

INDICE

CAPÍTULO I	3
1.1 INTRODUCCIÓN	3
1.2 JUSTIFICACION	6
1.3 Planteamiento del Problema	8
CAPÍTULO II.....	12
2.1 MARCO TEÓRICO.....	12
2.1.1 Libertad de Prensa.....	13
2.1.2 Libertad de Expresión	14
2.1.3 Libertad de Información	15
2.1.4 Libertad Comercial o de Empresa.....	16
2.2 CENSURA PREVIA	19
2.2.1 Sistema represivo y preventivo	20
2.3 BIENES JURÍDICOS TUTELADOS.....	23
CAPÍTULO III	26
3. MARCO METODOLÓGICO	26
3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	26
3.2 Matriz básica del diseño de investigación	27
3.3 Matriz de Operacionalización de Variables.....	28
3.4 Sujetos y Fuentes de Información.....	29
3.4.1. Fuentes de Información Humanas	30
3.4.2 Fuentes de Información de Materiales	30
3.5 Muestreo, Justificación de Criterios y Explicación de su Determinación	30
3.5.1 Población o Universo del Estudio	30
3.5.2 La Muestra	31
3.6. Instrumentos y Recolección de Datos.....	31
3.7. Alcances y Limitaciones de la Investigación.....	32
CAPITULO IV	33
4. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	33
Derechos Fundamentales y Bienes Jurídicos Tutelados mediante la Ley 5811 y su Reglamento	
11235-G	33
4.1 Bienes Jurídicos tutelados mediante la Ley 5811	40
4.1.1 La Dignidad.....	42
4.1.2 La imagen de la Mujer	44
4.1.3 La Moral Pública y Orden Público.....	46
4.2 Tratamiento dado por la Sala Constitucional a los Recursos de Amparo y Acciones de	
Inconstitucionalidad con respecto a la Ley 5811 durante el periodo de 1995-2002.....	50
4.3 Los criterios jurídicos vertidos por la Sala Constitucional y la Procuraduría General de la	
República y sobre la Ley 5811 y su aplicación.....	62
4.3.1 Censura Previa	62
4.3.2 Principio de Legalidad	66
4.3.3 El Consejo Asesor, su estructura y funciones.....	68
4.3.3.1 Integración del Consejo Asesor.....	68
4.3.3.2 Funciones del Consejo Asesor.....	72
4.4 Discrepancia de criterios vertidos por las últimas cuatro direcciones que asumieron el cargo	
de la Oficina de Control Nacional de Propaganda en la ejecución administrativa de la Ley 5811 y	
su Reglamento, mediante la aplicación de la censura previa	74

4.4.1 Ejecución Administrativa de la Ley 5811 y su Reglamento por las dos direcciones que asumieron el cargo de la Oficina de Control de Propaganda una antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002 y la primer dirección que asumió el cargo en la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006	75
4.4.2 Ejecución Administrativa de la Ley 5811 y su Reglamento durante la Administración Pacheco de la Espriella.....	77
4.4.3 Resoluciones de la Oficina de Control de Propaganda en el año 2004	84
4.4.4 La pugna de la aplicación de la censura previa tanto en la doctrina como nacional y extranjera arribando a la aplicación del citado instituto mediante la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G.....	87
4.4.4.1 Partidarios de la Inaplicabilidad de la Censura Previa.....	88
4.4.4.2 Partidarios de la necesidad de la aplicación de la censura previa.....	94
4.5 Necesidad de Implementar una reforma legal a la Ley 5811 y su Reglamento, la cual regula la propaganda comercial en los medios de comunicación colectiva.....	101
4.5.1 Análisis de la Ley 5811 y su Reglamento	101
4.5.2 Reformas o cambios que se deben implementar a la Ley 5811 y su Reglamento	105
4.5.2.1 Ampliar Parámetros de aplicación de la Ley 5811 y su reglamento.....	105
4.5.2.2 Que la dirección se apoye con la presencia profesionales, tales como abogados, psicólogos, y especialistas en mercadeo, es decir representantes de los sectores involucrados para realizar la aprobación e improbación del material publicitario y cuente con un órgano colegiado de alzada que lo conformen profesionales en Derecho.....	107
4.5.2.3 Reforma legal a Consejo Asesor, que se conforme según lo indico la Procuraduría y delimitar las funciones del Consejo Asesor.....	107
4.5.2.4 Medidas Cautelares y Sanciones	108
CAPÍTULO V.....	109
<i>CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES</i>	109
5.1 Conclusiones	109
5.2 Recomendaciones	117
5.3 Reforma Legal a la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G	118
BIBLIOGRAFÍA	130
ANEXOS	139

CAPÍTULO I

1.1 INTRODUCCIÓN

El tema por investigar versa sobre la ejecución administrativa de la Ley 5811 y su Reglamento, por medio de las distintas direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control Nacional de Propaganda, específicamente de las Administraciones una antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002 y tres durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, a los derechos de Libertad de Expresión, Libertad Comercial y el Debido Proceso con el Derecho de la Familia a la tutela exclusiva del Estado.

La ley 5811 fue creada el 10 de octubre de 1975, y cuatro años más tarde se crea el Reglamento 11235 –G, su labor consiste en regular y controlar con criterio restrictivo la propaganda comercial, cuyo ente encargado sería la Oficina de Control de Propaganda, dependencia adscrita al Ministerio de Gobernación y Policía.

El objetivo de la Ley 5811 se encuentra plasmado en su artículo primero el cual reza lo siguiente:

“ Todo tipo de propaganda comercial que ofenda la dignidad, el pudor de la familia y en la que se utilice la imagen de la mujer impudicamente para promover las ventas, será controlada y regulada con criterio restrictivo por el Ministerio de Gobernación.”

Evidentemente la finalidad buscada por el legislador era la protección de la imagen de la mujer, la dignidad y el pudor de la familia, ello por considerar que tales bienes jurídicos son eminentemente relevantes, y especialmente porque en las últimas décadas la imagen de la mujer se ha visto mancillada, ya que ha sido objeto de explotación en ámbito comercial o de propaganda, la cual ha sido y sigue siendo utilizada como imán para atraer las ventas de bienes y servicios, difundidos por los distintos medios de comunicación colectiva, radio, televisión, periódicos, revistas, etc.

El proyecto de la Ley 5811 fue sometido a la Asamblea Legislativa por la Licenciada Tirza Bustamante de Rivera, en el año 1974, contemplando solamente cuatro artículos, dentro de los cuales se abogaba por la defensa de la imagen y dignidad de la

mujer, que ésta sea visualizada como un sujeto pensante, libre de estereotipos que denigren su imagen y superar los pensamientos de antaño que la mantenían en una posición de sumisión. La citada ley tiene su alumbramiento al amparo de criterios de superación y progreso, donde se conciba a la mujer como un sujeto inteligente, conservando los derechos y garantías que inherentemente posee, como cualquier otro individuo. Aunado a lo anterior fue un factor motivador el informe de Naciones Unidas, preparado por el Secretario General, en aquel momento el Señor Kurt Wladeheim, en relación con los medios de comunicación en la actitud prevaleciente hacia la mujer, ya que se concluyó que las mujeres son utilizadas como objetos sexuales para promover ventas, por lo cual se debían crear mecanismos jurídicos de protección y erradicar tales prácticas. (Oficina de Control de Propaganda, Ministerio de Gobernación, Memoria “El Respeto de los Derechos Humanos en la Propaganda comercial”p. 9).

De la premisa anterior se desprende que indudablemente existen derechos y garantías que son propios de cada individuo y es función del Estado velar por la protección y resguardo de todos y cada uno de ellos, tales como lo son la Libertad de Expresión, Libertad Comercial y el Debido Proceso, como el Derecho de la tutela especial de la familia, no obstante el Estado si bien es cierto goza de un poder de imperio, tal poder no es irrestricto y debe ejercer tales funciones de protección al amparo de los principios establecidos en la Carta Magna tales como el principio de Legalidad, de Reserva de Ley, del Debido Proceso y del Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, el dilema surge cuando cada funcionario público aplica la discrecionalidad otorgada por el Estado y se subroga potestades que éste no le ha conferido, como lo es la inaplicabilidad de la ley en rito o realiza su propia interpretación, como por ejemplo emitir una resolución con una base subjetiva y unipersonal en las resoluciones vertidas, ya que no se está aplicando lo establecido en esta ley, es decir, dichas resoluciones se pronuncian apartándose de la literalidad de las normas y aplicando diferencialmente tanto las leyes, como los tratados internacionales ratificados por nuestro país, y surge la divergencia de criterios e interpretaciones de la ley, como lo son los diversos criterios emitidos por los directores que han asumido el cargo de la Oficina en cuestión, en cuanto a la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G y por ende su ejecución administrativa ha variado de una dirección a otra.

Los bienes jurídicos establecidos constitucionalmente en los artículos 21 y 51, que establecen la protección de la dignidad humana o inviolabilidad de la vida, y la obligatoriedad del Estado a la protección exclusiva de la familia, le otorga a éste la facultad de salvaguardar tales bienes jurídicos, mediante la Administración Pública, ya que la dignidad es un derecho inherente a toda persona, así como el derecho de la familia, que goza de una protección privilegiada por parte del Estado, especialmente promoviendo el sano desarrollo del niño, la niña y de los y las adolescentes, y limitando otros derechos también de primer nivel como los derechos de Libertad de Expresión y Libertad Comercial.

El presente tema de investigación se realizará mediante un análisis comparado de la ejecución administrativa de la ley 5811, dado por las distintas direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control Nacional de Propaganda, en relación con los derechos de Libertad de Expresión, Libertad Comercial y del Debido Proceso, en antítesis al derecho de la familia a una tutela exclusiva por parte del Estado, siendo la investigación eminentemente descriptiva, ello por cuanto se analizarán tanto los Recursos de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad de la Ley 5811 y su Reglamento, sometidos a conocimiento de la Sala Constitucional, así como también de las resoluciones emitidas por las direcciones que han asumido el cargo de la Oficina en mención.

El propósito de la presente investigación radica en evidenciar la incongruencia de criterios manifestados por las direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control Nacional de Propaganda, antes y durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, , y unificar criterios en cuanto a la aplicación de la ley en rito, así como también uniformar conceptos fundamentales consignados en la Ley tales como dignidad, orden social, moral, pudor, y crear lineamientos específicos y generales de la aplicación de la ley 5811, así como también analizar los pronunciamientos vertidos por la Sala Constitucional y la Procuraduría General de la República.

1.2 JUSTIFICACION

La Constitución Política de todo Estado soberano y democrático, tiene como finalidad tutelar y preservar los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas de los individuos.

La protección de dichos derechos fundamentales es el propósito tanto de la Constitución Política, como también de los distintos tratados internacionales que buscan tutelar los derechos inalienables e inherentes de toda persona como por ejemplo la Libertad de Expresión y Libertad Comercial, al igual que el Derecho de la familia a obtener una tutela privilegiada por parte del Estado.

La Oficina de Control de Propaganda, tiene como finalidad velar por la regulación de todo tipo de propaganda comercial que vaya en detrimento de la dignidad, la imagen de la mujer y el pudor de la familia, para lo cual utiliza como instrumento jurídico la Ley 5811 y su Reglamento.

Desde su creación en el año 1975 hasta la fecha la Oficina ha sido dirigida por diferentes directores, los cuales no han tenido una uniformidad de criterios en la aplicación y ejecución de la Ley 5811, es por tal razón que la presente investigación tiene como objetivo primordial evidenciar que dicha ley no ha sido ejecutada de igual forma, lo cual deviene en una inconsistencia de su aplicación y por ende de la materia que regula.

Dentro de los aportes que se vislumbran, se desprende que una vez efectuado el análisis de las funciones y criterios vertidos por cada dirección que ha asumido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, de los Recurso de Amparo, Acciones de Inconstitucionalidad y de las Resoluciones emitidas como producto de las denuncias incoadas, se demostrará la discrepancia de criterios vertidos y la aplicación subjetiva de la ley en rito lo cual nos permitirá verificar y tomar como punto de partida cuál de las direcciones ha ejercido de forma correcta la aplicación de la Ley 5811, y además ha respetado los derechos de libertad de expresión y libertad comercial y cuál ha protegido

como lo indica la Carta Magna, los derechos de la familia a la tutela especial del Estado, y de esta forma evidenciar si en ciertos casos se han expuesto bienes jurídicos de total preeminencia como los derechos de la familia como elemento fundamental, como derecho correlativo a los derechos de libertad de expresión y libertad comercial.

Otro de los aportes que se infieren es que al encontrarnos frente a una ley especial se deben aplicar mayores métodos que nos permitan visualizar con mayor magnitud que las leyes que se estén aplicando se encuentren apegadas al Principio de Legalidad y de Reserva de Ley, ello con el objeto de que los administrados tengan conocimiento de la forma y aplicación de las leyes, lo cual nos permitirá ser más cautelosos con la aplicación de una determinada ley, ya que cuando no se aplique de forma homogénea se deben buscar medios que coadyuven a encontrar respuestas acertadas y buscar criterios jurídicos que nos permitan proteger bienes de total preeminencia, como lo son los bienes jurídicos de primer orden, ya que al mantener una uniformidad de criterios en la aplicación de una determinada ley nos proporcionará una mayor seguridad jurídica, lo cual es uno de los aspectos que se encuentran ausentes en la ejecución administrativa de esta ley, por las direcciones que han asumido el cargo de la Oficina y que han interpretado la ley subjetivamente lejos del Principio de Legalidad, específicamente en el control preventivo de la propaganda comercial, en lo que a la censura previa se refiere.

De lo anteriormente expuesto cabe mencionar que la presente investigación brindará un aporte significativo, tanto a nuestra sociedad en general, como a las partes involucradas en la problemática, por ejemplo los publicistas, abogados, comerciantes y consumidores en general, ya que les permitirá saber cuáles son los parámetros en la aplicación de la Ley 5811 y su Reglamento, que definen cuál material publicitario infringe la presente ley, en lo que respecta a los publicistas y comerciantes ya que tendrán conocimiento de la ley y generalizar conceptos como dignidad y pudor, mismos que deben respetar cuando se encuentren en la producción de un comercial, ya sea de radio, televisión, periódicos, etc, y de esta forma no podrán alegar ignorancia de la ley, lo cual tampoco es una excusa, y en última instancia le permitirá al consumidor obtener la información necesaria sobre cualquier bien o servicio que ingrese por cualquier medio de comunicación colectiva, que

éstos lleguen a su conocimiento respetando los derechos de la personalidad, entre los que se destacan la dignidad e imagen, teniendo en cuenta que ejercerá su derecho a la información y que el encargado de suministrarla realizará la labor de forma responsable, pudiendo evaluar si la citada ley es o no constitucional, tendrán la oportunidad de conocer los distintos criterios vertidos por las direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, de la Sala Constitucional, del Departamento Legal del Ministerio de Gobernación y Policía y de la Procuraduría General de la República, y determinar con esos criterios si es procedente o no la aplicación de la censura previa en un Estado democrático como el que ostentamos, con el objetivo de salvaguardar bienes jurídicos de total relevancia como lo es el derecho de la familia, que es el elemento fundamental de la sociedad, y estatuir si lejos de recriminar la aplicación del instituto de la censura previa, por el contrario lo apoye, en aras de proteger la niñez y adolescencia costarricense.

Otro de los aportes radica en que se podrá diferenciar la forma que cada dirección establecía para la interposición de las denuncias que hayan infringido la ley, ya que desde su creación hasta la Administración Pacheco de la Espriella la forma de incoar una denuncia podría realizarse vía telefónica y en la actualidad después de la publicación de la Gaceta del día 17 de Marzo del 2003, las mismas se deberían interponer solamente por escrito, de lo anteriormente expuesto se desprende que el sistema de interposición de denuncias varía notablemente de una administración a otra, entonces analizando el principio de seguridad jurídica se podrá determinar cuál sistema de interposición de denuncias se ha realizado conforme a derecho.

1.3 Planteamiento del Problema

Al encontrarnos en un Estado de Derecho debemos tener la seguridad que éste tiene el deber de respetar y asimismo salvaguardar las garantías y derechos de los individuos, tanto los derechos individuales como los sociales, tales como la Libertad de Expresión, Libertad Comercial y velar por el cumplimiento del Debido Proceso, así como también debe custodiar y salvaguardar el derecho de la familia como elemento esencial de la sociedad, todos los derechos supracitados tienen la cualidad de ser derechos de rango

constitucional. Sin embargo, la trama surge cuando se da una interpretación y aplicación subjetiva, desvirtuando el objetivo buscado por las leyes, como es el caso de la ejecución administrativa de la Ley 5811, ejercida por las distintas direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control Nacional de Propaganda. El presente tópico se analizará específicamente a las últimas cuatro direcciones que han asumido el cargo de la oficina, dichas direcciones ejercieron el cargo durante las administraciones, una antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002 mismo que estaba ocupado por la Señora Alejandra Rivera Hernández, y tres durante la Administración Pacheco de la Espriella, 2002-2006, las cuales eran ocupados por la Licenciada Jéssica López Delgado, Licenciado Adrián Hernández Araya y Licenciada Roxana Blanco Flores, última que en la actualidad es la que se encuentra ejerciendo el cargo.

