: *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council et. al.* (467 U.S. 837 (1984)).

<sup>20</sup> Véase *infra* el comentario a *Lorillard Tobacco Co et al. v. Reilly, Attorney General of Massachusetts* (533 U.S. 525 (2001)).

público<sup>21</sup>. Otras diferencias entre discurso público y discurso comercial son, siguiendo a Kathleen M. SULLIVAN<sup>22</sup>:

- (1) Los anuncios de transacciones ilegales pueden prohibirse incluso cuando no constituyan una inducción prohibida por la ley (*proscribable incitement*).
- (2) El discurso comercial engañoso o confuso no recibe protección constitucional: así, si para limitar un discurso público inveraz, los tribunales requieren la prueba del dolo (*actual malice*) o, en su caso, dolo eventual en la conducta del emisor; en el ámbito del discurso comercial, el estándar se degrada hasta la simple negligencia o, incluso, se configura en términos de responsabilidad objetiva.
- (3) Además, el discurso comercial no disfruta de la protección ofrecida por algunos mecanismos procesales propios del ámbito de la Primera Enmienda como la presunción contra la censura previa y la doctrina de la *overbreadth*.

#### 4.2. “The great includes the lesser”: *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.* (478 U.S. 328 (1986)).

*Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.* (478 U.S. 328 (1986)) es, sin duda, la decisión de la U.S. Supreme Court más criticada entre los analistas de la doctrina del *Commercial Speech*. La sentencia, dictada por el magistrado Rehnquist, transformó el test erigido en *Central Hudson* para reducir casi a cero la protección constitucional de la publicidad.

En el caso, la empresa «Posadas de Puerto Rico Associates Inc.», dedicada a la explotación de dos casinos, tras haber sido multada en diversas ocasiones por realizar publicidad de sus servicios a los ciudadanos de Puerto Rico, cuando en aquel Estado estaba prohibida la publicidad de casinos dirigida a los isleños<sup>23</sup>, y amenazada con la retirada de la licencia, interpuso acción declarativa de que la ley, en su aplicación por Tourism Co. –organismo público regulador del sector del juego–, era contraria a la Primera Enmienda. La *Superior Court* de Puerto Rico, Sección de San Juan, estimó la demanda de forma parcial: si bien la aplicación de la ley era arbitraria, errónea y extralimitada en ocasiones, no había razones

---

<sup>21</sup> Según NOTE, “Making Sense of Hybrid Speech: A New Model for Commercial Speech and Expressive Conduct”, 118 *Harv. L. Rev.* 2836 (2005), la utilización de este estándar intermedio frente a un régimen de *strict scrutiny* u otro de *rational basis* responde al compromiso del Tribunal Supremo de buscar un equilibrio entre dos tendencias: la creciente protección de la libertad de expresión y el respeto post *Lochner* a regulaciones económicas.

<sup>22</sup> Kathleen M. SULLIVAN, *op. cit.*, pp. 126-127.

<sup>23</sup> R. 76-218 y 76a-1(7)

para creer en la inconstitucionalidad de la prohibición. El Tribunal Supremo de Puerto Rico confirmó el fallo de instancia.

El Tribunal Supremo decidió revisar el caso y, al hacerlo, recurrió al *four prong test* de *Central Hudson* para declarar válida la prohibición de publicidad de juegos de azar. En primer lugar, se trataba de publicidad de una actividad lícita. En segundo lugar, el legislador puertorriqueño perseguía un interés sustancial con la restricción: la protección de la salud, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos. El Tribunal consideró que, a pesar de que estuviera permitida la publicidad de las quinielas hípicas, peleas de gallos y las loterías, la restricción de la publicidad de los casinos avanzaba directamente el interés del Estado en reducir la demanda de juegos de azar en casinos. Asimismo, el Tribunal también entendió que se cumplía el cuarto requisito del examen: no se trataba de una medida desproporcionada, pues continuaba siendo posible realizar anuncios destinados a turistas y no existían otras medidas alternativas más viables (contradiscurso, advertencias) y, en cualquier caso “es el legislador quien debe decidir si (estas medidas alternativas) son tan eficientes para reducir la demanda como lo es una prohibición de la publicidad”, es decir, existe una cierta presunción de constitucionalidad a favor del regulador.

Además, el legislador puertorriqueño “habría podido prohibir los juegos de casino a los residentes de Puerto Rico. En la visión del Tribunal, el mayor poder para prohibir completamente los juegos de casino incluye necesariamente el menor poder para prohibir la publicidad de éstos”<sup>24</sup>. Esta afirmación ha dado lugar al aforismo “The great includes the lesser”, que ha recibido fuertes críticas en el seno del propio Tribunal<sup>25</sup>.