La Oficina de Control Nacional de Propaganda, tiene como función velar por la aplicación de la Ley 5811, la problemática surge con la forma de interpretar las leyes y posteriormente con la aplicación de las mismas, el conflicto deviene específicamente de la aplicación de los artículos 1,2,3,4,5,6,9,11,12 y 14 de la Ley 5811 y el reglamento 11235 G al aplicar la censura previa, ya que las dos primeras direcciones consideraban que la aplicación de tal figura deviene en un vicio de inconstitucionalidad, amparados en los artículos 28, 29 y 7 de la Constitución Política y diversos Tratados Internacionales ratificados por Costa Rica, que establecen los derechos de libertad de expresión sin previa censura y el respeto de la jerarquía normativa.

Por otra parte, las últimas dos direcciones que asumían y asume el cargo durante la Administración Pacheco de la Espriella, avalan la aplicación de la censura previa y se fundamentaban en que la finalidad de la citada figura estriba en el espíritu de la Ley 5811, la cual regula la protección de la dignidad, el pudor de la familia, y que no se utilice la imagen de la mujer de forma impúdica, con el objeto de promover la venta de un producto o servicio, lo anterior en aras de salvaguardar dichos bienes jurídicos de primer orden.

El conflicto nace cuando en un Estado específico no exista una uniformidad de criterios en la ejecución administrativa en cuanto a la aplicación de una determinada Ley, y

surge aquí la interrogante ¿Cuál es el tratamiento dado por las distintas direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control Nacional de Propaganda antes y durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, a los derechos de Libertad de Expresión, Libertad Comercial y del Debido Proceso, con el Derecho de protección a la familia por el Estado, mediante la aplicación de la Ley 5811?

Para responder la anterior pregunta es menester precisar el objetivo de la Oficina de Control Nacional de propaganda, en el cual radica la regulación de la propaganda comercial, que ofenda la imagen de la mujer, la dignidad y el pudor de la familia, este es un aspecto que todas las direcciones han tenido muy claro, sin embargo, el dilema surge con la ejecución administrativa de la aplicación de la Ley 5811, ya que existe discrepancia de criterios vertidos por cada Dirección a la hora de aplicar la ley en comentario, lo cual deviene en un grave perjuicio para los administrados, ello por cuanto no se tiene un marco jurídico claramente delimitado, no hay reglas claras que le permitan al ciudadano tener conocimiento de cómo se debe comportar o los parámetros que debe respetar. Tal es la situación de incertidumbre de tales criterios, que tanto la Procuraduría General de la República así como también la Sala Constitucional se han pronunciado sobre la aplicación y constitucionalidad de la Ley 5811 y su reglamento, así como también han conceptualizado términos como dignidad, pudor, familia, etc.

Aunado a lo anterior, la Ley 5811 presenta algunos vicios e inconvenientes, por ejemplo se denota la presencia de un órgano denominado Consejo Asesor el cual tiene una serie de funciones contempladas en el articulado de ambos cuerpos jurídicos y que a la fecha el mismo no se encuentra plenamente conformado, por ende no tiene la capacidad de sesionar, ni de ejercer las funciones propias que le fueron encomendadas por el legislador, lo cual afecta vehementemente su aplicación válida y efectiva, ya que tanto en la ley así como también en su reglamento, no se encuentran con capacidad de realizar las funciones para lo cual fueron creados.

Además de lo anterior, la normativa en cuestión surgió a la vida jurídica desde el año 1975 y 1979 respectivamente, siendo importante subrayar que el Derecho evoluciona

con la sociedad, y con mucha mayor razón el derecho comercial, que es un derecho eminentemente dinámico y progresivo, el cual evoluciona día con día al igual que la publicidad, que funge como una herramienta del Derecho Comercial y por ende de la Libertad de Comercio o de Empresa, ya que como bien lo indicó M Reale, 1973, citado por (Betegón, Gascón, De Páramo y Prieto, 1997) que enuncia que el Derecho tiene un triple enfoque que no se debe visualizar independientemente, ya que el Derecho es un hecho, valor y norma. Hecho como fenómeno social que admite un estudio empírico y puede ser visto como un fenómeno más de los que enmarcan la vida del hombre en sociedad; el Derecho como valor o punto de vista sobre la justicia, que requiere una aproximación desde la moralidad, y como norma o regla de conducta que reúne ciertas características, entonces al ser el derecho un hecho, valor y norma se extrae que así como evolucionan las relaciones entre los individuos de la colectividad, la normativa también debe adaptarse al avance de la misma e ir de la mano con su desarrollo, con la finalidad de suplir sus necesidades desde todo punto de vista sea éste comercial, social ó legal, lo que implica que así como evolucionan las relaciones comerciales entre los individuos y el Estado, así debe reformarse el ordenamiento jurídico e ir de la mano con el desarrollo económico y social de cada país. (p.8).

CAPÍTULO II

2.1 MARCO TEÓRICO

Hoy día nos encontramos en un mundo cada vez más evolucionado, con una tecnología más innovadora, en un sistema que nos subsume cada día más, en un mundo más globalizado, donde las relaciones que se susciten entre los diferentes Estados y asimismo entre los individuos se den por razones meramente comerciales y de conveniencia. Es por tal razón que diversos Estados se han dado a la tarea de crear y fomentar leyes que le permitan al individuo crecer en libertad y ejercer los derechos que le son inherentes como ser humano.

Los Derechos de libertad se encuentran consagrados tanto en los diferentes tratados internacionales, como también en la Carta Magna, entre los que se destacan la libertad de prensa que incluye la libertad de expresión y libertad de información, de empresa, de culto, etc. El sentido general del termino libertad, implica que toda persona tiene derecho de realizar lo que la ley le permita y abstenerse de realizar lo que la misma ley le prohíba, en similar sentido, De Esteban y González (1992), conciben “la Libertad como la facultad de poder hacer todo lo que no dañe a los demás sin más límites que los señalados por la ley.” (p.263).

Al encontrarnos en un Estado de Derecho, éste tiene la obligatoriedad de consagrar e igualmente respetar los derechos y garantías constitucionales de los individuos, por un lado el Estado debe proteger de manera exclusiva la familia como fundamento esencial de la sociedad, y por el otro también debe respetar los derechos de libertad de expresión y libertad de empresa.

Partiendo de la premisa anterior se puede ver como dos posiciones antagónicas se enfrentan hoy desde el punto de vista social y económico, una que aboga por la aplicación de la figura de la censura previa en la propaganda comercial y sostiene que debe existir una intervención y regulación directa del Estado, con el objetivo de salvaguardar bienes jurídicos de mayor preeminencia como lo es el derecho de la familia a ser protegida de

forma exclusiva por aquél y otra por los derechos que posee todo individuo sin excepción alguna de ejercer la libertad de expresión y de empresa sin previa censura, pero con la particularidad de ejercer dicho derecho con responsabilidad propia, con una mínima intervención Estatal, asumiendo responsabilidades ulteriores por el ilícito cometido.

Diversas corrientes doctrinarias se han dado a la faena de analizar el tema en cuestión, siendo menester mencionar que todavía no existe consenso alguno, ello por cuanto diversos países apoyan la primera tesis de la inaplicabilidad de la censura previa y otros, que lejos de reprimirla la apoyan en su más amplia acepción.

Así como no ha habido consenso en la aplicación o no de la figura de la censura previa, por los distintos autores que han analizado los fundamentos a su favor y en su contra, tampoco ha habido unificación de criterios en la aplicación de la Ley 5811 en Costa Rica, la cual regula la propaganda comercial que ofenda los bienes jurídicos establecidos en su artículo primero en los distintos medios de comunicación colectiva. La ejecución administrativa que se ha efectuado a la citada ley obedece a la discrepancia de criterios seguidos por las diferentes direcciones que han asumido el cargo de la Dirección de la Oficina de Control Nacional de Propaganda.

Es relevante hacer en este preciso momento un análisis doctrinario de la libertad prensa, de expresión, de información y comercial o de empresa, para posteriormente conceptualizar con mayor propiedad el instituto de la censura previa, haciendo énfasis de su función en la propaganda comercial.

2.1.1 Libertad de Prensa

En otras legislaciones, la libertad de expresión y libertad comercial es entendida como libertad de prensa, la cual es concebida de diversas formas, Alfaro (1999) concibe por libertad de prensa como la potestad y derecho de los titulares de publicar o imprimir lo que estimen conveniente sin censura previa. (p.287).

En este mismo orden de ideas, expresa Bertoní (2000), que la libertad de prensa es un elemento esencial de un Estado libre, pero ello consiste en no aplicar previa censura a las publicaciones, y no en libertad de censurar, ya que toda persona tiene el derecho de exponer los sentimientos que le plazcan ante el público, prohibirle eso es destruir la libertad de prensa, pero si lo que se publica es impropio, malicioso o ilegal, el autor del ilícito debe soportar las consecuencias de su temeridad. (p.38).

Nuestro ordenamiento jurídico no enuncia la libertad de prensa como tal, sino que la Constitución Política la contempla como libertad de expresión y se interpreta que deriva del artículo 28 del mismo cuerpo normativo, el cual señala que todos pueden publicar sus pensamientos e ideas, sin previa censura.

Partiendo de las anteriores aseveraciones los distintos ordenamientos establecen parámetros y legislaciones pertinentes que le permitan al ciudadano ejercer tales libertades públicas, no obstante el conflicto surge cuando en un determinado Estado no se interprete correctamente el ordenamiento jurídico establecido y se desvíen dolosamente la literalidad de las normas, con el fin de ejercer las libertades de expresión y de empresa con el único objetivo de lucrar, sin tener ningún sentido de la responsabilidad que ello conlleva.

2.1.2 Libertad de Expresión

La libertad de expresión es el pilar de todo estado Democrático, sin embargo se debe tener presente que ninguna libertad es irrestricta, por cuanto somos miembros de una sociedad debemos ejercer nuestros derechos, teniendo en cuenta que el derecho de cada uno termina donde inicia el de los demás.

Uno de los autores más destacados en el tema de las libertades públicas, es Marriehoff (2000) quien concibe la Libertad de Expresión como aquel derecho natural e inalienable de los hombres que derivan de la libertad de pensar, se halla comprendido dentro de los derechos intransmisibles, siendo asimismo un derecho fundamental de respeto total a la persona contenidos en la Ley Suprema. (p.648).

En este mismo sentido indica Sagués (2001) que se entiende por libertad de expresión todo tipo de conducta destinada a la transmisión de las ideas y pensamientos de los individuos, dicho derecho tutela precisamente la conducta expresiva, y es un complemento indispensable del derecho de pensamiento, dada la naturaleza intrínseca social del hombre, (p.422-423).

En la legislación costarricense, la libertad de expresión se infiere de los artículos 28 y 29 de la Carta Magna, lo que implica que toda persona tiene el derecho de pensamiento y de expresión, pudiendo transmitir ideas de toda índole, utilizando cualquier medio de comunicación colectiva.

2.1.3 Libertad de Información

La Libertad de expresión es un género y la libertad de información es una de sus especies, según señala Sagués (2001), definiéndola como aquel derecho de todo individuo de recibir y difundir información e ideas de toda índole, tutela los medios de comunicación, cuyo papel es el derecho de recibir información veraz y adecuada. (p 422-423).

En el mismo sentido señala Ekmekdjian (1996) y Álvarez (2003) quienes consideran que la libertad de información puede ser clasificada en dos apartados, una actitud activa y una pasiva.

En el primer caso se está en presencia del derecho a informar, es decir, comunicar a los demás individuos el contenido de ideas, opiniones o noticias y en el segundo implica el derecho a ser informado, es decir la pasiva que supone la obligación correlativa de publicidad a cargo del Estado, sin perjuicio de la actividad que en tal sentido puedan ejercer los particulares, de todos los actos del gobierno y de los particulares con intereses sociales en general. (p 30 y p.392 respectivamente).

2.1.4 Libertad Comercial o de Empresa

En la vasta doctrina sobre el tema de la libertad comercial, se encuentra Álvarez (2003), quien señala que la misma debe ser considerada como una consecuencia de las libertades de los individuos de exponer todo tipo de ideas, aún con un interés económico, ya que tiene su fundamento en la propiedad, dicho interés puede desembocar en realizar actividades de carácter empresarial, y dentro de las actividades se encuentran las de promocionar sus productos y servicios. (p.50)

La finalidad de la libertad comercial, radica en el derecho de toda persona de publicitar sus productos y servicios, mediante la propaganda comercial, ello por cuanto dicho derecho contempla tanto el derecho que tienen los individuos para realizar todo tipo de publicación de bienes y servicios, a la colectividad, como el derecho de información de los consumidores, que éstos a su vez tengan la posibilidad de elegir y exigir mejores productos y servicios, donde aquí también ambas partes se verán beneficiadas, tanto los consumidores, que tendrán mayores opciones, así como también los comerciantes, que al tener mayor competitividad se verán en la obligación de ofrecer mejores productos y servicios, ello por la competencia que se da entre la oferta y la demanda.

La Sala Constitucional analiza las libertades supracitadas y realiza una diferenciación entre la Libertad de Expresión y Libertad de Empresa, ya que concibe la primera como “un derecho fundamental, que posibilita al ciudadano la expresión de sus pensamientos, ideas y opiniones, sin más restricciones que las establecidas en la propia Constitución Política y las que se deriven del artículo 28, para proteger la moral, el orden público y los derechos de terceros”. Resolución 5393-97 Sala Constitucional, y la segunda, es decir la Libertad de Empresa como aquel derecho que tiene como finalidad obtener un lucro.

En cuanto a la Libertad de Expresión, la Sala Constitucional se refirió en los siguientes términos:

La doctrina caracteriza a la libertad de expresión como una libertad presupuesto del ejercicio de otras libertades, que opera como legitimadora del funcionamiento del sistema democrático y de la eficacia de sus instituciones y que jurídicamente adopta una pluralidad de formas. La vinculación más clara se da con la libertad de pensamiento, que es la condición previa e indispensable para la existencia de la libertad de expresión, la cual implica la posibilidad de que el sujeto transmita sus pensamientos (ideas, voliciones, sentimientos), y comprende la libertad de creación artística o literaria. La libertad de palabra, la libre expresión cinematográfica y también las manifestaciones vertidas por medio de la prensa escrita, la radio y la televisión, en tanto son medios de difusión de ideas. Así también, de la libertad de expresión se infiere el derecho de dar y recibir información y el derecho a comunicar con propósito diverso ya sea económico, político, recreativo, profesional, etc. Sin que se impongan medidas restrictivas que resulten irrazonables. La libertad de expresión no sólo protege al individuo aislado sino, también las relaciones entre los mismos miembros de la sociedad y es por ello que tiene una gran trascendencia, ya que contribuye a la formación de la opinión pública. Es a su vez presupuesto de la libertad de prensa y de la libertad de información, pues de la libertad de expresión derivaron en sucesión histórica la libertad de prensa (o de escritos periódicos dirigidos al público en general) y la libertad de información, que es como hoy en día se denomina a la libertad de expresión concretada en los medios de comunicación social. Resolución 2000-8196.

Mientras que interpreta que la Libertad de Empresa es un presupuesto de la propaganda comercial, la cual ha sido objetivo de análisis en diversas resoluciones dentro de las que se destacan la resolución, No. 5393-97, que la concibe como un tipo de publicidad especializada, es impersonal y dirigida a una audiencia, que a la vez es su propio objetivo, por los medios de comunicación masiva a fin de promover la venta de bienes y servicios o la difusión de ideas o doctrinas cuya finalidad consiste en intereses económicos o morales para atraer consumidores, la Resolución número 2201-08439, Exp 01-001853-0007-CO, señala que la propaganda comercial es todo aquel material destinado a proyectarse o transmitirse por medios de difusión colectiva televisión, radio, etc, y también la Resolución número 2000-8196, la cual es remitida por la resolución 2002-03128 ambas de la Sala Constitucional, que manifiestan que:

La propaganda comercial es hoy día una de las principales herramientas de quienes pretenden vender bienes y servicios, pues les permite dirigir su mensaje comercial a la mayor cantidad de personas con el fin de que los adquieran. Si bien puede difundirse a través de medios de comunicación colectiva, como periódicos, radioemisoras o canales de televisión, es una actividad cuyo objetivo principal es disuadir y convencer a los consumidores de la conveniencia o necesidad de adquirir un bien o servicio determinado, y su contenido se relaciona con la Libertad de Empresa, la cual tiene su fundamento en el artículo 28 y 46 de la Constitución Política.

Es necesario hacer un estudio conceptual de mercadeo y publicidad para entender con mayor precisión la finalidad de la propaganda comercial y su estrecha relación con la libertad de empresa.

La Sala Constitucional entiende por Mercadeo el análisis, la organización, la planeación y el control de los recursos, decisiones y actividades de la empresa, que tiene como objeto satisfacer de la mejor forma las necesidades y los deseos de los clientes y obtener los beneficios esperados. Define como publicidad el soporte del mercadeo que actúa como su instrumento difuso y consiste en la transmisión de mensajes con objeto de provocar una reacción positiva que incline a la aceptación del mensaje. Se trata de un recurso para estimular la demanda, orientarla, despertar interés, generar confianza y conseguir la preferencia de los consumidores, sea desde el punto de vista comercial o institucional.