El magistrado John Paul Stevens (al que se adhirieron Marshall y Blackmun) formuló un voto particular en el que expresaba su oposición al fallo: no se entiende que la regulación aprehenda dos estándares, uno para los residentes y otro para los turistas, pues con ello se ignora de forma casi grotesca la globalización de los mercados: ¿Qué ocurre con los anuncios publicados en un diario de difusión nacional o los emitidos por un canal de televisión por cable? ¿Por qué debe diferenciarse su régimen del de los medios de comunicación locales?<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> El razonamiento ya había sido apuntado por T. H. JACKSON and J. C. JEFFRIES, “Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment”, 65 *Virginia Law Review* 1 (1979), p. 34: “Given the authority to set prices in the first place, [...]there is nothing remarkable in the extension of legislative control to price advertising”.

<sup>25</sup> Véase *infra* el comentario a 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* (517 U.S. 484 (1996))

<sup>26</sup> Fred S. MCCHESENEY, *op. cit.*, p. 105-106 responde a la pregunta en clave de economía de la regulación: el interés en distinguir dos mercados (el local y el turístico) explica que se restrinja la publicidad en el primero de ellos. Los habitantes de la isla disponen de suficiente información sobre los casinos y su publicidad tiene sólo un efecto relativo en el incremento de la demanda y lo que hace es variar su elasticidad. Por ello, la prohibición de la publicidad sirve al regulador para mantener una estructura de precios y para impedir la entrada de potenciales competidores.

Brennan también escribió un voto particular, suscrito por los magistrados Marshall y Blackmun: no hay motivos para privar al público en general de información adecuada para realizar sus elecciones privadas. Citando a *Bates*, recordó que el interés económico del emisor hace que “la expresión no sea susceptible de verse desplazada por una regulación pormenorizada, pero ello no justifica una supresión de información tal que mantenga a los consumidores en un estado de ignorancia permitiendo a sus gobernantes eliminar discurso protegido por la Constitución”.

**5. La publicidad de otros «vicios»: 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* (517 U.S. 484 (1996)) y *Lorillard Tobacco Co et al. v. Reilly, Attorney General of Massachusetts* (533 U.S. 525 (2001)).**

44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* (517 U.S. 484 (1996)) supone un contrapunto a *Posadas de Puerto Rico* en al análisis de las regulaciones que limitan el discurso comercial para proteger al público de ciertos consumos que el legislador puede considerar contrarios a la salud, a la seguridad o a la integridad física o moral de sus ciudadanos. En este sentido, el Tribunal Supremo tampoco ha mantenido una línea firme en el examen de la constitucionalidad de regulaciones implementadas para extinguir o reducir los consumos «viciosos», ya sea la reglamentación de la publicidad de los juegos de azar, del tabaco o de bebidas alcohólicas.

Ni una cierta deferencia a creer en un relativismo moral del vicio por parte de los miembros del Tribunal, ni el convencimiento de que en *Posadas de Puerto Rico* podían utilizarse medidas menos restrictivas del discurso explican cómo a casos tan iguales se aparejan soluciones tan dispares.

En 1991 la sociedad «44 *Liquormart, Inc.*», que contaba con una licencia para vender bebidas alcohólicas en el Estado de Rhode Island, insertó un anuncio en un diario en el que informaba de los bajos precios de sus aperitivos y refrescos y acompañaba la información con una fotografía de botellas de ron y vodka y con la palabra “wow”. Diversos competidores consideraron que el anuncio infringía una ley de aquel Estado promulgada en 1956 que prohibía la publicidad de los precios de venta de alcohol, lo que llevó al *Rhode Island Liquor Control Administrator* a sancionar a la sociedad con una multa de 400 \$.

Después de satisfacer la multa, «44 *Liquormart, Inc.*» interpuso una acción para declarar que la ley era contraria a la Primera Enmienda constitucional. La *District Court*, basándose en investigaciones empíricas, consideró que la norma no avanzaba directamente el interés del Estado en reducir el consumo de alcohol y que era desproporcionada. La *Court of Appeals* consideró que la publicidad incrementaría la competencia en el mercado con el consiguiente efecto de disminución en los precios y aumento de la demanda, por lo que declaró la medida constitucional<sup>27</sup>.