Por otra parte, se concibe la propaganda comercial como la publicidad desarrollada para propagar o difundir un producto, servicio, una materia, un espectáculo, etc, es un tipo de publicidad especializada, es impersonal y se encuentra dirigida a una audiencia, que a la vez es su propio objetivo, por medio de los medios de comunicación masiva a fin de promover la venta de bienes y servicios o la difusión de programas, ideas o doctrinas con objetivos económicos o morales para atraer compradores o adeptos, según sea el caso. Se ha reiterado el concepto de propaganda comercial definido en las diversas resoluciones

emitidas por la Sala Constitucional, con la finalidad que se pueda constatar que todas las definiciones vertidas por la Sala, hacen énfasis en que el objetivo de la propaganda comercial es un medio publicitario para lograr un fin específico, el cual es el lucro mediante la venta de un producto o servicio, siendo importante mencionar que algunos autores difieren con tal concepción, ya que la conciben como un medio de difusión de ideas, pero de carácter político, y surge de esta forma una divergencia de conceptos y por ende una diversa interpretación sobre las leyes.

Como presupuesto de lo anterior y del análisis realizado a los conceptos de libertades, externados tanto en la distinta doctrina así como también mediante los diversos pronunciamientos de la Sala Constitucional se puede examinar en el siguiente acápite la figura de la censura previa, con el objetivo de determinar si es procedente o no su aplicación a la libertad de expresión y de empresa en la propaganda comercial.

2.2 CENSURA PREVIA

La doctrina mayoritaria concibe en análogo sentido la definición de la censura previa, dentro de los jurisprudencias que la han analizado, se destaca (Marriehoff, 2000), al conceptualizarla como la exigencia de cumplir determinados requisitos antes de que se efectúe la publicación de un artículo, libro, etc., vgr sometiendo el artículo o asunto a publicar, a un examen previo y una aprobación por parte de la autoridad estatal. (p.649).

En el mismo orden de ideas (Sagués, 2001), destaca en su doctrina, que se entiende también por censura previa como el acto u omisión que inhabilite la publicación, de cualquier cosa que tenga como finalidad llegar a la colectividad, que dificulte que el producto informativo llegue normalmente a la sociedad (p 422-423), en el mismo sentido, la Sala Constitucional entiende como censura previa aquel control, examen o permiso a que se somete una publicación, texto u opinión, con anterioridad a su comunicación al público, mediante el cual se pretende realizar un control preventivo de las manifestaciones hechas por un medio de comunicación colectiva, ya bien sea radiofónico, televisivo o impreso. Resolución 200-8196. Homogéneamente al concepto de censura previa esgrimido por la

Sala se refiere Ekmekdjian (1996), quien señala que la censura previa significa lato sensu el control, examen o permiso a que se solía someter cualquier texto con anterioridad a su comunicación al público, sigue externando, tiene carácter preventivo, no obstante considera que algunos autores admiten la validez de su aplicación en los medios de comunicación tales como la radio, el cine y la televisión, y fundan su opinión en el hecho de que en algunos de estos medios en especial la televisión, la imagen penetra indiscriminadamente y puede causar un mayor daño. (p 38, 39).

Según lo expresan diversos jurisconsultos que han analizado la figura de la censura previa, existe una dicotomía de criterios en cuanto a la aplicación de la misma, ello por cuanto unos optan por aplicarla como un sistema represivo y otros que optan por el preventivo, como es el caso de nuestro país, que tiene como objetivo proteger la niñez y la adolescencia, tanto en los espectáculos públicos como en la propaganda comercial, por ende se inclina por el sistema preventivo, el cual lo encontramos regulado en el articulado de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos 7440 y la Ley 5811 y su Reglamento 11235 G.

2.2.1 Sistema represivo y preventivo

Existe un arduo análisis realizado a las libertades públicas supracitadas. Dentro de los jurisconsultos que más fundamentos han esgrimido sobre el tema se encuentra Villalobos, (1997) quien manifiesta que existen dos sistemas diferentes, el represivo o sancionador y el preventivo.

El represivo o sancionador, lejos de asimilarlo con la política de regímenes dictatoriales o autoritarios, es por el contrario propio de un régimen democrático, donde las personas pueden actuar libremente y sólo si se exceden en el ejercicio de sus derechos se reprime al infractor, contrario sensu el sistema preventivo es propio de las dictaduras o gobiernos autoritarios, ya que no permite el libre ejercicio de las libertades públicas, sino que exige permisos previos. La censura previa (a priori) implica que lo que se quiere expresar debe ser previamente autorizado. (p. 99)

Dentro de los autores que avalan la teoría del sistema represivo, se cuenta con las palabras enunciadas por (Sagués, 2001), quien reitera sobre la definición de la censura previa, y la declara como el impedimento de la difusión de ciertos datos o ideas y que tales ideas pueden publicarse sin censura previa, asimismo remite la Convención Americana de Derechos Humanos o también denominado Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 13 que establece que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de periódicos, frecuencias radioeléctricas y aparatos usados en la difusión de la información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” que “no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley. (p 430,436).

El sistema por seguir depende del régimen democrático que ostente cada país, no obstante esta no es una regla irrestricta, ya que existen países de corte democrático donde se ejerce la censura previa, cuyo propósito radica en la protección de bienes jurídicos de mayor relevancia, tal es el caso de nuestro país que promulga la democracia y el respeto de los derechos de todas las personas, sin embargo aboga por la aplicación de la censura previa. Lo anterior ya que se aplica la tesis de la exclusión de bienes jurídicos.

Partiendo de la premisa anterior, nuestro país es partidario de la teoría de la exclusión de bienes jurídicos, las cuales fueron citadas por diversos jurisconsultos especialistas en el ejercicio de las libertades públicas, los cuales externan que existen dos teorías que intentan dar solución al conflicto de bienes jurídicos, de los derechos de libertad de expresión y libertad comercial, en antítesis al derecho de la familia a la tutela efectiva y especializada, por parte del Estado.

La primera teoría se denomina Teoría de la Exclusión de Bienes Jurídicos que señala que efectivamente nos encontramos frente a dos derechos de igual rango, por estar contemplados en la Constitución Política, no obstante por aspecto de necesidad se debe proteger de forma exclusiva y en supremacía el derecho de la familia sobre los derechos de

libertad de expresión y libertad comercial, se debe hacer una valoración y hacer la exclusión de bienes jurídicos, que una vez realizada evidentemente la familia es un bien jurídico supremo y de mayor preeminencia que el derecho a ejercer las libertades públicas.

Esta teoría apoya la necesidad y obligatoriedad del Estado de velar por bienes jurídicos de mayor relevancia, como lo es el derecho de la familia, la cual merece una tutela especial del Estado y aboga por que se de la aplicación de la censura previa y que el Estado sea el ente encargado de regular tales derechos fundamentales, por ejemplo en Europa se inclinan por esta tesis y consideran que el Estado es el encargado de velar por la regulación de los derechos citados anteriormente.

Entre quienes sostienen la citada tesis se encuentra Bertoni (2000), quien sucintamente remite al artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y su Interpretación, el cual reza:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión: Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o 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 una autorización previa.(p.11)

Otro de los doctrinarios que avalan la aplicación de la censura previa, y por ende la de la exclusión de bienes jurídicos, se encuentran (Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, y Heyde, 1996), quienes afirman que son justificables las medidas de la aplicación de la censura previa, si existe un peligro concreto y directo inminente para un bien jurídico de rango superior, contra lo que no pueda combatirse de otra forma. (p.173)

Por otro lado, se puede hacer mención de la segunda tesis denominada Teoría de Equilibrio, la cual es seguida por Álvarez (2003), y que señala que existe un régimen de concurrencia normativa y no de exclusión, gozando todos ellos de una fuerza expansiva que

actúa sobre las normas limitadoras de los mismos, los cuales han de ser interpretadas restrictivamente. (p.394).

Esta teoría expone que cuando se enfrenta una colisión de bienes jurídicos de primer nivel, se debe establecer un equilibrio y que ambas partes puedan ejercer sus derechos, tanto que se pueda ejercer el derecho de libertad de expresión y libertad comercial sin previa censura, por considerarla inconstitucional y que al encontrar un equilibrio, la familia no se vea desprotegida, ello porque es función del Estado velar porque ambas partes ejerzan sus derechos manteniendo un equilibrio y preservando el ejercicio de ambos derechos.

Lo anterior demuestra que al existir una dicotomía de criterios vertidos sobre el tópico en rito, los Estados optan por la tesis que consideren más adecuada y proporcione mayores beneficios a la población, lo anterior con el objetivo de salvaguardar bienes jurídicos que consideren de mayor preeminencia.

2.3 BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

La frase bienes jurídicos fundamentales contiene dos aspectos uno objetivo y otro subjetivo, el primero señala que los derechos fundamentales responden a un conjunto de valores y principios de vocación universal que informan todo el contenido del ordenamiento supraconstitucional y el aspecto subjetivo se refiere a los derechos fundamentales que determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, al mismo tiempo que enmarcan sus relaciones con el Estado y demás personas particulares.

La ley 5811 establece en su artículo primero que es competencia de la Oficina de Control de Propaganda proteger la dignidad, la imagen de la mujer y el pudor de la familia, bienes jurídicos de primer orden, por lo cual el Estado tiene como obligación preservar tanto los derechos de los individuos a ejercer los derechos de libertades públicas, así como también preservar los bienes jurídicos supracitados, ambos de rango constitucional.

Tanto la Constitución Política, como los distintos Tratados Internacionales ratificados por nuestro país conciben la dignidad como un bien jurídico de primer orden, por ser propio de los derechos humanos entendiéndose como dignidad aquel valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. (Ministerio de Gobernación y Policía y Seguridad Pública. 2001 p.53).

Otro de los bienes jurídicos de total preeminencia tutelados mediante la Ley 5811 es la imagen, manifiesta Pérez (1994) que la doctrina ha hablado de un “derecho” a la imagen, considerando como tal , “aquel que la persona tiene a su propia representación externa” y que viene a ser una especie de proyección de la persona. En tal sentido se le ha dado relevancia jurídica en su aspecto objetivo; lo que la imagen significa para el titular y para las demás personas con las que se relaciona es lo que al Derecho le interesa tutelar. (p.91).

Seguido al bien jurídico supracitado, se encuentra la familia cuya protección la consagra nuestra Constitución Política específicamente en el artículo 51 el cual reza:

“La familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.”

De lo anterior se intuye que es deber del Estado proteger la niñez y la adolescencia de los ataques inminentes de la propaganda comercial en los distintos medios de comunicación colectiva, objetivo plasmado tanto en la Carta Magna, como en el artículo primero de la Ley 5811, que protege el pudor de la familia, entendido éste según Creus (1997) como:

El sentimiento medio de decencia sexual, o sea, aquel sentimiento que pone límites a las manifestaciones de lo sexual que se pueden hacer a terceros, al margen de las relaciones de carácter privado, en los que los límites a esas manifestaciones están condicionadas por el común sentimiento de los sujetos que lo integran. El pudor es... un

valor social... Se afectaría cuando su ataque puede ser receptado por un número indeterminado de personas, o privadamente cuando ese ataque incide sobre personas determinadas. El pudor se ve atacado con la obscenidad, concebida ésta como “la manifestación torpe de lo sexual, que condensa la lascivia en el modo indecoroso de expresarle, o sea la manifestación que nos choca por la manera como expresa la sexualidad ante las nociones que tenemos de cuales deben ser los límites de esa expresión, como integrantes de la determinada sociedad en que vivimos. (p.218,219)

Otro de los bienes jurídicos tutelados en la Ley en rito son el orden público, la moral pública y las buenas costumbres. La Sala Constitucional concibe por orden público como “el conjunto de principios que, por una parte atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social. Del mismo modo define la moral pública y las buenas costumbres “como el conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad.” Sentencia 3350-1992.

Como corolario de lo anterior, la aplicación del instituto de la censura previa es uno de los temas de mayor controversia en la actualidad por la doctrina nacional y extranjera, y nuestro país no es la excepción, puesto que la problemática surge con la ejecución administrativa de la Ley 5811 y su Reglamento, de la interpretación y aplicación que se ha dado a los citados cuerpos jurídicos, y que ello deviene de la discrepancia de criterios vertidos por las distintas direcciones con la aplicación del citado instituto, mismo que será analizado en las distintas Resoluciones, Recursos de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad sometidos a conocimiento de la Sala Constitucional.

CAPÍTULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

La presente investigación versa sobre la Ejecución Administrativa de la Ley 5811 y su reglamento por medio de las distintas direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control Nacional de Propaganda, de la aplicación de la censura previa por medio de la citada ley a la propaganda comercial, en aras de proteger la dignidad, la imagen de la mujer y el pudor de la familia, de lo cual surge el conflicto jurídico de los derechos de libertad de expresión y libertad comercial versus el derecho de la familia a ser tutelada por el Estado.

Cabe señalar que el marco metodológico utilizado en un trabajo de investigación es uno de los aspectos más importantes, ya que por medio de éste el lector tendrá conocimiento de cómo y con qué metodología el investigador obtuvo el resultado de la investigación realizada, así como también el investigador podrá delimitar la profundidad de dicho trabajo, el modo utilizado para realizar la misma, además del tipo de enfoque y técnicas utilizadas.

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación será de tipo descriptiva, entiéndase como tal, aquella que tiene por objetivo primordial describir situaciones y eventos.

Según lo indica Barrantes (1999), las investigaciones descriptivas buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. Miden de manera independiente las variables con las que tiene que ver el problema, aunque muchas veces se integran esas mediciones, su objetivo es centrarse en medir con la mayor precisión posible. (p.130)

Al utilizarse el tipo de investigación descriptivo, éste se enfocará directamente sobre la Ejecución Administrativa de la ley 5811 y su reglamento por las distintas direcciones que asumieron el cargo de la Oficina, del conflicto jurídico de los Derechos de Libertad de Expresión, Comercial y Principio del Debido Proceso versus el Derecho de la Familia a ser

tutelada por el Estado. Dicha investigación se realizará mediante un análisis exhaustivo de la doctrina nacional y extranjera, la jurisprudencia emitida por la Sala Constitucional, a las diferentes resoluciones emitidas por las direcciones que ejercieron el cargo de la Oficina, y por diversas entrevistas a diferentes representantes de los sectores involucrados en el tema de la propaganda comercial.

3.2 Matriz básica del diseño de investigación

TEMA	PROBLEMA	OBJETIVOS GENERALES	OBJETIVOS ESPECÍFICOS
Ejecución administrativa de la Ley 5811 por medio de las direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control Nacional de propaganda, durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002, y durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, del tratamiento e interpretación de la ley 5811, a los derechos de Libertad de Expresión, Libertad comercial y del Debido Proceso, en antítesis al derecho de la familia a ser tutela de forma exclusiva por el Estado.	¿Cuál es el tratamiento dado por las últimas cuatro direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control Nacional de Propaganda una durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002 y tres durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, a los derechos de Libertad de Expresión, Libertad Comercial y del Debido Proceso, con la aplicación de la figura de la censura previa, con el Derecho de protección a la familia por el Estado, mediante la aplicación de la Ley 5811?	1. Analizar la ejecución administrativa de la Ley 5811 y su Reglamento, del tratamiento dado por las direcciones que asumieron el cargo de la Oficina de Control nacional del Propaganda, a los derechos de Libertad de Expresión, Libertad Comercial y del Debido Proceso, mediante la aplicación de la censura previa, con el derecho de protección de la familia, como base fundamental de la sociedad por parte del Estado 2. Justificar constitucional, administrativa y comercialmente, la necesidad de mantener una uniformidad de criterios y la necesidad de la aplicación de la censura previa en la propaganda comercial en Costa Rica, y evidenciar la premura de implementar una reforma legal.	1.1 Identificar los bienes jurídicos tutelados en la Ley 5811. 1.2 Identificar el tratamiento dado por la Sala Constitucional a los Recursos de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad con respecto a la Ley 5811, presentados durante el periodo 1995-2002 1.3 Describir los criterios y opiniones jurídicas emitidos por la Procuraduría General de la República y por la Sala Constitucional del concepto de censura previa y su constitucionalidad. 2.1 Demostrar la diferencia de los criterios vertidos por las últimas cuatro direcciones que asumieron el cargo de la Oficina de Control Nacional de Propaganda, una antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002 y tres durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, de la aplicación e interpretación de la censura previa mediante la ejecución administrativa de la Ley 5811 y su Reglamento, ello con la finalidad de demostrar que las primeras Direcciones no aplicaban la censura previa, y la actual si aplica la citada figura. 2.2 Necesidad de Implementar una reforma legal a la Ley 5811 y su Reglamento, los cuales regulan la propaganda comercial en los medios de comunicación