El Tribunal Supremo, en ponencia de Stevens, criticó plenamente la máxima de que “lo más incluye lo menos”:

“[P]rohibir el discurso puede ser a veces mucho más nocivo que prohibir una conducta. Como dice un viejo proverbio, es peor prohibir a la gente que enseñen a otros cómo pescar que prohibirles vender el pescado. [...] En resumen, rechazamos la idea de que las palabras sean menos vitales para la libertad que las acciones”.

Para el caso, el Tribunal declaró que “[c]uando un Estado regula mensajes comerciales para proteger a los consumidores frente a prácticas de venta engañosas, confusas o agresivas, u obliga a revelar ciertas informaciones beneficiosas para los consumidores, persigue una finalidad coherente con las razones que abogan por la protección constitucional del discurso comercial y, por tanto, queda justificada una revisión menos estricta [que la utilizada en el contexto de la Primera Enmienda]. Sin embargo, cuando un Estado prohíbe enteramente la divulgación de mensajes comerciales verdaderos y claros con finalidades no relacionadas con el mantenimiento de un proceso de negociación equitativo, hay menos razones para abandonar el estándar de revisión riguroso (*strict scrutiny*)<sup>28</sup> que demanda en general la Primera Enmienda”<sup>29</sup>.

“Los peligros que suscitan las prohibiciones completas de discurso comercial claro y verdadero no pueden explicarse por referencia a la «diferencia de sentido común» entre discurso comercial y discurso no comercial”, sino que “estas prohibiciones sirven a menudo sólo para oscurecer una «política gubernamental subyacente» que podría implementarse sin necesidad de regular el discurso. En este sentido, las prohibiciones de discurso comercial no sólo dificultan las decisiones de los consumidores, sino que también impiden el debate acerca de cuestiones fundamentales de política pública”.

El Tribunal concluyó que la medida era inconstitucional al entender que la prohibición de anunciar los precios de las bebidas alcohólicas no avanzaba el interés gubernamental en promover un consumo moderado.

---

<sup>27</sup> 39 F. 3d 5, 7 (CA1 1994).

<sup>28</sup> Recurrir a este estándar reforzado significa que para que una regulación restrictiva de la libertad de expresión sea constitucional, la autoridad que la dictó debe: a) justificar la existencia de un interés público casi ineludible; y b) establecer aquellas limitaciones menos restrictivas para tal fin. Véase Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *First Amendment Law*, 2d ed., New York, 2003, pp. 204 y ss.

<sup>29</sup> Para Robert C. POST, *op. cit.*, p. 47, este fundamento subvierte la lógica del *Central Hudson* test, pues la función del legislador queda así limitada a evitar “commercial harms”, siendo imposible aducir cualesquiera otras razones de legitimidad de la regulación.

El Tribunal Supremo siguió, más o menos, el mismo camino en un caso cinco años posterior relativo a la publicidad de productos fabricados con tabaco: *Lorillard Tobacco Co et al. v. Reilly, Attorney General of Massachusetts* (533 U.S. 525 (2001)).

En 1999 el Fiscal General de Massachusetts promulgó una regulación de la publicidad de los productos del tabaco<sup>30</sup> para “tapar los agujeros” que, en su opinión, contenía el *Master Settlement Agreement*<sup>31</sup>. Entre otras regulaciones, se prohibía la colocación de anuncios de cualquier producto elaborado con tabaco (cigarrillos, cigarros puros y tabaco de mascar) en espacios públicos o en el interior de tiendas visibles desde el exterior en cuyo radio existiera una zona de recreo, un parque o una escuela de enseñanza primaria o secundaria a menos de 1000 pies (305 metros) y se prohibía que en los puntos de venta y distribución hubiera anuncios de tabaco a menos de 5 pies (un metro y medio) del suelo.

Lorillard Tobacco Company, otras tres tabacaleras y un grupo de fabricantes y vendedores de productos derivados del tabaco demandaron al Fiscal General de Massachusetts ante una *U.S. District Court* de aquel Estado y solicitaron la nulidad de la regulación alegando su contravención de la *Federal Cigarette Labeling and Advertising Act* (FCLAA)<sup>32</sup> y de la Primera Enmienda.

La *District Court* entendió que la FCLAA no impedía una regulación de origen estatal referida a productos diferentes de los cigarrillos, ni tampoco imposibilitaba a los Estados legislar sobre la localización de los anuncios, puesto que la limitación federal era aplicable

---

<sup>30</sup> 940 Code of Mass. Regs. §§21.01-21.07,22.01-22.09 (2000).

<sup>31</sup> El *Master Settlement Agreement* o Acuerdo Marco ponía fin a medio siglo de *tobacco litigation* en los EE.UU.: las seis compañías tabacaleras más grandes del país (Brown & Williamson Tobacco Corp., Lorillard Tobacco, Philip Morris Companiesw Inc., Reynolds Tobacco Co., Commonwealth Tobacco and Liggett & Myers Tobacco Co) transigieron con 46 Estados de la Unión las posibles responsabilidades derivadas de la acción de reembolso de los gastos sanitarios derivados del consumo del tabaco. Para la historia del litigio del tabaco en los Estados Unidos y su transacción, véanse Juan Antonio RUIZ GARCÍA y Pablo SALVADOR CODERCH, “El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales”, *InDret* 3/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)) y “El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales”, *InDret* 4/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), y Pablo SALVADOR CODERCH, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, José PIÑEIRO SALGUERO y Antoni RUBÍ PUIG, “Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y «Mar Egeo»”, *InDret* 1/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 3-8.

En el Acuerdo Marco, las compañías tabacaleras convenían en adoptar toda una serie de restricciones en su publicidad y en las técnicas de venta de sus productos, entre las que destacan las siguientes:

- a) Los anuncios se van a limitar a publicaciones en blanco y negro, excepto en revistas destinadas al público adulto.
- b) No podrán utilizarse personajes de animación en la publicidad del tabaco como “Joe Camel”.
- c) No podrá realizarse publicidad dirigida a menores.
- d) Las compañías tabacaleras no podrán patrocinar conciertos u otros actos con público juvenil como las competiciones deportivas.
- e) No podrán anunciarse marcas de tabaco en estadios deportivos.

<sup>32</sup>15 U.S.C. Section 1334 (b)

únicamente a la información contenida en las etiquetas y en los anuncios de cigarrillos. Aplicando el test de *Central Hudson*, concluyó que la regulación no era contraria a la Primera Enmienda excepto en las restricciones a la publicidad en los puntos de venta. La *U.S Court of Appeals for the First Circuit* confirmó la sentencia de instancia<sup>33</sup> y, además, concluyó que la regulación de los anuncios en los puntos de venta no era inconstitucional.

El Tribunal Supremo, en ponencia de la magistrada O'Connor, estableció que la FCLAA prevalecía sobre la legislación estatal en cuanto a la publicidad de los cigarrillos, pero no afectaba a otros productos derivados del tabaco. Cuatro magistrados disintieron de este fundamento.

En cuanto a la cuestión que más interesa en esta sede –la publicidad de los cigarros puros y el tabaco de mascar–, el Tribunal consideró que su regulación era contraria a la libertad de expresión comercial. El Tribunal rechazó la solicitud de los recurrentes de aplicar un examen estricto de la medida en favor de utilizar el *four-prong test* acuñado en *Central Hudson*: concluyó que el Fiscal General tenía un interés sustancial en proteger a los menores del consumo de tabaco y aportó prueba suficiente mediante estudios empíricos de que la publicidad estaba directamente relacionada con el consumo de tabaco. Sin embargo, el Tribunal consideró que restringir la publicidad constituía una medida excesiva y más que esencial para servir al interés perseguido: por ejemplo, el requisito de los 1000 pies de distancia impedía la publicidad del tabaco en entre un 87 y 91 % del área metropolitana de Boston. En cuanto a la prohibición de anuncios a menos de cinco pies del suelo, el Tribunal consideró que la medida era inútil para proteger a los menores ya que nada impide que puedan alzar la vista para mirar los anuncios que cuelguen del techo.

Si bien, existe un interés sustancial en proteger a los menores del consumo de tabaco compartido por el Tribunal<sup>34</sup>, concluye que la industria tabacalera ostenta un interés protegido en comunicar información sobre sus productos y los consumidores adultos tienen derecho a recibirla

## ***6. Discursos comerciales que hacen algo más que simplemente proponer una transacción comercial: Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp. (463 U.S. 60 (1983))***

Como se ha apuntado, *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)) inició la protección constitucional de aquel discurso comercial que “no hacía nada más que simplemente proponer una transacción comercial”. En muchas ocasiones, sin embargo, no resulta tan obvio que una comunicación comercial proponga directamente una transacción comercial. Además, en muchas otras ocasiones los discursos comerciales proponen una transacción económica pero también hacen algo más. En este

---

<sup>33</sup> *Consolidated Cigar Corp. v. Reilly*, 218 F. 3d 30 (2000).