			<p>colectiva, y ofrecer soluciones que coadyuven en la regulación de la propaganda comercial con el fin de resolver el conflicto de los derechos de libertad comercial y el derecho de la familia a la protección del Estado.</p> <p>2.3 Proponer una Reforma Legal de la Ley 5811 y su Reglamento, para que pueda regular cabalmente los derechos y libertades contempladas en la Constitución Política, tales como la Libertad de Expresión Libertad Comercial y el Derecho de la familia a obtener una tutela especial del Estado.</p>
--	--	--	---

3. 3 Matriz de Operacionalización de Variables

Objetivos específicos	VARIABLES	Definición conceptual	Definición operacional	Indicadores	Instrumentos de recolección de datos
Identificar los Derechos Fundamentales y definir los bienes jurídicos tutelados en la Ley 5811.	Bienes jurídicos, libertad de expresión, libertad comercial y el derecho de la familia a la tutela efectiva del Estado.	Concepto de Bienes Jurídicos Aquellos bienes protegidos por el derecho que son considerados de gran preeminencia para el ser humano.	Al tramitar la Oficina de Control de Propaganda denuncias por propaganda comercial que atente contra la dignidad de la mujer y pudor de la familia se da un conflicto de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de comercio con el de protección a la familia.	Número de resoluciones de la OCNP basadas en protección a la familia. Número de denuncias tramitadas por la OCNP por violación a la Ley 5811.	Número de resoluciones emitidas por la Sala Constitucional por recursos de amparo contra la Ley 5811
Identificar el tratamiento Jurisprudencial dado por la Sala Constitucional a los Recursos de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad con respecto a la Ley 5811, presentados durante el periodo 1995-2002. Describir los criterios y opiniones jurídicas	Tratamiento Jurisprudencial de la Sala Constitucional y criterios de la Procuraduría General de la República	Jurisprudencia Conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho. Criterio jurídico	Análisis de la Sala Constitucional de los Recursos de Amparo, como consecuencia de la aplicación de la Ley 5811 y su reglamento 11235-G.	Número de resoluciones emitidas por la OCNP por violación a la Ley 5811 Número de resoluciones emitidas por la Sala Constitucional por recursos de	Número de resoluciones emitidas por la Sala Constitucional por recursos de amparo contra la Ley 5811

emitidos por la Procuraduría General de la República y la Sala Constitucional sobre el concepto y constitucionalidad de la censura previa en la Ley 5811 y su Reglamento		Análisis sobre un determinado asunto, mediante el cual se resuelve conforme lo establece el ordenamiento jurídico o el Derecho.	Criterios vertidos sobre la censura previa y determinar su constitucionalidad	amparo contra la Ley 5811	
Demostrar la aplicación de la censura previa en los trámites que se realizan con la Ley 5811, durante la Administración Pacheco de la Espriella, 2002-2006, ello con la finalidad de demostrar la necesidad de la aplicación del citado instituto y discrepancia de criterios de las últimas cuatro direcciones que asumieron el cargo de la Oficina de Control de propaganda.	Aplicación de la figura de la Censura previa, versus derechos fundamentales de libertad de expresión y libertad comercial, análisis de tesis esgrimida en contra y a favor de la citada figura	Censura Previa Examen o permiso al que se somete cualquier publicación antes de ser difundida al público.	Modificaciones legislativas a la aplicación de la censura previa en la Ley 5811, por las direcciones que han sumido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda antes y durante Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002 y Pacheco de la Espriella 2002-2006.	Número de resoluciones de la OCNP basadas en la libertad de expresión y libertad comercial. Números de anuncios comerciales retirados de circulación por resoluciones de la OCP. Entrevistas a representantes de sectores involucrados	. Número de resoluciones emitidas por la Sala Constitucional por recursos de amparo contra la Ley 5811 Análisis Documental Entrevistas a representantes de sectores involucrados
2.2 Necesidad de Implementar una reforma legal a la Ley 5811 y su Reglamento, los cuales regulan la propaganda comercial en los medios de comunicación colectiva, y ofrecer soluciones que coadyuven en la regulación de la propaganda comercial con el fin resolver el conflicto de los derechos de libertad comercial y el derecho de la familia a tutela del Estado.	Reforma de Ley 5811 y reglamento, Libertad Comercial, de Expresión y derecho de la Familia a tutela exclusiva.	Propaganda comercial, medios de comunicación masiva	Al analizar la necesidad de implementación de una reforma legal se podrán visualizar los beneficios que conllevaría la misma	Análisis Documental Entrevistas a los representantes de los sectores involucrados	Número de resoluciones emitidas por la Sala Constitucional por recursos de amparo contra la Ley 5811 Análisis Documental

3.4 Sujetos y Fuentes de Información

Las fuentes de información que se utilizarán en la presente investigación, a efecto de analizar el tema y el problema propuesto, las procederé a dividir en fuentes humanas y materiales. Las fuentes de información humanas se referirán a aquellas personas físicas que suministrarán información necesaria por medio de entrevistas a diferentes Licenciados en

Derecho, a especialistas en materia Constitucional y representantes de los sectores involucrados, los cuales al tener un amplio criterio en la temática en cuestión podrán brindar aportes significativos al trabajo.

3.4.1. Fuentes de Información Humanas

- Funcionarios Públicos de la Oficina de Control de Propaganda
- Licenciados en Derecho
- Licenciados en Publicidad
- Periodistas

3.4.2 Fuentes de Información de Materiales

- Archivos y estadísticas suministradas por la Oficina de Control de Propaganda
- Jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual tiene criterio vinculante
- Criterios jurídicos emitidos por la Procuraduría General de la República
- Ley 5811, Ley General de la Administración Pública, Código de Comercio, código Civil, Código de la Niñez
- Constitución Política
- Tesis realizadas en la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica
- Bibliografía obtenida en la biblioteca de la Asamblea Legislativa y de la Corte Suprema de Justicia y otras bibliotecas
- Revistas Judiciales.

3.5 Muestreo, Justificación de Criterios y Explicación de su Determinación

3.5.1 Población o Universo del Estudio

Según lo indica Barrantes (1999) La población dentro de la investigación es el conjunto de elementos que tienen una característica en común. Conociendo las

características de la población y el número que la componen, se debe definir si se trabaja con la población total del universo o con una muestra, la cual es un subconjunto de la población, que especifica “quienes” son las personas objeto de estudio (p.135).

En el caso de la aplicación de las entrevistas sobre la propaganda comercial en los distintos medios de comunicación colectiva, específicamente se realizará sobre la procedencia de la aplicación del control preventivo mediante la figura de la censura previa en nuestro país, lo que nos permitirá tener un criterio más amplio del sentir de dicha muestra. Dichas entrevistas se realizarán a diversos abogados y especialistas en materia constitucional, publicistas y periodistas.

3.5.2 La Muestra

Según lo expresa Méndez (2003) las muestras son de total relevancia dentro del proceso de la investigación, ya que por medio de éstas se puede seleccionar las unidades de la población a las que les requerirá investigación, en este caso el tipo y característica de personas que participarán en las entrevistas y por el otro, se permite interpretar los resultados con el fin de estimar parámetros de la población sobre la que se determina la muestra para probar las hipótesis., además de que se utiliza para comparar dos o más poblaciones, (p.182). En el mismo sentido (Barrantes, 1999) indica que las muestras deben ser el reflejo de la población y por tal razón es que tienen la característica de la representatividad. (p.135).

Las muestras que se utilizarán en la presente investigación serán de tipo no probabilístico que se refiere cuando la selección de los elementos no depende de la probabilidad, sino a otras causas relacionadas con el investigador.

3.6. Instrumentos y Recolección de Datos

La investigación se enfocará en el análisis de los Recursos de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad interpuestos ante la Sala Constitucional, las resoluciones emitidas por las direcciones que han ejercido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, por medio de análisis de doctrina nacional y extranjera, lo cual permitirá obtener un mayor

alcance sobre los criterios vertidos por la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República y de las direcciones que han asumido el cargo de la Oficina en mención, y se podrá tener un panorama más amplio de la ejecución administrativa de la ley 5811 y su reglamento, y de la aplicación de la censura previa. Aunado a lo anterior se podrá concebir de forma directa el sentir de los representantes de los sectores involucrados, máxime que se realizarán entrevistas y se podrá conocer su punto de vista en cuanto a la regulación de la propaganda comercial en los distintos medio de comunicación colectiva y de la aplicación de la figura de la censura previa.

3.7. Alcances y Limitaciones de la Investigación

Uno de los instrumentos para la recopilación de la información consiste en la implementación de entrevistas, las cuales se realizarán a los representantes de distintos sectores involucrados en la materia. Dentro de las limitaciones podrían darse por ejemplo que las personas no quisiesen llenar con su puño y letra los formularios que se les suministrarán para recopilar la información contenida en las preguntas sobre la regulación de la propaganda comercial en los distintos medios de información colectiva, y es muy claro que esta corresponde a una limitación ya que si el encuestado no llena él o ella misma el formulario, y se le llena, se perdería el pensamiento puro.

CAPITULO IV

4. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Derechos Fundamentales y Bienes Jurídicos Tutelados mediante la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G

En el presente capítulo se realizará el desarrollo y análisis de los derechos Fundamentales y de los bienes jurídicos tutelados mediante la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G.

Precedentemente a analizar la temática de los bienes jurídicos tutelados mediante la ley 5811, es menester entrar a conocer la antonomasia de los Derechos Fundamentales, su desarrollo y reconocimiento a lo largo de la historia, así como su consolidación en los Estados de Derecho y la indiscutible estrecha relación con los bienes jurídicos tutelados mediante la Ley en rito.

La función de los derechos fundamentales estriba en la creación y conservación de las condiciones elementales, ello con el fin de asegurar una vida completa basada en principios de libertad y preservación de la dignidad humana.

La notable doctrina que ha analizado los derechos fundamentales, ha sido reiterativa al concebirlos como un sistema de valores, y según indica (Benda et al., 1996) “la médula de los Derechos Fundamentales radica en la personalidad humana, actuando libremente en el seno de la sociedad constituida así como la dignidad de la persona” (p.92).

En el mismo sentido se refiere Hernández (1993), sobre los Derechos fundamentales, quien manifiesta que los mismos fueron creados con la finalidad de limitar el poder del ejercicio público, lo que implica que eran concebidos como garantías negativas de los intereses individuales, sin embargo en la actualidad se conciben como un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva del Estado y sus instituciones. Por

consiguiente, se conceptúa como “un conjunto de valores y principios de vocación universal, que informan todo el contenido del ordenamiento supraconstitucional” (p. 327).

Ineludiblemente los Derechos Fundamentales surgen a raíz de todos conflictos que se venían suscitando entre los ciudadanos y la forma de gobierno que venía imperando en aquel momento, de los regímenes de gobierno absolutistas y totalitarios, aproximadamente en el siglo XVII, y cuya finalidad radica en salvaguardar los derechos del ser humano, derechos que son inalienables, intransmisibles, inherentes del ser humano, por el sólo hecho de serlo, de su naturaleza de ser persona.

Los derechos fundamentales denominados también como derechos humanos, tienen su nacimiento antes del mismo Estado y como tal surgen con el objetivo de limitar el poder de imperio de aquel, de respetar los derechos propios e inalienables de los ciudadanos, ya que anteriormente al concepto de Estado lo que existía era un sistema de gobierno absolutista donde el poder de imperio dominaba la población de forma arbitraria e irrestricta, ya que en aquel entonces no existían ni derechos ni ciudadanos, sino obligaciones y deberes de súbditos, una vez que nace a la vida jurídica el concepto de Estado es cuando se vienen a materializar tanto el Estado soberano como tal, así como también se reconocen y asimismo sustituyen los conceptos de súbditos por ciudadanos.

A la luz de lo anteriormente expuesto, se deduce que si bien es cierto, surge la necesidad de crear un sistema de gobierno que se caracterice por realizar funciones que promuevan el desarrollo de los ciudadanos, surge también la necesidad de reconocer derechos y garantías fundamentales que protejan los derechos y libertades que son inherentes al ser humano por el solo hecho de serlo, y que se dice reconocer porque éstos ya existían, siendo éste un periodo de tal trascendencia jurídica y humana, ya que de ahí deriva el umbral de tales derechos fundamentales, que vienen a limitar el poder de imperio que ostentaba el Estado en relación con los ciudadanos.

En igual sentido se refiere (Benda et al. 1996), al establecer que los derechos fundamentales son derechos subjetivos de defensa frente a las intervenciones injustificadas

del Estado, y corresponde a él una doble función por un lado de carácter negativo que implica que no debe violentar los derechos y garantías de los individuos y por otro le otorga una función positiva que implica que el Estado debe procurar proteger los derechos de los individuos, especialmente cuando son amenazados. (p.91).

Dentro de las premisas anteriores, Álvarez (2003) avala la tesis de los autores supracitados y considera que el Estado tiene una doble connotación, una negativa y otra positiva, la primera señala que el Estado reconoce una esfera individual sustraída a su poder de imperio, y positiva el propio Estado reconoce al individuo la capacidad jurídica de reclamar la actividad estatal, que queda reemplazado frente al individuo, es decir, reconoce los derechos subjetivos desde que el individuo se encuentra en posición de relacionarse jurídicamente con él. (p.285,317).

Al considerarse derechos fundamentales y de presentar tal envergadura, cabe destacar que éstos adquieren una supremacía al estar ubicados en un nivel de superioridad con otros derechos, ya que se encuentran consagrados en la norma de mayor rango como lo es la Constitución Política de cada Estado que así lo ha dispuesto, y como tal debe visualizarse sistemática y coherentemente, armonizando con las demás normas jurídicas tanto las contenidas en la Carta Magna, como con otras normas de las diferentes ramas que conforman todo el ordenamiento jurídico que rige un determinado país. Del mismo modo señalan De Esteban y González (1992), que los derechos fundamentales tienen una doble motivación, primero por una parte aluden a la importancia esencial que representa en la vida de cada persona, en su desarrollo y en su dignidad y por otra parte están positivizados en la Carta Magna como bienes jurídicos de grado superior y alcanzando así el máximo reconocimiento.(p.260).

Este tema ha sido objeto de análisis por distintos autores que se han dado a la tarea de escudriñar las disímiles doctrinas que han conocido de las relaciones existentes entre el poder público y los ciudadanos, y que tienen como meta encontrar un nivel de equilibrio en tales relaciones, dentro de los cuales se destaca Quiroga (1993) quien argumenta que el Estado debe respetar los derechos fundamentales y analiza la Teoría de los derechos

públicos subjetivos, la cual establece que el derecho público subjetivo trata de la exigencia directa protegida jurídicamente, y no de un simple beneficio otorgado por el Estado, para ejercer los derechos frente a aquél, de ahí el carácter de la subjetividad. (p.121).

El derecho público subjetivo conlleva una doble función, la primera radica en la constitución de la voluntad del Estado donde surge aquí la característica de imperium y engendra del mismo modo el deber de sometimiento a dicha voluntad, sin embargo dicho sometimiento no es de carácter absoluto ni de modo irrestricto, ya que toda persona tiene la facultad de exigir que se respeten sus derechos, ello por cuanto el derecho público de los habitantes tiene su correlato en el deber público correspondiente, o sea el deber otorgado a los ciudadanos para serle opuesto al Estado, por cuanto los derechos públicos subjetivos funcionan sólo en un ámbito de hombres libres, ya que señala vehementemente Quiroga (1993) que “Un hombre libre es un sujeto de derechos públicos subjetivos frente al Estado”. (p.136).

En el mismo sentido señala Benda et al. (1996) que los derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y de dignidad humana, y que esto únicamente se obtiene cuando la libertad de la vida en sociedad resulta garantizada en igual medida que la libertad individual, de lo anterior se desprende que ambas libertades se encuentran indisolublemente unidas, por cuanto la libertad del individuo solo puede darse en una comunidad libre; y viceversa, esta libertad presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir por sí mismos sobre sus propios asuntos y para colaborar responsablemente en la vida de la sociedad públicamente constituida como comunidad. (p.89,90).

Asimismo, la Teoría del Derecho público subjetivo presenta una trascendental connotación al realizar la transición de la población frente al Estado, y pasen de ser objetos a sujetos del Estado, es decir la denominación de objeto del Estado absoluto se transforma ahora en ciudadanos, como sujetos frente al Estado y asimismo titulares de Derechos y garantías que le son propios por el solo hecho de ser persona.

Como corolario de lo anterior, es pertinente señalar, que los ciudadanos tienen derechos y garantías que limitan el poder del Estado y que dichos derechos pueden ser exigidos frente a aquel, se hace alusión al carácter de subjetividad ya que el individuo es el que ejerce tales derechos frente al carácter de imperio del Estado y limitar el poder del primero, ello por cuanto los derechos públicos subjetivos son la manifestación jurídica de las libertades públicas y la protección de las libertades privadas.

Por todo lo anteriormente expuesto y según los distintos autores que esgrimen análogas teorías sobre el objetivo y finalidad de los derechos fundamentales, coinciden en la doble connotación positiva y negativa del Estado analizadas con anterioridad, en la negativa que implica la protección de los derechos de los ciudadanos frente al poder de imperio del Estado y de la dignidad de la persona y en la positiva la obligatoriedad y deber del Estado de tutelar tales derechos fundamentales.