<sup>34</sup> Véase *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (529 U.S. 120 (2000)).

sentido, un discurso comercial puede servir también para informar acerca de elementos ajenos a la transacción, para entretener o para dar a conocer una opinión.

La utilización del doble rasero por parte de la *U.S. Supreme Court* —uno para enjuiciar el discurso público y otro para el discurso comercial—, obliga a los operadores jurídicos a recurrir a un determinado criterio para decidir la aplicación de uno u otro estándar cuando estén entreverados elementos de ambas formas de discurso (*mixed commercial speech*). Desde la aparición de la doctrina del *Commercial Speech*, el Tribunal Supremo de los EE.UU. se ha pronunciado en una ocasión sobre este problema: *Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.* (463 U.S. 60 (1983)).

En 1979 «Youngs Drug Products Corp.», fabricante de anticonceptivos, decidió iniciar una campaña de publicidad por correo mediante folletos en los que, además de promocionar sus productos, se informaría del papel de los preservativos en la prevención de enfermedades de transmisión sexual. En respuesta a la solicitud de autorización, el Servicio Postal advirtió al fabricante que el *Title 39 U.S.C. 3001(e)(2)* prohibía el envío de cualesquiera publicidad sobre medios anticonceptivos no solicitada. El fabricante interpuso una acción para declarar su derecho a enviar sus folletos al público en general. La *U.S. District Court for the District of Columbia* resolvió que el folleto constituía un discurso de naturaleza comercial y que, atendiendo a la doctrina del *Commercial Speech* del Tribunal Supremo, el *Title 39 U.S.C. 3001(e)(2)* era contrario a la Primera Enmienda, pues la restricción que contenía era excesiva para proteger los intereses perseguidos por el regulador.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por las autoridades postales y confirmó el pronunciamiento del tribunal de instancia. A pesar de que los folletos contenían referencias a cuestiones de interés público como la prevención de enfermedades de transmisión sexual y la planificación familiar, el Tribunal Supremo destacó la naturaleza comercial de los folletos por cuanto concurrían tres factores: motivación económica del emisor, formato publicitario de la comunicación, referencias a los productos comercializados. En efecto, el rasero atribuido al discurso comercial, aunque suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la prohibición, fue el aplicado en esta ocasión.

El establecimiento de la frontera entre discurso público y discurso comercial es uno de los principales problemas actuales de la doctrina del *Commercial Speech*. En efecto, la propia existencia de la doctrina conduce a algunos a afirmar que cualquier discurso efectuado por un agente económico reviste una naturaleza comercial, negando con ello la posibilidad de su libre participación en el debate público. Obsérvese que la información sobre preservativos recibe mayor protección si es proporcionada por un médico que por su fabricante y ello puede parecer de entrada razonable. Pero obsérvese también que reciben mayor protección los discursos sobre anticonceptivos realizados por un fanático religioso o un charlatán.

Utilizar dos estándares diferentes hace necesario recurrir a criterios de delimitación en aquellos supuestos en los que informaciones relacionadas con los productos o servicios ofrecidos por un empresario repercuten en la formación de opinión pública. El Tribunal Supremo, a pesar de tener la oportunidad<sup>35</sup>, no se ha pronunciado sobre esta cuestión, tolerando a los tribunales encargados de resolver pleitos suscitados en este ámbito acudir a la doctrina del *Commercial Speech* para justificar la discrecionalidad de sus pronunciamientos.

## 7. La obligación de realizar publicidad: *United States and Department of Agriculture. v. United Foods, Inc.* (533 U.S. 405 (2001))

Obsérvese que en todos los casos expuestos hasta ahora el Tribunal Supremo fundamentaba la protección de la publicidad en el derecho de los consumidores a recibir una información adecuada para una toma de decisiones inteligente. O, como algún autor ha referido críticamente, en la usurpación de los derechos de libertad de expresión de la audiencia<sup>36</sup>. Este enfoque se corresponde, en términos de filosofía política de la libertad de expresión, con la concepción de democracia sostenida por Alexander MEIKLEJOHN<sup>37</sup>. Sin embargo, entrado el nuevo milenio, el Tribunal en el fallo a *United States and Department of Agriculture. v. United Foods, Inc.* (533 U.S. 405 (2001)) añade a este enfoque la idea de que también los emisores de publicidad y de otros discursos comerciales ostentan un derecho a expresarse independiente del derecho de su audiencia.

---

<sup>35</sup> Véase *Nike Inc. v. Kasky* (539 U.S. 654 (2003)). Dos comentarios sobre el asunto son Ronald K.L. COLLINS y David M. SKOVER, "The Landmark Free-Speech Case That Wasn't: The Nike v. Kasky Story", 54 *Case W. Res. L. Rev.* 965 (2004); y Antoni RUBÍ PUIG, "Just pay it. La transacción de Kasky v. Nike", *InDret* 4/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>36</sup> Véase Burt NEUBORNE, "The First Amendment and Government Regulation of Capital Markets", 55 *Brooklyn Law Review* 5 (1989), p. 26.

<sup>37</sup> Véase en extenso, Robert C. POST, *op.cit.* y Robert C. POST, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Harvard University Press, 1995, especialmente p. 268-89; y "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", 89 *Cal. L. Rev.* (2001) [disponible en [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)]. Para Alexander MEIKLEJOHN (1872 - 1964), la libertad de expresión no es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, sino un principio que informa el sistema de autogobierno: "La Primera Enmienda no protege una libertad de expresión. Ampara la libertad de aquellas actividades del pensamiento y de la comunicación mediante las cuales nos "governamos". Se refiere no a un derecho privado, sino a un poder público, a una responsabilidad de gobierno... La libertad que la Primera Enmienda protege no es, pues, la ausencia de regulación. Es la presencia del autogobierno" (Alexander MEIKLEJOHN, "The First Amendment is an Absolute", 1961 *Supreme Court Review* 245 (1961), 255 (la traducción es de Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 25-26). Véanse, además, Alexander MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self Government*, Harper, New York, 1948; y *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Greenwood Press, New York, 1960 y confróntense para examinar la evolución del pensamiento de este autor.

El Congreso de los Estados Unidos promulgó en 1990 la *Mushroom Promotion, Research, and Consumer Information Act*<sup>38</sup> que establecía que el Secretario de Agricultura podía obligar a los productores de champiñones a realizar pagos para la realización de promoción y publicidad genérica de este producto. Uno de los agricultores afectados, la sociedad de Tennessee «United Foods, Inc.», se negó a satisfacer los pagos al considerar que eran contrarios a la Primera Enmienda.

Los Estados Unidos iniciaron un procedimiento ante la *U.S. District Court for the Western District of Tennessee* para conseguir el cumplimiento forzoso del pago. El Tribunal de Distrito estimó la demanda. El Tribunal de Apelación para el Sexto Circuito estimó el recurso de «United Foods, Inc.» y consideró la medida inconstitucional<sup>39</sup>.

El Tribunal Supremo, en sentencia del magistrado Anthony Kennedy, tuvo que superar el escollo del precedente para confirmar la sentencia de instancia:

En 1997 el Tribunal había resuelto *Glickman v. Wileman Brothers & Elliott Inc.* (521 U.S. 457 (1997)), un caso análogo en el que se obligaba a los productores de fruta del Estado de California a contribuir económicamente a su publicidad genérica. La mayoría formada por sólo cinco magistrados consideró que la medida era constitucional ya que formaba parte de un contexto regulador más extenso destinado al mercado en su conjunto: el programa de publicidad obligatoria sólo constituía una parte de esta regulación para mejorar el concreto mercado de la fruta y no implicaba ninguna cuestión constitucional referida a la Primera Enmienda, por lo que el Tribunal resolvió que no era necesario utilizar el test de *Central Hudson* para examinar la constitucionalidad de la medida.

Para ello, el Tribunal afirmó que, para el caso, no importaba tanto la regulación del mercado como la regulación de la publicidad en sí. Para el Tribunal, la *Mushroom Promotion, Research, and Consumer Information Act* no pasaba de ser una regulación de la publicidad cooperativa. El argumento, lejos de convencer, permitió al Tribunal confirmar que son contrarios a la Constitución los pagos y subsidios forzosos para realizar publicidad, lo que es traducible en una libertad negativa de realizar publicidad. En este sentido, el magistrado Clarence Thomas afirmó en su voto particular al caso que “cualquier regulación que obligue a contribuir económicamente a la publicidad debe someterse al escrutinio más severo que impone la Primera Enmienda”. Con todo, el Tribunal dejaba la puerta abierta a la constitucionalidad de contribuciones forzosas a la realización de publicidad como medida incidental inserida en un programa más amplio de regulación de la industria; y a la conformidad con la Primera Enmienda de la publicidad institucional financiada solamente por un determinado grupo de sujetos<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> 104 Stat. 3854, 7 U.S.C. §6101 *et seq.*

<sup>39</sup> 197 F. 3d 221 (1999).