En virtud de la importancia que poseen los derechos fundamentales, se hace pertinente realizar un breve análisis histórico de su evolución. Así las cosas, todo Estado de Derecho se encuentra fomentado bajo principios y garantías fundamentales y por ende tienen como objetivo salvaguardar tales derechos supremos.

En análogo sentido citan De Esteban y González (1992) a Elías Díaz, que expone:

Puede muy bien afirmarse que el objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya un estado de Derecho. (p.182).

A raíz de los ataques perpetrados a los derechos humanos, los cuales lamentablemente aún continuamos siendo testigos, es que los distintos Estados se han dado a la faena de crear mecanismos de control mediante leyes y principios jurídicos, que busquen como fin primordial proteger una serie de derechos humanos y libertades públicas, tutelados constitucionalmente, como lo son los Derechos Fundamentales, los

cuales han sido reconocidos y positivizados en los disímiles cuerpos jurídicos de cada Nación.

Como consecuencia de las continuas violaciones cometidas a los derechos fundamentales, en la época absolutista, surge en los siglos XVII y XVIII la idea del Estado Soberano y posteriormente el reconocimiento de los derechos humanos. Ello como consecuencia de la urgente necesidad de crear mecanismos jurídicos de defensa y limitación del Estado omnipotente que imperaba en aquél momento, y que se visualizara al individuo como un sujeto y no un objeto de Derecho frente al poder del Estado.

Y nace de esta forma la etapa crucial del reconocimiento de los Derechos fundamentales, que según establece De Esteban y González (1992) que los Derechos y Libertades fundamentales aparecen como un límite a la acción del poder, y posicionan al individuo y Estado uno frente al otro, donde era indispensable trazar en torno al primero un círculo protector que habría de quedar libre de toda intervención estatal. Como consecuencia de lo anterior todo Estado que ostentara ser un Sistema democrático debía cumplir a cabalidad con el reconocimiento y positivación de los Derechos Fundamentales. (p.182).

Los derechos fundamentales tienen una amplia evolución, en la cual se pueden observar claramente cuatro fases: iusnaturalismo, positivación, generalización e internacionalización.

En la fase del Iusnaturalismo, el Derecho Natural se convirtió en la época transformadora de la vida social, ya que alcanzó el triunfo en las declaraciones de los Derechos del Hombre en América y en Francia, penetró en las codificaciones austriaca, prusiana y francesa. La Iusnaturalización de los Derechos Fundamentales implica que existen unos derechos permanentes e inmutables que son anteriores al Estado y las leyes y que son inherentes a la naturaleza del hombre.

La segunda fase radica en la Positivación de los Derechos Fundamentales, que se refiere a la transición de la filosofía de tales derechos al Derecho Positivo, es decir plasmarlos en un cuerpo jurídico, a través de las Constituciones, y pasa de ser una mera filosofía con criterios establecidos para consignarse en la Constitución y adquirir efectividad mediante la fuerza del Derecho a través de los Tribunales de Justicia.

En el desarrollo y evolución de los derechos en análisis, se puede citar la tercera fase la cual consiste en la Etapa de la Generalización, que involucra el crecimiento del ámbito de cobertura de tales derechos, ya que el privilegio de los derechos fundamentales solo eran disfrutados por una minoría, la clase burguesa y exponentes del individualismo, y se ampliara ese horizonte, generalizándose y comprendería en consecuencia, todas las clases sociales y afectaría también los derechos colectivos de carácter social, económico o cultural. Dicha universalización se concreta como el más distintivo de sus rasgos.

Como última fase de la evolución de los Derechos Fundamentales se encuentra la Internacionalización, la cual surge a fines del siglo XX, y se da mediante la inclusión de tales derechos en la Declaración Universal de la ONU de 1948, así como los Pactos Internacionales posteriores, es decir que los derechos se concretaron en tratados internacionales ratificados por distintos países, y con ello se rebasan las fronteras de las naciones, donde se da una superación del ámbito del Estado nacional. (De Esteban y González, 1992) (p.183,84).

De todo lo expuesto con anterioridad se desprende que evidentemente los derechos fundamentales han sufrido cuatro fases de trascendental desarrollo, lo cual demuestra ciertamente que son de tal envergadura que han sido objeto de constante cambio y evolución a lo largo de la historia, y que no termina aquí solamente, ello por cuanto hoy día existe una intensa lucha por protegerlos.

En el tema que nos atañe, los Derechos Fundamentales son de tal relevancia que se encuentran regulados en la Constitución Política y en la Ley 5811, la cual contempla la protección a la imagen de la mujer, la dignidad y el pudor de la familia, la libertad y aunque

la ley no los cita expresamente, se deduce que también se destacan el orden público, la moral y las buenas costumbres, los cuales serán desarrollados inmediatamente.

4.1 Bienes Jurídicos tutelados mediante la Ley 5811

Todo cuerpo normativo se encuentra plasmado de derechos, deberes y garantías que protegen las actividades sociales e individuales de las personas dentro de la sociedad, mismos que deben ser regulados mediante un sistema coherente e integrado de normas que le permita a cada individuo desarrollarse, tanto física como psicológicamente.

Se entiende por bienes jurídicos aquellos derechos y libertades públicas, que se encuentran positivizados en los distintos cuerpos normativos mediante la denominación de Derechos Fundamentales, y que se conciben como aquellos bienes inherentes e intransmisibles de los seres humanos, y de su dignidad.

Como se señaló con anterioridad los Derechos Fundamentales son aquellos derechos propios e inalienables de los ciudadanos, y al encontrarse plasmados como derechos, son asimismo bienes jurídicos que cada cuerpo normativo debe salvaguardar. En el mismo sentido señala Lucas Verdú y el Tribunal Constitucional Español citado por (De Esteban y González, 1992), sobre la interpretación de los Derechos Fundamentales quien manifiesta que “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política...” (p.274).

En este mismo orden de ideas cabe señalar que al ser los derechos fundamentales componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico y la expresión jurídica de valores, se encuentran regulados en los distintos sistemas normativos de cada nación, generalmente consignados en la Carta Magna. Al designarse como valores, el Estado tiene la obligatoriedad de otorgarles una protección en un nivel de supremacía por ser valores de

gran trascendencia, y es así donde se denota la peculiar característica de interpretación, la cual debe ser de forma restrictiva, ya que tampoco pueden ser absolutos.

Partiendo de la misma óptica, afirma Álvarez (2003) que “hoy día no puede admitirse la existencia de derechos naturales y absolutos. Todos los derechos tienen sus límites, que pueden estar reconocidos o no expresamente por el ordenamiento jurídico” y proclama que existe la Teoría del Equilibrio, la cual es un régimen de concurrencia normativa y no un régimen de exclusión de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente, ello por cuanto tales límites se deben interpretar con carácter restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de los mismos. (p.301,389). De igual modo Aberasturi, P. Amaya, J. Barker, R. Basterra, M. Corbière, E. Dalla, A. Espinosa, E. Saldaña, E. Graña, E. Kohn, López, A. Macris, A. Outomuro, D. Quiroga, H. Serrafiero, M. Vaccaro, R. Vanossi, J. Y Vittadini, S. (2001), manifiestan que los derechos fundamentales no son absolutos, sino pasibles de reglamentación razonable, y que el ejercicio debe guardar armonía con los restantes. (p.100). Ello por cuanto existen derechos individuales y colectivos que deben protegerse, sin embargo tal protección debe realizarse procurando respetar los límites y restricciones establecidas en el ordenamiento jurídico, por lo tanto se debe tener en cuenta tales limitaciones es que mediante la aplicación de la Ley 5811 se deben tutelar ambos derechos fundamentales, tanto el derecho de la familia a obtener una tutela especial del Estado como también se proteja el ejercicio de la libertad de expresión y comercial.

Partiendo de la premisa anterior se desprende que existen tanto bienes jurídicos individuales como sociales, y que son trascendentales dentro de una sociedad, tales los de carácter individual como la vida, dignidad, la imagen, formar una familia, etc y por otro lado que forman parte de la colectividad. Es menester mencionar ningún derecho es irrestricto y tiene sus límites establecidos en el ordenamiento jurídico, dentro de los que se encuentran los derechos de terceros, el orden público, las buenas costumbres y por otro lado se encuentran también las limitaciones estatales, ya que las actuaciones de la

Administración pública, deben realizarse al amparo del Principio de Legalidad, de Reserva de Ley y el Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad.

4.1.1 La Dignidad

La dignidad es un bien jurídico trascendental, y como tal constituye un valor supremo, por consiguiente recopilado en la Carta Magna como un derecho inherente a la persona, y al ser concebido como un derecho individual, implica un valor que ha de permanecer inalterado, por lo tanto las limitaciones que se le atribuyan deben ser analizadas de forma restrictiva.

En el mismo sentido, la doctrina analizada que trata el tema de la dignidad ha sido reiterativa al indicar que la dignidad es un valor supremo, inalienable e inherente a la persona por el solo hecho de serlo, y más aún todas emiten una uniformidad de criterios al afirmar que al estar comprendida dentro de los derechos fundamentales, se debe ejercer en su máxima expresión y sus limitaciones deben concebirse restrictivamente.

La dignidad no es un valor novedoso, ya que según Véndate al.(1996), expone que históricamente la garantía de la dignidad se encuentra estrechamente ligada al cristianismo, su fundamento radica en el hecho de que el hombre fue creado a imagen y semejanza de Dios, y como tal está investido de racionalidad y dotado de libre albedrío, por ende es capaz de reconocer lo bueno y lo malo, lo que le conviene y lo que no, de ahí deriva su libertad asociada al cristianismo antiguo, que avala la teoría de que al ser un ser racional tiene suficiente capacidad de actuar de la mejor manera y de igual modo ejercer sus derechos y respetar los de los demás, sin embargo, en la antigüedad no se conocían los denominados derechos fundamentales como se les conoce en la actualidad y menos aún se profesaba el respeto y la preservación de la dignidad como bien jurídico del ser humano, de ahí la evolución que sufrieron los mismos en el transcurso del tiempo y la posterior inclusión y positivación en los diferentes países. (p.117,118).

El desarrollo y ejercicio de los Derechos fundamentales en los distintos sistemas de gobierno, no ha sido uniforme, ya que por la soberanía de cada Estado, éstos los positivizan y aplican de acuerdo con el respeto y jerarquía normativa que se les otorgue.

Es preciso recalcar que no todos los Estados tienen plasmados en su ordenamiento jurídico un articulado específico y claramente delimitado al tema de los derechos fundamentales y libertades públicas, y no todos conciben dichos derechos y libertades de forma semejante, por lo tanto es indispensable que cada cuerpo jurídico posea un claro y delimitado marco normativo que regule tales derechos, ya que si no es de esta forma se podrían presentar interpretaciones desatinadas sobre la aplicación y regulación de tales derechos y libertades.

Partiendo de la anterior aseveración, cabe señalar el caso de la protección de la dignidad, en nuestro ordenamiento jurídico, mediante el artículo primero de la Ley 5811, la cual reza en su artículo primero:

“Todo tipo de propaganda comercial que ofenda la dignidad, el pudor de la familia y en la que se utilice la imagen de la mujer impudicamente para promover las ventas, será controlada y regulada con criterio restrictivo por el Ministerio de Gobernación.”

La problemática surge en la forma de concebir la dignidad, ya que podría prestarse a múltiples interpretaciones, ello según se desprende del tratamiento dado por las distintas direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, la cual es el ente gubernamental que se encarga de velar por la aplicación de la Ley 5811.

La dirección que asumió el cargo de la Oficina de Control de Propaganda antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002, concebía el término dignidad como un bien supremo no obstante, se tutelaba solamente la dignidad de la mujer, y por otro lado las tres direcciones que asumieron el cargo durante la administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, la concebían como la dignidad de la persona, incluyendo tanto la

del hombre como la de la mujer. Evidentemente ello ocasiona un perjuicio para el género masculino, dejándose al desamparo la protección de su dignidad.

Tanto la doctrina analizada como también la distinta jurisprudencia que han desarrollado el tema en cuestión, han emitido análogo criterio, al considerar la dignidad como un valor supremo inherente al ser humano, sin distinción de género, evidentemente es un valor supremo que posee toda persona, por tal razón el Estado tiene la obligatoriedad de salvaguardar dicho bien jurídico.

Por todo lo anteriormente expuesto es trascendental mencionar que al ser la dignidad un bien supremo de primer orden, debe estar sometido bajo normas claras y que armonicen con la Constitución, protegiendo al máximo la dignidad de las personas, ello con referencia a la aplicación de la ley 5811, y de la hermenéutica de su articulado por las distintas direcciones que han asumido el cargo de la oficina.

4.1.2 La imagen de la Mujer

La ley 5811 también contempla en su artículo primero la protección de la imagen de la mujer, que ésta no sea utilizada de forma impúdica para promover las ventas.

El Código Civil también incluye una protección especial a la imagen, dentro del título II de los derechos de la personalidad.

El artículo 47 del mismo cuerpo normativo establece:

“La fotografía o la imagen de una persona no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas o vendidas en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, por la función pública que desempeñe, por necesidades de justicia o de policía, o cuando la reproducción se haga con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público”

Nuestros legisladores han considerado la imagen como un valor supremo y como tal lo ha consagrado en la normativa en mención, sin embargo, mediante la ley 5811 se protege específicamente la imagen de la mujer, que no sea utilizada de forma impúdica para promover las ventas, por consiguiente se deja un espacio abierto, ello por cuanto no protege la imagen de la persona en general, sin hacer distinción de género, ya que la ley es clara, y no protege el mismo bien jurídico del hombre. Lo que podría afirmarse, es que sí podría utilizarse la imagen del hombre en forma impúdica para promover las ventas. Y aquí entraríamos en una dicotomía de criterios, ya que los derechos fundamentales contemplan la protección de la imagen del ser humano, y mediante la ley en rito solamente se protege la de la mujer, siendo de esta forma una evidente vulneración a tal derecho fundamental y podría afirmarse que se estaría aplicando en beneficio de un género en específico. Y asociado a lo anterior, cabe mencionar que si se puede utilizar la imagen del hombre impudicamente, también se estaría dejando de proteger el bien jurídico moral pública y orden público, porque esto no estaría regulado en la Ley 5811 y por ende se podría realizar.

En este mismo sentido expresa Villalobos(1997), quien considera que esta ley, fue confeccionada con demasiada rapidez, lo que obedeció a la necesidad de atender compromisos políticos derivados de la celebración del Año Internacional de la Mujer, que se proclamó ese año. El resultado fue el articulado impreciso que roza con la Constitución y las convenciones, señala además que “En el artículo 1 de la citada ley se observa la mezcolanza de conceptos disímiles como la dignidad, el pudor de la familia y la imagen impúdica de la mujer. (p.207).

Efectivamente es una ley demasiado imprecisa, la cual contempla muchos vacíos legales y da cabida a erróneas interpretaciones en cuanto a su aplicación, de ahí la discrepancia de criterios vertidos por todas las direcciones que han ejercido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda.

4.1.3 La Moral Pública y Orden Público

Otro de los bienes jurídicos tutelados mediante la Ley 5811 es la moral pública y orden público, el primero de ellos tiene como finalidad proteger los principios éticos y morales de la familia, y el segundo que viene a mantener el orden público, pero desde una perspectiva moral, ya que orden público no se refiere estrictamente al orden en las calles sino también a un orden público moral, que se preserven principio de decencia.

No obstante, este ámbito de la moral de la Ley de marras es muy delicado, a la hora de realizar una evaluación y asimismo su interpretación, porque se puede caer en aspectos subjetivos meramente moralistas y se puede olvidar que existen dos tipos de moral, la moral pública y la privada, lo que significa que el Estado únicamente tiene la potestad de velar por la preservación de la moral pública y no invadir la esfera del individuo en la moral privada, por la libertad de la que goza todo ser humano.

Tanto la doctrina nacional y extranjera, así como también nuestra jurisprudencia ha emitido un criterio exhaustivo en la temática de la moral pública y orden público en relación con el derecho de la familia a la protección del Estado.

En lo que se refiere a la moral pública Álvarez (2003), considera que toda restricción a los derechos fundamentales ha de estar justificada, y por supuesto debe estar centrada en la problemática de la moral pública como límite al ejercicio de los mismos, y que evidentemente hay que considerar incluida la protección de la juventud y de la infancia. (p.388).

En el mismo orden de ideas Quiroga (1993), revela que el Estado es el custodio de la moral pública, lo que al mismo tiempo también implica que el Estado tiene la potestad de restringir los efectos de los actos considerados como inmorales por afectar la moral social y no la moral intrínseca de un acto individual sin aquella trascendencia. Conceptúa como Moral Pública “es un estándar objetivo de valoración social de amplio alcance, dentro de

su amplitud el legislador será su intérprete dinámico y se moverá con inevitable libertad". (p.197).

Villalobos (1997), manifiesta que tanto nuestra Constitución como los tratados facultan la libre emisión del pensamiento, por cualquier medio, sin censura previa, sin embargo, el ejercicio del derecho de libertad de expresión se encuentra condicionado, ya que al ejercer el citado derecho, éste no debe dañar la moral pública, ni el orden público.(p.194).

Del mismo modo, la Sala Constitucional se ha pronunciado al respecto y definió la moral pública mediante el voto 3350 del 24-11-1992, como “ el conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad”.

Otro de los bienes jurídicos de igual preponderancia que la moral pública es el orden público, el cual también ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Constitucional la cual lo define como ”el conjunto de principios, que por una parte atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social “ Sentencia 3350-92 y 3499-96.

De todo lo anteriormente expuesto se puede desprender que el Estado es el custodio de preservar el orden público y la moral pública, no obstante, como se ha reiterado con anterioridad los derechos no son irrestrictos y tienen límites, se debe buscar una concurrencia de los derechos que se encuentran en conflicto, o sea, buscar un medio idóneo que permitan que se ejerzan ambos derechos, evitar una supresión o vulneración de un derecho, en este caso del derecho de todo individuo al derecho de libre expresión y libertad comercial, con el Derecho de la familia a la protección exclusiva del Estado.

Otro jurisconsulto que ha definido el orden público es Osorio (1974, 538) citado por Villalobos (1997), quien lo concibe como “el conjunto de condiciones fundamentales

de vida social instituidas en una comunidad jurídica las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”. (p.200)

Así como la citada doctrina, nuestra legislación hace referencia en su artículo 28 constitucional a la moral y orden público al establecer “ Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley”.

Al igual que nuestra legislación otras legislaciones como por ejemplo la Argentina también contempla en su artículo 19 constitucional un acápite sobre la moral pública y orden público, el cual reza: “ las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Este artículo menciona la moral pública, que hay exigencias distintas de la moral en lo público y en lo privado. Según señala Aberasturi et al. (2001) lo que interesa tomar en cuenta es si los particulares han actuado en el terreno de la moral privada o de la moral pública. Sólo cuando esté en juego esta última pueden intervenir los magistrados. (p.337,338).

A la luz de lo anterior se puede acotar que en ambos bienes jurídicos y artículos supracitados, el Estado es el ente encargado de velar y preservar la moral pública y orden público, no así en la esfera privada, por lo cual éste debe respetar los derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna y no vulnerar un derecho por salvaguardar otro, ya que lo óptimo es que se ejerzan ambos derechos, ello por cuanto ambos son derechos fundamentales y dicho ejercicio se obtiene respetando el Principio de Legalidad y del Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, en la aplicación y ejercicio de los derechos de Derecho de la familia a la tutela especial del Estado y el Derecho de todo individuo a la Libertad de Expresión y Libertad comercial.

Lo anterior por cuanto los derechos fundamentales no son absolutos y tiene su límite en los derechos de los demás y del interés colectivo, ello por ser congéneres de una misma sociedad.

La Sala Constitucional manifiesta que es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar porque se desarrollan dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social y en segundo; en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Y continúa externando que estos límites no deben ser absolutos y que no se trata de restringir la libertad cuyo contenido se encuentra en la Constitución Política, sino en precisar con normas técnicas el contenido de la libertad y establece que “Los Derechos Fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los de los demás y afirma que las razones justas para imponer limitaciones estos derechos fundamentales debe hacerse obligada mención al artículo 28 constitucional , que establece los límites de las libertades públicas,. Sentencia 6273-96 y en similar sentido se plasma en las resoluciones 4857-96 y 4205-96. Lo que nos conduce a recalcar que efectivamente los derechos fundamentales deben coexistir, respetando los derechos de los demás, y que al no ser derechos absolutos tienen sus limitaciones claramente establecidas, por ende se debe buscar un equilibrio que les permita a los ciudadanos ejercer sus derechos y respetar el de los demás, ya que mi derecho termina donde inicia el de los demás.

Como consecuencia de lo anterior, se desprende que el Estado al ser custodio de la preservación de los derechos fundamentales y la coexistencia de los mismos, debe establecer y fomentar normas y actuaciones de la Administración, que permitan ejercer los derechos y libertades fundamentales como lo son la Libertad de Expresión y Libertad Comercial, con el derecho de la familia a la tutela exclusiva por parte del Estado, pero considerando que al no existir derechos absolutos debe establecer garantías que le permitan al individuo ejercer sus derechos y buscar un equilibrio que permita la coexistencia de ambos derechos fundamentales y ello en la temática en cuestión se obtendría con la aplicación de la censura previa, no obstante que ésta no deje sin contenido el ejercicio de

las libertades públicas, ya que no se estaría impidiendo su ejercicio, solamente limitándolo ya que ningún derecho es absoluto.

4.2 Tratamiento dado por la Sala Constitucional a los Recursos de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad con respecto a la Ley 5811 durante el periodo de 1995-2002

El presente cuadro tiene como objetivo primordial demostrar el tratamiento dado por la Sala Constitucional a los Recursos de Amparo, sometidos a su conocimiento, como producto de las actuaciones desplegadas por la dirección que ejerció el cargo durante el periodo antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002, ocupado por la Señora Rivera Hernández, mediante la aplicación de la figura de la censura previa, de los criterios jurídicos con carácter vinculante vertidos por la Sala y conceptos de total relevancia jurídica en la aplicación de la ley 5811 y su reglamento 11235-G.

Cuadro 1
Recursos de Amparo del año 1995 al 2002
Incoados contra la Oficina de Control de Propaganda

Recurrente Recurso de Amparo	Número de Expediente y de Resolución	Motivo	Pronunciamiento de la Sala Constitucional
Garland Maurice Baker	Expediente: 01-002762-0007-CO Resolución: 2001-03636 de las quince horas con cincuenta minutos del nueve de mayo del dos mil uno.	1-El recurrente manifiesta que fue visitado por dos inspectores de la autoridad recurrida, los cuales al observar un cartel publicitario, que contenía unas muchachas jugando voleibol resultaba pornográfico y ofensivo, por ende lo taparon con una calcomanía, porque transgredía la Ley 5811. 2- Presentó un reclamo formalmente ante la oficina de Control de Propaganda, el cual no había sido resuelto y ya habían transcurrido más de nueve meses. 3-Violación al artículo 27 constitucional.	Sala Constitucional determinó que no hubo una violación al artículo 27 sino al 41 ambos de la Constitución Política, por violación al principio de justicia pronta y cumplida, el administrado tiene el derecho que sean respetados sus derechos y las actuaciones de la Administración deben caracterizarse por el respeto y amparo al principio de legalidad, resolviéndose a la mayor brevedad posible, y que no pasen indefinidamente sin obtener una pronta resolución. Declarado con lugar.
Laboratorios Stein S.A.,	Expediente: 00-007202-0007-CO Resolución: 2000-09248 de las quince	1-Violación al Principio del Debido Proceso, por sacar el comercial del aire y porque no se le notificó a la directamente	Sala Constitucional determinó que no se notificó a la afectada directamente, no obstante, ésta se presentó y ejerció su derecho de defensa, por ende no hubo

	<p>horas con doce minutos del dieciocho de octubre del dos mil.</p>	<p>interesada, sino únicamente a la Agencia de Publicidad Mc Cann Eriksonn.</p> <p>2- Decisión subjetiva emitida por la oficina recurrida, por cuanto no se aprobaba el material publicitario de "No Sucar" versión piscina, hasta tanto no fuera modificado, a pesar de haber contado con los permisos de ley 5395 del M. De Salud, 20098-S Reglamento de Publicidad de Alimentos, ley 5514 de Radio y TV y Reglamento a la ley de Publicidad 12764-G.</p> <p>3- La oficina pretende que las empresas realicen mensajes que promuevan la solidaridad y colaboración, ya que ello evitaría generar una minusvalía emocional, para las personas con problemas de obesidad.</p> <p>4- Violación a la Libertad de Expresión, Libertad Comercial y de Competencia.</p>	<p>violación al Principio del Debido Proceso.</p> <p>Que el reclamo del recurrente se basa en la actuación de la Oficina de Control de Propaganda al sacar el comercial del aire, y considera que lo que se discute es la razonabilidad del anuncio, y remite al Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, plasmados en la sentencia 4205-96 y en el voto 3550-92:</p> <p>Los Derechos Fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, que resultan legítimas cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de "necesaria, "útil", "razonable" y "oportuna", la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social e imperiosa que la sustente, y agrega que no caben las restricciones o límites que hagan impracticable su ejercicio, lo dificultan más allá de lo razonable o la despojen de la necesaria protección. <i>Características de las restricciones de los Derechos Fundamentales</i></p> <p>1- Deben estar llamados a satisfacer un interés público imperativo, escogiéndose entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido</p> <p>2- La restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo</p> <p>3- Debe ser imperiosa socialmente y por ende excepcional.</p> <p>Razonable: Cuando cumple una triple condición: es necesaria, idónea y proporcional.</p> <p><i>Necesidad:</i> Existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad</p> <p><i>Idoneidad:</i> Si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada.</p> <p><i>Proporcionalidad:</i> es la comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o se pretende imponer.</p> <p>La limitación no debe ser superior al beneficio que con ella se pretende proteger, o que sea en beneficio de la colectividad.</p> <p>La Sala Constitucional consideró que la medida adoptada por la Oficina de Control de Propaganda resultaba contraria al Derecho de la Constitución, por cuanto la restricción impuesta no resultaba acorde con los preceptos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad y determinó que en el anuncio suspendido no existía discriminación, a la dignidad de la mujer y que tampoco el anuncio provocaba una minusvalía emocional, ni que se esté distorsionando la imagen de la mujer, otorgando la razón al recurrente al manifestar que no existía concordancia entre la resolución que sacaba el anuncio publicitario del aire y dicho comercial, por</p>
--	---	--	---

			cuanto no se desprendía del mismo razón alguna que pudiera poner en peligro el interés colectivo o que se utilizara erróneamente la imagen de la mujer. Declarado con lugar
Gino Cappella Molina, a favor de American Sanitary Company S.A	Expediente: 01-003912-0007-CO Resolución: 2001-05445, de las ocho horas con cincuenta y tres minutos del veintidós de junio del dos mil uno.	1-Denuncia incoada por la Defensoría de los Habitantes, se notifica e inicia el procedimiento y se saca del aire en radio y tv el comercial denominado esponjas "La Negrita", porque presenta una imagen estereotipada de las mujeres en general y de las negras en particular. 2-Medida cautelar provoca un evidente perjuicio para su competitividad. 3- Violación al Principio de Imputación, lo que ocasionaba que se dejara sin efecto todo lo actuado y se retrotrajera el procedimiento hasta la fecha de la audiencia 4-Se solicitó aprobación de la publicidad sustitutiva de la esponja "La Negrita", consistente en un anuncio musical, y la Oficina de Control de Propaganda no resolvió, dándose la operación del silencio positivo, por haber transcurrido un mes 5-Grave perjuicio económico, puesto que el anuncio ya tenía seis meses de estar fuera del aire, colocándose a la amparada en estado de indefensión. 6-Violación a los artículos 27, 41 y 46 constitucional. 7- Interposición de los recursos de revocatoria y apelación en subsidio, siendo el primero rechazado y el segundo declarado sin lugar.	La Sala Constitucional identificó tres agravios: 1-Se dio apertura a un procedimiento administrativo contra la empresa amparada, con fundamento en una queja presentada por la Defensoría de los Habitantes, sobre el comercial de esponja "La Negrita", cuyo procedimiento ya se había excidido en los plazos legalmente establecidos. 2- Que desde la resolución que dio apertura al procedimiento se ordenó suspender la publicidad cuestionada, con los graves perjuicios que ocasiona a la amparada por efecto de la competitividad. 3-Que la resolución que dio apertura al procedimiento fue revocada por la Administración y con ella la medida cautelar decretada. No obstante el veintitrés de enero del dos mil uno la empresa había solicitado la aprobación de un nuevo anuncio musical del producto, sin que fuese respondido, denegando la operación del silencio positivo, ya que la Administración si respondió denegando la publicidad del nuevo comercial de radio. La recurrida tiene la facultad de iniciar de oficio el procedimiento administrativo y de la aplicación de la medida cautelar de suspender el comercial del aire. En sentencia 7190-94 la Sala define las Medidas Cautelares como " Un conjunto de potestades procesales del juez, ya sea justicia jurisdiccional o administrativa, para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final. <i>Características:</i> Deben ser instrumentales y provisionales, y sus principales elementos configurativos, exigen que deben ser lícitos y jurídicamente posibles. <i>Provisionales:</i> se extinguen con el dictado del acto final. <i>Fundamentadas:</i> deben tener un sustento fáctico, real, con relación al caso particular. <i>Modificables:</i> son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlos a nuevas necesidades. <i>Accesorias:</i> se justifican dentro de un proceso principal, tienen efectos asegurativos, pretenden mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso. <i>Homogéneas:</i> no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado. Existió inercia administrativa, que ha lesionado en perjuicio a la amparada, violación al artículo 41 constitucional, perjuicios económicos, se

			<p>colocó a la amparada en una situación de incerteza jurídica, y no se contó con un tiempo razonable, ya que las medidas cautelares se fundamentan en los Principio de Razonabilidad y de Temporalidad, el plazo para concluir un procedimiento una vez iniciado es de dos meses, artículo 261 inciso primero de la Ley General de la Administración Pública, no obstante para el caso concreto existe norma especial que fija un plazo más corto, siendo el caso que ninguno de los plazos citados fueron respetados.</p> <p>La medida cautelar se ha prolongado más del tiempo legalmente establecido</p> <p>No operó el plazo del silencio positivo, no hubo quebranto constitucional alguno en ese sentido, porque la Administración respondió en el plazo establecido.</p> <p>Violación al artículo 41 y 46 de la Constitución Política, del Principio de justicia pronta y cumplida, al derecho de defensa y a la libertad de empresa.</p> <p>Declarado parcialmente con lugar.</p>
<p>Fernando Leñero Testart, Eduardo Ulibarri Bilbao y Luis Amón Castro, todos representantes del periódico La Nación</p>	<p>Expediente: 96-002108-0007-CO Resolución: 2001-06401 de las veintiún horas con cincuenta y dos minutos del cinco de julio del dos mil uno.</p>	<p>1-Por suspender la publicidad de líneas Erótica, Steap Tease, Club XXX y Exxtasis. 2- La Oficina de Control de Propaganda ejerce censura previa y se les ha intimado con decomisar y destruir el material que transgrede los artículos 12 y 18 de la Ley 5811, con la ayuda de la Guardia Civil o la Guardia de Asistencia Rural. 3-Violación al Principio del Debido Proceso y el principio de contradicción.</p>	<p>La Sala Constitucional declaró que la actividad de ofrecer bienes y servicios al público en general, mediante los medios de comunicación colectiva, es un ejercicio propio de la Libertad de Comercio, y no se circunscribe en la Libertad de Expresión, y cabe la posibilidad de establecer limitaciones propias a la libertad de comercio y hace referencia a la Libertad de Empresa artículo 46 Constitucional.</p> <p>Libertad de Empresa involucra la libre escogencia de la actividad empresarial, la determinación de la estructura de la empresa, así como de los medios necesarios para la consecución de los fines escogidos, es de singular importancia obtener un lucro razonable, el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, del medio ambiente, de la seguridad e intereses económicos, así como el derecho de recibir información adecuada y veraz.</p> <p>La Libertad de Empresa tiene una relación directa con “ La propaganda comercial, que es una herramienta de quienes pretender vender bienes y servicios, pues les permite dirigir su mensaje comercial a la mayor cantidad de personas con el fin de que los adquieran, pudiendo difundirse a través de medios de comunicación colectiva, como periódicos, radioemisoras o canales de televisión, es una actividad cuyo objetivo principal es disuadir y convencer a los consumidores de la conveniencia o necesidad de adquirir un bien o servicio determinado, por lo que a juicio de este Tribunal, es una actividad que, fundamentalmente, se relaciona con la Libertad de empresa y de la cual la propaganda comercial está sujeta a limitaciones de rango constitucional, artículo 28 constitucional, que establece como límite</p>