<sup>40</sup> Este último argumento y el recurso a *Glickman* ha servido al Tribunal Supremo para declarar constitucional un sistema obligatorio de tasas para contribuir a la promoción del mercado de carne vacuna (*Johanns v. Livestock Marketing Associations* (544 U.S. — (2005)). La mayoría del tribunal concluyó que la

## 8. Conclusiones

- I. El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha resuelto que las comunicaciones comerciales entendidas como aquel discurso que “no hace más que proponer una transacción comercial” quedan amparadas por la libertad de expresión, aunque en un grado inferior a la protección que recibe el discurso público (político, artístico, científico).
- II. La diferencia principal entre la protección recibida por el discurso público frente a la del discurso comercial estriba en que la constitucionalidad de la regulación de éste último no requiere un estándar de revisión riguroso o calificado (*strict scrutiny*) como el exigido por el Tribunal Supremo para otras formas de discurso. En efecto, el enjuiciamiento de cualesquiera limitaciones del discurso comercial quedará sujeto a una estándar intermedio más relajado (*Central Hudson test* o *four-prong test*) que el calificado utilizado en el ámbito del discurso público, incluso cuando estas limitaciones incidan en el mensaje del anuncio o en su impacto comunicativo. Conforme al *Central Hudson test*, la regulación del discurso comercial superará el test de constitucionalidad si:
  - (a) Afecta a un discurso comercial referido a una actividad lícita y que no sea engañoso.
  - (b) El interés público perseguido es sustancial.
  - (c) Se relaciona directamente con el interés público perseguido.
  - (d) La medida restrictiva que contiene no es desproporcionada para la consecución de este interés.
- III. La doctrina del *Commercial Speech*, en los términos antes descritos, se ha probado ineficaz en aquellos supuestos en los que un discurso está compuesto por elementos de naturaleza pública y otros de carácter comercial.

---

medida se insertaba en un marco regulatorio general del sector y que la promoción tenía lugar mediante publicidad institucional y, por tanto, se trataba de discurso del gobierno. Para un comentario del pleito, véase Gregory KLASS, “The Very Idea of a First Amendment Right against Compelled Subsidization”, 38 *U.C. Davis L. Rev.* 1087-1139 (2005) (también disponible en [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)).

## 9. Tabla de sentencias de la U.S. Supreme Court

| <i>Caso</i>                                                                       | <i>Referencia</i> | <i>Año</i> |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-------------------|------------|
| <i>Valentine v. Chrestensen</i>                                                   | 316 U.S. 52       | 1942       |
| <i>Breard v. City of Alexandria</i>                                               | 341 U.S. 622      | 1951       |
| <i>New York Times Co. v. Sullivan</i>                                             | 376 U.S. 254      | 1964       |
| <i>United States v. O'Brien</i>                                                   | 391 U.S. 367      | 1968       |
| <i>Cohen v. California</i>                                                        | 430 U.S. 15       | 1971       |
| <i>Roe v. Wade</i>                                                                | 410 U.S. 113      | 1973       |
| <i>Gertz v. Robert Welch Inc.</i>                                                 | 418 U.S. 323      | 1974       |
| <i>Bigelow v. Virginia</i>                                                        | 421 U.S. 809      | 1975       |
| <i>Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc</i> | 425 U.S. 748      | 1976       |
| <i>Carey v. Population Services International</i>                                 | 431 U.S. 678      | 1977       |
| <i>Bates v. State Bar of Arizona</i>                                              | 433 U.S. 350      | 1977       |
| <i>Ohralik v. Ohio State Bar</i>                                                  | 436 U.S. 447      | 1978       |
| <i>Friedman v. Rogers</i>                                                         | 440 U.S. 1        | 1979       |
| <i>Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission</i>      | 447 U.S. 557      | 1980       |
| <i>Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.</i>                                         | 463 U.S. 60       | 1983       |
| <i>Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council et. al.</i>              | 467 U.S. 837      | 1984       |
| <i>Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.</i>                           | 478 U.S. 328      | 1986       |
| <i>Hustler Magazine v. Falwell</i>                                                | 485 U.S. 46       | 1988       |
| <i>Board of Trustees of State University of New York v. Fox</i>                   | 492 U.S. 469      | 1989       |
| <i>Rubin v. Coors Brewing Co.</i>                                                 | 514 U.S. 476      | 1995       |
| <i>44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island</i>                                        | 517 U.S. 484      | 1996       |
| <i>Glickman v. Wileman Brothers &amp; Elliott Inc.</i>                            | 521 U.S. 457      | 1997       |
| <i>FDA v. Brown &amp; Williamson Tobacco Corp.</i>                                | 529 U.S. 120      | 2000       |
| <i>United States and Department of Agriculture. V. United Foods, Inc.</i>         | 533 U.S. 405      | 2001       |
| <i>Lorillard Tobacco Co et al. v. Reilly, Attorney General of Massachusetts</i>   | 533 U.S. 525      | 2001       |
| <i>Nike Inc. v. Kasky</i>                                                         | 539 U.S. 654      | 2003       |
| <i>Johanns v. Livestock Marketing Associations</i>                                | 544 U.S. ____     | 2005       |