			<p>general a las libertades públicas la moral, el orden público y el daño a terceros, en atención a la protección de valores y principios también de primer orden, como la dignidad de las personas, el bienestar de la familia y de los menores de edad, que gozan de reconocimiento expreso en varios instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento costarricense”, como:</p> <p>La Convención Americana sobre Derechos Humanos, La “Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer” La Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer”.</p> <p>Por ello la Libertad de Expresión y Libertad Comercial, tienen limitaciones, por privar el interés colectivo sobre el individual.</p> <p>En cuanto al Debido Proceso Sentencia 2000-08196-, la Sala reitera en sus sentencias 1723-95, 1807-93 y 1405-95, que se notificó a la recurrente, no obstante éste no se presentó y dejó transcurrir el plazo para ejercer su derecho de defensa, renunciando a asistir a la audiencia no siendo atribuible la inasistencia a la recurrida.</p> <p>Declarado sin lugar</p>
Dennos Aguiluz Milla, a favor de Mercadeo Unido S.A	<p>Expediente: 00-009745-0007-CO</p> <p>Resolución: 2001-05695 de las dieciséis horas con veinticuatro minutos del veintiséis de junio del dos mil uno.</p>	<p>1-Doble censura, el comercial fue autorizado por ley 5514 de Radio y televisión el Reglamento a la Ley de Publicidad 12764-G y ahora la Oficina de Control de Propaganda, saca del aire el comercial de Bolsas de Basura Olympic.</p> <p>2- Notificación de la apertura del procedimiento administrativo a Agencia de publicidad Asesores Young y Rubican y no a Mercadeo Unido.</p> <p>3- Violación al Principio del Debido Proceso, Libertad de Expresión y Libertad Comercial,.</p>	<p>La Oficina de Control de Propaganda, tiene la potestad de ordenar la suspensión de la propaganda comercial, y tal potestad la otorga el artículo 12 de la Ley 5811, así como el 18 del Reglamento 11235-G, considera la Sala que la suspensión del comercial constituye una medida cautelar propia de un procedimiento sancionatorio como el que existe en el caso en estudio.</p> <p>Las leyes y reglamentos citados aprueban los tributos, no lo que regula la Ley 5811, la cual ejerció un control a posteriori y no a priori.</p> <p>Se notificó a la agencia de publicidad, porque no constaba medio de comunicación alguno, ni nombre del dueño del anuncio, además de que el procedimiento se encuentra en la fase de iniciación y no se ha imposibilitado a que la amparada ejerza su derecho de defensa.</p> <p>No existió violación al derecho de Expresión, ya que el anuncio fue pautado y con ello hubo ejercicio del derecho de Libertad de Expresión, ni a la Libertad de Comercio, ello por cuanto dichos derechos no son irrestrictos y por lo tanto “a través del proceso de censura posterior, se determinó que podría ser perjudicial para el correcto desarrollo de los menores de edad, razón por la cual se deja de pautar como medida cautelar y por lo tanto temporal”.</p> <p>Declarado sin lugar</p>
Denis Aguiluz Milla, a favor de Mercadeo Unido S.A	<p>Expediente: 00-005979-0007-CO</p> <p>Resolución: 2002-03128 de las nueve horas nueve minutos del cinco</p>	<p>1-Por sacar del aire el comercial Margarina Numar</p> <p>2-Violación a la Libertad de Expresión, Libertad Comercial y de competencia y al Principio del</p>	<p>La Sala se ha reiterado sobre el debido proceso y manifiesta que no existe violación al principio del debido proceso, por cuanto la parte afectada ha ejercido su derecho de defensa al presentarse y hacer valer sus</p>

	de abril del dos mil dos.	Debido Proceso, ya que no se realizó la audiencia para poder ejercer su derecho de defensa y aunado a lo anterior el comercial ya había sido aprobado por Ley General de la Salud 5395, Reglamento de Publicidad de Alimentos 20098-S y Ley 5514 de Radio y tv y el Reglamento a la Ley de Publicidad 12764-G. 3-Que la medida cautelar de suspender la pauta del comercial, se fundamentó en denuncias telefónicas no mediante una denuncia formal.	derechos, al incoar los recursos y reclamos. En cuanto a la censura previa se refiere, la Sala acota que no se está ejerciendo censura previa, por lo que no existe violación a la Libertad de Expresión, Libertad Comercial y de Competencia, no obstante tales libertades no son irrestrictas y están sujetas a limitaciones, en este sentido la Sala señala que mediante sentencia número 008196 se proclamó la constitucionalidad de las actuaciones que limiten la Libertad de Expresión y Libertad Comercial. Sala determinó que las restricciones a la propaganda comercial son constitucionalmente legítimas, ya que tienden a dar u mayor rango de protección a principios, valores y derechos contenidos tanto en nuestra Constitución Política, como en convenios internacionales aprobados por nuestro país, y manifiesta que las limitaciones al ejercicio del Derecho de Libertad de Expresión y Libertad Comercial, en el presente caso son acordes a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, en el tanto tienen como finalidad que no se cause un peligro real a la sociedad “en razón del daño que la propaganda comercial puede causar, si se considera la amplia difusión que se le suele dar a este material en los medios de comunicación colectiva y que se dirige al público indiscriminadamente”. Sentencia número 008196 de las quince horas, ocho minutos del trece de septiembre del dos mil. Declarado sin lugar.
Dennos Aguiluz Milla a favor de Laboratorios Stein	Expediente: 01-008592-0007-CO Resolución: 2002-01086, a las doce horas con veinticinco minutos del primero de febrero del dos mil dos.	1-Se está ante un acto de censura previa, porque se ordena el desmantelamiento de la valla publicitaria del anuncio “No Sucar” y se les amenaza que si desobedecen tal disposición se recurrirá al auxilio de la fuerza pública, por ende es una sanción anticipada. 2- Se notificó a la Agencia de Publicidad Mc Cann Erikson, y no a la interesada directamente, violación al derecho de defensa y al Principio del Debido Proceso, se le vulneró el Derecho de Libertad de Expresión y Libertad Comercial y de competencia.	No hubo violación al Principio del Debido Proceso, ya que éste se ha de ejercer a lo largo de todo el procedimiento administrativo, razón por la cual a pesar de que, el interesado dentro del procedimiento no le fuere notificado el auto de apertura, si se apersonó y tubo la oportunidad de hacer valer sus derechos, ello por cuanto el vicio fue subsanado. sentencia número 2000-09248 “No lleva razón el recurrente en cuanto a este extremo, de violación al debido proceso, por cuanto se observa que si bien nunca se notificó a la empresa fabricante del producto, durante el procedimiento administrativo, se apersonó y ejerció su derecho de defensa, lo cual queda demostrado con el alegato del recurrente al indicar que estuvo presente en la audiencia y no se colocó a la amparada en estado de indefensión. La Sala se pronunció sobre la violación alegada por los recurrentes en lo concerniente a la lesión sufrida a los Derechos de Libertad de Expresión y Libertad Comercial, y que se le ha puesto una sanción anticipada, y remite a la sentencia número 2001-05495, que establece que las citadas libertades no son irrestrictas, tienen sus límites. No existió una sanción anticipada, por cuanto

			la amparada ejerció los derechos de Libertad de Expresión y Libertad comercial, puesto que tubo la oportunidad de publicar el comercial, por ende no se presentó tampoco la figura de la censura previa, ya que en este sentido nos encontramos frente a un control represivo y posterior y la disposición del desmantelamiento de la valla publicitaria es propio de las medidas cautelares y de los artículos 12 y 18 de la Ley 5811. Declarado sin lugar.
--	--	--	---

Fuente: Sala Constitucional, realizado por la investigadora ULACIT, 2004.

El siguiente cuadro tiene como finalidad analizar las Acciones de Inconstitucionalidad incoadas a partir del año 1995, sometidos a conocimiento de la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad de la Ley 5811 y su reglamento 11235-G.

Cuadro Número 2
ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
Sobre la Constitucionalidad de la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G

Oscar Bákit Padilla	Expediente: 2276-V-95 Resolución: 0834-098 de las diecisiete horas con treinta minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho	Inconstitucionalidad de los artículos 3,5,6,9 y 12 de la Ley 5811 y 11,13 y 18 del Decreto Ejecutivo número 11235-G, Ley 5514, Decreto Ejec. 12784-G, artículo 21 de Ley 7440, artículo 258-260 y 261 de Ley General de la Salud número 5395, artículo 7,17 y 19 del Reglamento de Regulación y Control de Cigarrillos, 12069-SPPS, Reglamento sobre Regulación y Control de Propaganda de Bebidas Alcohólicas 4048-SPPS, y artículos 4,6,7,8,10 y 14 d; y Decreto Ejecutivo 16008-S, por considerar que dichas normas establecen graves limitaciones a la Libertad de Expresión, y de comunicación, que promueven la aplicación de la censura previa, por diversos medios de comunicación colectiva, como la televisión, y alegan que lesionan los artículos 29 y 46 de la Constitución Política, 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la recomendación número 3 de la Conferencia Intergubernamental sobre políticas de comunicación en América Latina y el Caribe, y a las recomendaciones consignadas en el proyecto de	La Procuraduría General de la República rindió su informe y determina que en cuanto al fondo se refiere, existen sobradas razones de interés público que permiten limitar la propaganda comercial de manera razonable y proporcionada, siempre con el propósito de evitar un exceso en el ejercicio de la actividad propagandística que pueda afectar la esfera de otros derechos igualmente tutelados a nivel constitucional. Dicho control preventivo, no dejará sin contenido a la libertad fundamental, dado que se no se está impidiendo su ejercicio. Señala que el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos tenemos deberes para con la familia y la comunidad, y que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática, en el mismo sentido establece el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 22 del Código Civil. Por otra parte, el control del Estado sobre la propaganda comercial, debe admitir la posibilidad de que se realice el decomiso del material de la
---------------------	---	--	--

		<p>resolución de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo de las Naciones Unidas de mil novecientos noventa y cuatro.</p>	<p>propaganda comercial, con el propósito de evitar realmente el daño previsto.</p> <p>Tanto la Procuraduría General de la República, como también la Sala Constitucional coinciden en que no había asunto, ni de origen judicial, ni administrativo pendiente de resolución, de tal forma que al no existir ninguno de los supuestos indicados en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional no procede la acción de inconstitucionalidad.</p> <p>Se rechaza de plano.</p>
<p>Carlos Calderón Hidalgo, apoderado de KLEBRESO SOCIEDAD ANÓNIMA</p>	<p>Expediente: 98-008361-007-CO-M Resolución: 01316-99 de las dieciséis horas con cincuenta y siete minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y nueve</p>	<p>1-Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 3,5,6,9 y 12 de la Ley 5811, 3,4,5,6,7,8,9,20,14,15 y los artículos 1,13 y 18 del Decreto Ejecutivo número 11235.</p> <p>2- Someten a aprobación previa, todo el material de propaganda y los proyectos publicitarios, lo cual es censura previa, violatorio de la Libertad de Expresión y derecho a la información, lo que dificulta el libre ejercicio del derecho de Libertad de Empresa, derechos contenidos en los artículos 27, 29 y 46 de la Constitución Política.</p> <p>3-Somete a la publicidad a criterios discrecionales y subjetivos, y el control establecido es absolutamente discrecional y subjetivo de los funcionarios encargados, en violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, artículo 28 constitucional.</p>	<p>Al igual que la anterior fue rechazada de plano por los mismos motivos y razones expuestas con anterioridad, ya que no existía asunto pendiente de resolver.</p> <p>Se rechaza de plano</p>
<p>Rodrigo Solera Porras y Rodolfo Vázquez Fallas, representantes de cine Metropolitán</p>	<p>Expediente: 99-001747-007-CO-M Resolución: 03023-04 de las quince horas con cincuenta y siete minutos del veintisiete de abril de mil novecientos noventa y nueve.</p>	<p>1- Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley de Control de Propaganda 5811 y 18 del Decreto Ejecutivo 11235-G, alegan que en la práctica la oficina <i>"establece graves limitaciones a la libertad de expresión y comunicación que dificultan el libre ejercicio del derecho de expresión y de libre empresa"</i> lo cual hace sin seguir un debido proceso legal.</p>	<p>El objeto de esta gestión no la dirigen concretamente contra la normativa señalada, sino más bien contra las actuaciones de la Oficina de Control Nacional de Propaganda, por comunicado que se les envió sobre el material utilizado en la publicidad de las películas, que es contrario a lo dispuesto en la normativa impugnada por lo tanto no podían publicarlo más, lo cual se hizo sin mediar un debido proceso, en el cual pudieran defenderse.</p> <p>La impugnación que aquí se hace es contra las actuaciones concretas de la</p>

			<p>Administración Pública, lo cual es susceptible de ser conocida en la vía del Amparo ya planteado. Según artículo 73 inciso b de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se rechaza de plano.</p>
<p>Fernando Leñero Testart, Eduardo Ulibarri Bilbao y Luis Amón Castro, todos representantes del periódico La Nación,</p>	<p>Expediente: 96-002890-0007-CO Resolución: 2000-08196 de las quince horas con ocho minutos del trece de setiembre del dos mil.</p>	<p>1-Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1,2,3,4,5,6,9,11,12 y 14 de la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G, porque violentan los derechos estipulados en los artículos 7, 28, 29 y 40 de la Constitución Política y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos . Sostienen que en el ejercicio de la Libertad de Expresión y propiamente el de Libertad de Prensa, está prohibida la censura previa, salvo el caso de espectáculos públicos</p> <p>2-Oficina recurrida les amenaza con el decomiso y destrucción del material infractor, e invocan los artículos 12 y 18 de la Ley 5811 y su Reglamento 112535-G.</p> <p>3- Inconstitucionalidad de la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G, de las atribuciones que otorgan a la Oficina de Control de Propaganda.</p> <p>4- Parámetros personales en la aplicación de la citada ley.</p>	<p>La Sala Constitucional y manifiesta que la Ley de Control de Propaganda establece la regulación y control preventivo de la propaganda comercial, que utilice la impudicamente la imagen de la mujer para promover las ventas. Define Libertad de Expresión como la posibilidad de que el sujeto transmita sus pensamientos (ideas, voliciones, sentimientos) y comprende la libertad de creación artística o literaria, la de palabra, la libre expresión cinematográfica y también las manifestaciones vertidas por medio de la prensa escrita, la radio y la televisión, en tanto son medios de difusión de ideas. De la libertad de Expresión se infiere el derecho de dar y recibir información y el derecho a comunicar con propósito diverso ya sea económico, político, recreativo, etc, sin que se impongan medidas restrictivas que resulten irrazonables. La libertad de Expresión es presupuesto de la libertad de prensa y de información. Esta última comprende la prensa escrita, oral, audiovisual y por su naturaleza, se encuentra relacionada con el derecho de crónica, crítica, a la industria y el comercio de la prensa y al fenómeno de la publicidad. La Sala define la Censura previa como aquel control, examen o permiso a que se somete una publicación, texto u opinión, con anterioridad a su comunicación al público, mediante el cual se pretende realizar un control preventivo de las manifestaciones hechas por un medio de comunicación colectivo, radiofónico, televisivo o impreso. El artículo 28 y 29 Constitucional al prohibir la persecución por el ejercicio de la libertad de Expresión, establece que tal libertad no es absoluta y tiene su limite, que el abuso que se haga de ella hará incurrir en responsabilidad a su autor., y que tampoco es irrestricta, ya que sus límites vienen dados por el mismo Orden Constitucional Sentencia 3173-93, <i>los derechos fundamentales de cada persona, deben coexistir con</i></p>

		<p><i>todos y cada uno de los derechos de los demás, en aras de tal convivencia es que se hace necesario un recorte en su ejercicio, ya que dentro de los límites se encuentran el derecho de terceros y la moral y orden público, entendida como moral el conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros y orden público el mantenimiento de cierto orden jurídico y moral, que no es solamente de las calles.</i></p> <p>La libertad de expresión entonces no es absoluta y que nuestra legislación contempla la libertad de empresa artículo 46 Constitucional, que involucra la libre exigencia de la actividad empresarial, la determinación de la estructura de la empresa, así como de los medios necesarios para la consecución de sus fines, cuyo objetivo primordial es el lucro, por ende esta relacionada con la propaganda cuyo objetivo es disuadir y convencer a los consumidores de la conveniencia o necesidad de adquirir un bien o servicio determinado.</p> <p>La limitación a la propaganda comercial, que incurra en abusos de esta naturaleza encuentra fundamento en la dignidad del ser humano y los medios de comunicación colectiva influyen en la opinión pública, especialmente en los niños y adolescentes, por lo que los controles establecidos en la ley, tienen por objeto evitar los abusos en la utilización de la imagen de un ser humano, es compatible con el Derecho de la Constitución, y que tales limitaciones son proporcionadas y razonables, pues no impiden el ejercicio del derecho y tiene por objeto evitar un peligro real contra la sociedad. Sentencia 1944 –95 de las quince horas con dieciocho minutos del dieciocho de abril de mil novecientos noventa y cinco</p> <p>La ley somete a control y regulación la propaganda comercial que ofenda el pudor de la familia, es decir, que irrespete la concepción imperante en nuestra sociedad sobre lo adecuado, desde el punto de vista sexual. El derecho fundamental de la protección a la familia encuentra su fundamento en el artículo 51 constitucional, que la consagra como el elemento natural y cimiento de la sociedad.</p>
--	--	--

		<p>La familia "es el vinculo ideal para lograr el desarrollo humano y la preparación de la vida en sociedad; es el marco en el cual le corresponde al individuo aprender entre otras cosas a respetar los derechos y propiedades de los otros y es allí donde se forman los principios de cooperación y mutuo auxilio, base de la familia moderna, los que se trasladan de generación en generación dándonos la estabilidad social de la que gozamos". Sentencia número 346-94 de las quince horas y cuarenta y dos minutos del dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro.</p> <p>La falta de pudor se refiere a la ausencia de un sentimiento de reserva hacia lo que tiene o puede tener relación con el sexo. De esta forma se prohíbe recurrir en forma abusiva de la anatomía y sexualidad femeninas, ya que tal utilización, hace parecer a la mujer como un objeto, afectando su pudor, su dignidad y su papel dentro de la familia y la sociedad.</p> <p>La Sala considera la familia como elemento esencial de la sociedad, como un valor jurídico supremo, sobre el derecho de hacer propaganda comercial y estatuye que la regulación y limitaciones a la propaganda comercial, tienen su razón de ser en impedir que se difundan percepciones negativas que atenten el pudor de la familia y obstaculicen la formación de los menores de edad, y legitiman el control preventivo que establece la Ley de Control de Propaganda.</p> <p>Alude a instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica:</p> <p>La "Convención sobre los Derechos del Niño" que reconoce a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, por lo que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.</p> <p>Con respecto las medidas cautelares establecidas en los artículos 12 y 18 del Reglamento 11235-G, que aluden al decomiso y destrucción del material que vulnere la Ley 5811 y su Reglamento, la Sala expresa que según se constato en la citada ley, la oficina tiene la potestad de decomisar</p>
--	--	---

			<p>y destruir la propaganda comercial en caso de desobediencia a la orden de suspensión de la propaganda que no haya sido aprobada o que no se ajuste a las estipulaciones reglamentarias, contempladas en el artículo 12 de la Ley impugnada, pretende suministrar a la oficina encargada del control previo y fiscalización de la propaganda comercial una herramienta para evitar su difusión, si ofende valores y derechos que se pretenden proteger y tales medidas resultan acordes y proporcionadas, pues no se impide el ejercicio de las libertades supracitadas, ya que tales disposiciones se encuentran en la Ley 5811 y no se viola el principio de Reserva de Ley.</p> <p>Declarada sin lugar</p>
--	--	--	---

Fuente: Sala Constitucional, realizado por la investigadora ULACIT, 2004.