## 10. Bibliografía

Soontae AN, "From a Business Pursuit to a Means of Expression: The Supreme Court's Disputes Over Commercial Speech from 1942 to 1976", 8 *Communication Law and Policy*, Spring 2003, p. 201-225.

Steven G. BRODY y Bruce E. H. JOHNSON, *Advertising and Commercial Speech*, 2ª ed., Practising Law Institute, 2004.

Ronald K.L. COLLINS y David M. SKOVER, "The Landmark Free-Speech Case That Wasn't: The Nike v. Kasky Story", 54 *Case W. Res. L. Rev.* 965 (2004).

Daniel A. FARBER, "Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment", 105 *Harv. L. Rev.* 554 (1991).

Gregory KLASS, "The Very Idea of a First Amendment Right against Compelled Subsidization", 38 *U.C. Davis L. Rev.* 1087-1139 (2005) (también disponible en [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)).

T. H. JACKSON and J. C. JEFFRIES, "Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment", 65 *Virginia Law Review* 1 (1979).

Fred S. MCCHESENEY, "De-Bates and Re-Bates: The Supreme Court's Latest Commercial Speech Cases", 5 *Supreme Court Economic Review* 81 (1997).

Alexander MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self Government*, Harper, New York, 1948.

---, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Greenwood Press, New York, 1960.

---, "The First Amendment is an Absolute", 1961 *Supreme Court Review* 245 (1961).

Alan B. MORRISON, "How We Got the Commercial Speech Doctrine: An Originalist's Recollections", 54 *Case Western Reserve Law Review* 1189 (2004).

Burt NEUBORNE, "The First Amendment and Government Regulation of Capital Markets", 55 *Brooklyn Law Review* 5 (1989).

NOTE, "Making Sense of Hybrid Speech: A New Model for Commercial Speech and Expressive Conduct", 118 *Harv. L. Rev.* 2836 (2005).

NOTE, "Free Speech Protections for Corporations: Competing in the Markets of Commerce and Ideas", 117 *Harv. L. Rev.* 2272 (2004).

Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Ensayo sobre la libertad de empresa" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040.

Robert C. POST, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Harvard University Press, 1995.

---, "The Constitutional Status of Commercial Speech", 48 *UCLA L. Rev.* 1 (2000).

---, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", 89 *Cal. L. Rev.* (2001) [disponible en [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)].

Antoni RUBÍ PUIG, "Just pay it. La transacción de Kasky v. Nike", *InDret* 4/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Juan Antonio RUIZ GARCÍA y Pablo SALVADOR CODERCH, "El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil I. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales", *InDret* 3/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

---, "El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales", *InDret* 4/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Pablo SALVADOR CODERCH, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, José PIÑEIRO SALGUERO y Antoni RUBÍ PUIG, "Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y «Mar Egeo»", *InDret* 1/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

Viola SCHMID, *Werbung als Meinung. Eine Studie zum Schutz von Werbung im Grundgesetz, in der Europäischen Menschenrechtskonvention, im Gemeinschaftsrecht und im amerikanischen Verfassungsrecht*, Springer, Berlin 2003.

Matthew L. SPITZER, "Freedom of Expression", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, Macmillan, London, 1998, pp. 167-172.

Kathleen M. SULLIVAN, "Cheap Spirits, Cigarettes, and Free Speech: The Implications of 44 Liquormart", 1996 *Supreme Court Review* 123 (1996).

Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *First Amendment Law*, 2d ed., New York, 2003.

Anxo TATO PLAZA, "Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa", *La Ley* 1994-3, 988.

---, "Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana: nuevos desarrollos", *ADI*, Tomo XV, 1993, Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela, Madrid, Marcial Pons, 1994.

Lawrence TRIBE, *American Constitutional Law*, 2nd Edition, Foundation Press, Mineola (NY), 1988.