Los temas analizados por la Sala Constitucional sobre los Recursos de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad que fueron sometidos a su conocimiento, como Tribunal Superior Constitucional, tienen la característica fundamental que al ostentar criterios de carácter vinculante vienen a fungir como parámetros por seguir cuando se presenten vacíos legales o alguna consulta o duda, en cuanto a cómo se debe concebir determinado concepto o los parámetros por seguir con respecto a la aplicación de la ley 5811 y su reglamento.

En las resoluciones emitidas tanto de los Recursos de Amparo como de las Acciones de Inconstitucionalidad, la Sala Constitucional analizó cada caso y se manifestó sobre disímiles temas, tales como la violación a los artículo 27 y 41 Constitucional, que aluden al Principio de petición y de Justicia Pronta y Cumplida, sobre el Principio del Debido Proceso, el de Razonabilidad y de Proporcionalidad y sobre las restricciones y características de los Derechos Fundamentales, se refirió a la facultad de la Oficina de Control de Propaganda de actuar de oficio, definió las medidas cautelares y analizó sus características, definió conceptos como la libertad de Empresa, esgrimió criterios sobre la libertad de Comercio y de competencia, de Expresión y los límites de las mismas, Propaganda comercial, Publicidad y declaró la legitimidad de las restricciones a la propaganda comercial, cita los tratados internacionales ratificados por nuestro país que

protegen vehementemente los derechos de la niñez y de la familia, como elemento fundamental de la sociedad, enfatizó el tema de la censura previa

En cuanto a las Acciones de Inconstitucionalidad, la Sala Constitucional desplegó un papel fundamental, al igual que la Procuraduría General de la República, la primera mediante las Acciones de Inconstitucionalidad sometidas a su conocimiento, la Procuraduría mediante su criterio sobre las razones que justifican la limitación a la propaganda comercial y se fundamenta en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país. Ambos entes estatales coinciden en las restricciones a la propagandacomercial, la Sala define conceptos relevantes como libertad de Expresión, de Información, de Prensa, de Empresa y conceptualiza la censura previa, la familia, justifica los límites a las libertades públicas, pues no hay derechos absolutos, cita diversos Tratados Internacionales en los que se apoya para la protección de la niñez y la familia, se refiere también a los Derechos Fundamentales, a las Medidas Cautelares y al principio de Reserva de Ley.

4.3 Los criterios jurídicos vertidos por la Sala Constitucional y la Procuraduría General de la República y sobre la Ley 5811 y su aplicación

La Procuraduría General de la República como Asesor Legal del Estado, también se ha manifestado sobre la Ley 5811 y su reglamento, así como también de su aplicación, al igual que lo hizo la Sala Constitucional, específicamente en el concepto de censura previa y la actual situación jurídica en la que se encuentra el Consejo Asesor de la oficina de Control de Propaganda.

4.3.1 Censura Previa

La Procuraduría General de la República se ha pronunciado tanto sobre la conformación, estructura y funciones del Consejo Asesor, como también sobre el control preventivo mediante la aprobación e improbación de la propaganda comercial en la Ley

5811, y ha determinado mediante el dictamen número C-181-2001 del 26 de junio del 2001, lo siguiente:

Mediante la ley en referencia se faculta al Estado a través de la Oficina de Control de Propaganda del Ministerio de Gobernación, para controlar con criterio restrictivo todo tipo de propaganda comercial que incurra en alguna de las conductas señaladas. Cabe agregar que la Sala Constitucional mediante sentencia número 8196-00 de las quince horas ocho minutos del 13 de setiembre del 2000, confirmó la constitucionalidad de la citada ley al declarar sin lugar una acción interpuesta en su contra, en la que se alegaba que permitía al Estado censurar previamente todo tipo de propaganda.

Continúa manifestándose la Procuraduría, mediante audiencia conferida al Procurador General Adjunto, a través de la resolución número 2000-8196 citada con anterioridad, lo siguiente:

Farid Beirute Brenes, Procurador General Adjunto de la República, contestó la audiencia conferida y manifestó que el término “censura previa” tiene una carga emotiva negativa en un régimen democrático, pero el control preventivo que realiza el Ministerio de Gobernación a través de la Oficina de Control y Propaganda con fundamento en la ley impugnada dista mucho de serlo (...) Considera la Procuraduría que la propaganda comercial no es un fin en si mismo, sino un medio para ejercer la libertad de comercio y en ese sentido está relacionada con los numerales 28 y 46 de la Constitución Política. El primero de ellos establece como límite a las libertades públicas, la moral el orden público y las buenas costumbres y el daño a terceros y, la potestad de fiscalización y tutela es reconocida para hacer imperar cualquiera de los límites antes señalados. Por su parte el artículo 46 establece otra serie de derechos fundamentales que deben ser tutelados, además del derecho a hacer propaganda comercial, que de ningún modo es irrestricto y debe ser limitado por el legislador ordinario en virtud de los artículos 28 y 46 de la Constitución Política. Claro está la limitación debe tener por objeto evitar un peligro real contra la sociedad y ser proporcionada y razonable, lo cual ocurre en el caso de la limitación a la

libertad de expresión para realizar propaganda contenida en la Ley 5811. La actividad de realizar propaganda comercial tiene relación con varias libertades y derechos, los de los compradores u oferentes artículo 46 constitucional, y los relacionados con el orden público, la moral y el daño eventual a terceros, artículo 28(...) A juicio de la Procuraduría existen varias razones de interés público que permiten limitar la propaganda comercial de manera razonable y proporcionada, con el propósito de evitar el exceso en el ejercicio de la actividad propagandística que pueda afectar la esfera de otros derechos igualmente tutelados constitucionalmente...(…) Dicho control preventivo en última instancia no dejará sin contenido a la libertad fundamental, dado que su ejercicio no se impide (..) Concluyó que las normas impugnadas son constitucionales.

En el mismo sentido se pronuncia la Sala Constitucional respecto a la censura previa, y determina mediante la misma sentencia citada con anterioridad que:

Una de las principales garantías que protegen la libertad de expresión es la prohibición de censura previa, ocurriendo así, que cualquier control debe darse a posteriori. Como censura previa entiende la Sala aquel control, examen o permiso a que se somete una publicación texto u opinión, con anterioridad a su comunicación al público, mediante el cual se pretende realizar un control preventivo de las manifestaciones hechas por un medio de comunicación colectiva, ya bien sea radiofónico, televisivo e impreso. Continúa la Sala esgrimiendo, Asimismo que las limitaciones son proporcionadas y razonables pues no impiden el ejercicio, y tienen por objeto evitar un peligro real contra la sociedad.

Sobre el mismo tema se manifiesta también el Licenciado Ronald Arce Umaña Director de la Asesoría Legal del Ministerio de Gobernación y Policía, que:

La jurisprudencia constitucional no ha señalado vicios de inconstitucionalidad en la Ley 5811 y su reglamento, pero que sí resultaría inconstitucional, por violación al principio de legalidad, reserva de ley y libertad de expresión , pretender que toda la propaganda comercial sea calificada previamente por la Oficina de Control de Propaganda .Con base en lo señalado se concluye que los artículos que tratan del control previo de la propaganda

comercial, no han sido declarados inconstitucionales ni han sido desaplicados por parte del Tribunal Supremo de Jurisdicción Constitucional, lo que no se ha definido con claridad es la forma de ejercer dicho control. Información interna, Gómez (2003) (p.30).

De lo anteriormente expuesto se puede apreciar que tanto el criterio vertido por la Procuraduría General de la República, así como los pronunciamientos emitidos en la jurisprudencia constitucional, de la sala Constitucional coinciden en que se debe ejercer un control preventivo, no obstante dicho control no dejaría sin efecto el ejercicio de realizar la libertad de expresión por medio de la propaganda comercial, además que el citado control preventivo debe ser realizado en forma razonable y proporcional. Es por tal razón que la Ley 5811 y su reglamento no han sido declarados inconstitucionales.

Partiendo de la premisa anterior, cabe mencionar que la Dirección de la Oficina de Control de Propaganda, que asumía el cargo antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002, y por la primer dirección que ocupó el cargo durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, ya que no se realizaba un control preventivo, ejerciendo un control a posteriori, y no a priori ya que no calificaba toda la propaganda comercial, pues ejerció su labor después de la publicación de la propaganda comercial, apartándose del Principio de Literalidad de las Normas, pues no aplicaba el control preventivo mediante la figura de la censura previa a toda la propaganda comercial que ofendiera los bienes jurídicos tutelados en la Ley 5811 y su reglamento, que era difundida por los distintos medios de comunicación masiva.

Como corolario de lo anterior se deduce que tanto la Procuraduría General de la República al igual que la Sala Constitucional, coinciden en la constitucionalidad de la Ley 5811 y su reglamento, ya que se inclinan por la aplicación de la Tesis de la Exclusión de Bienes Jurídicos, y otorgan mayor preponderancia a los derechos contenidos en el artículo 51 constitucional, del derecho de la familia a la tutela especial por parte del Estado, en un grado de supremacía con el derecho de ejercer la libertad de expresión y libertad comercial, no obstante su ejercicio solamente se limita no se impide.

4.3.2 Principio de Legalidad

Partiendo de la anterior aseveración, la Ley 5811 y su reglamento, no han sido declarados inconstitucionales debido a que su aplicación se encuentra apegada al principio de legalidad.

Es menester mencionar que nuestro país al igual, que todo sistema de gobierno se encuentra regulado por un cuerpo normativo que rige las relaciones tanto entre los particulares así como también entre el Estado y esos particulares, y se encuentra compuesto por una gama de principios de derechos establecidos en las distintas ramas que conforman el conglomerado jurídico.

En nuestro país a diferencia de otros países europeos, tales como España, que contempla el Principio de Constitucionalidad en un grado de supremacía con el de Legalidad, realizan un control de la publicidad de forma disímil al nuestro, no obstante, al igual que nuestro régimen, goza de un Estado Social y Democrático de Derecho.

En virtud de lo anterior según De Esteban y González (1992), manifiestan que en España consagra en su sistema jurídico el Principio de Constitucionalidad el cual desplaza el Principio de Legalidad, ya que la ley no es concebida como criterio legitimador de las actuaciones de los poderes públicos y de los ciudadanos, sino que la legitimación se contempla esencialmente en la Constitución, quedando el Principio de Legalidad relegado a un segundo plano, y en un carácter de subordinación a aquel. (p. 174).

Contrario sensu, nuestra legislación se rige por el Principio de Legalidad, el cual se encuentra establecido tanto en el artículo 11 de la Constitución Política, como también en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, y que señalan que El Principio de Legalidad es propio de los rasgos de un Estado de Derecho y que implica el sometimiento por parte de la Administración Pública a la Ley y limita sus posibilidades de acción al mero desarrollo de ésta, respetando los parámetros establecidos en la legislación vigente del Estado. En análogo sentido continúa manifestándose (De Esteban y González,

1992), quienes conciben el Principio de Legalidad como “la actuación del Gobierno, el cual debe estar sujeto, en todas sus actividades, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.(p.179,181).

A la luz de lo anterior se desprende que todo sistema democrático se caracteriza por el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos, creando de esta forma distintas normas y estableciendo principios constitucionales que se encarguen de salvaguardar los derechos individuales y sociales de la colectividad, como por ejemplo el Principio de Legalidad, que tiene como finalidad verificar que las actuaciones de los funcionarios públicos, se rijan bajo parámetros de legalidad y suprimiendo al máximo el abuso de autoridad, promoviendo la aplicación razonable y proporcional de la discrecionalidad en la administración pública, es decir el citado principio viene a establecer las pautas de la Administración, ya que limita las actuaciones de ésta, que no pueda realizar acciones que contraríen el ordenamiento jurídico, ya que solamente se encuentra facultada para realizar aquello que está expresamente permitido por la Ley preestablecida.

No obstante, los funcionarios públicos interpretan tanto las normas y principios constitucionales subjetivamente, y se apartan de su aplicación como por ejemplo el Principio de Literalidad de las Normas, o esbozan una interpretación errónea a los mismos, desvirtuando su contenido, ello por cuanto las direcciones que asumieron el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, una antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002 y la primer dirección de la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, se han caracterizado por ejercer un control a posteriori, como claramente quedó demostrando en las distintas resoluciones de la oficina en cuestión, como en las sentencias emitidas por la Sala Constitucional, lo anterior, según externaron las dos directoras que asumían el cargo, tal proceder surgió con el objetivo de respetar bienes jurídicos plasmados en la Carta Magna y respetuosos del principio de Legalidad establecidos en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, sin embargo, ello no sucede en la dirección que actualmente se encuentra asumiendo el cargo de la dirección de la oficina de marras, ello por cuanto se da un examen o calificación previa, como bien definió la Sala Constitucional el control preventivo (*censura previa*)

mediante la aprobación e improbación de la propaganda comercial que ofenda los bienes jurídicos establecidos en la Ley 5811 y su reglamento y que se analizará en el capítulo destinado a tal temática.

4.3.3 El Consejo Asesor, su estructura y funciones

La dirección de la Oficina de Control de Propaganda, que asumió el cargo antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002, ejercía una labor conjunta con el Consejo Asesor, el cual se encuentra contemplado en los artículos 10, 11 en la Ley 5811 y de los artículos 3 al 10, Capítulo II, del Reglamento 11235G, los cuales establecen todo lo referente al Consejo Asesor, su conformación y funciones, así como también la de cada uno de sus miembros en específico.

El primer artículo supracitado hace alusión a la conformación o estructura del Consejo, sin embargo, uno de los miembros que formaban parte del citado consejo desapareció, por lo cual la dirección que asumió el cargo posterior a la citada administración, realizó una consulta a la Procuraduría General de la República sobre la posibilidad de sustituir el miembro que actualmente se encuentra sin nombrar, para poder así, al igual que la anterior dirección efectuar una labor conjunta, con el objeto de realizar las funciones propias de la administración pública amparadas al Principio de Legalidad .

4.3.3.1 Integración del Consejo Asesor

El artículo 10 de la Ley 5811 establece la existencia del Consejo Asesor de Propaganda, el cual estará integrado por dos personas representantes del Ministerio de Gobernación, una de la cámara de Comercio, otra de la Asociación del Consejo Nacional de Publicidad, y una representante del Instituto Nacional de las Mujeres.

No obstante, en la actualidad el Consejo Asesor no se encuentra completamente conformado, ello por cuanto éste no cuenta con el nombramiento del representante de la Asociación del Consejo Nacional de la Publicidad, ya que dos de las tres organizaciones que lo conformaban, dejaron de subsistir, siendo éstas la Cámara de Medio de

Comunicación Colectiva CANAMECC y la Cámara de Anunciantes, quedando vigente sólo la Asociación Costarricense de Agencias de Publicidad (ASCAP), aunado a lo anterior, hasta la fecha tampoco se ha nombrado un representante de la Cámara de Comercio.

En la consulta sometida a la Procuraduría General de la República, se cuestiona si existe la posibilidad de que un representante de la Asociación Costarricense de Agencias de Publicidad ASCAP, pudiese sustituir la desaparecida Asociación del Consejo Nacional de la Publicidad.

Como respuesta la Procuraduría General de la República se pronuncia mediante el dictamen número C-181-2001, y señala que la Asociación Costarricense de Agencias de Publicidad ASCAP, no puede sustituir la Asociación del Consejo Nacional de la Publicidad, para designar un representante ante el Consejo Asesor de Propaganda, en la Oficina de Control de Propaganda, ello por cuanto todo acto que se realice en ausencia de los miembros citados con anterioridad devengaría en un acto ilegal, por cuanto existiría una deficiencia técnica legislativa, ya que se le está asignando la representación a una persona jurídica en específico y no al sector en sí, siendo importante rescatar la recomendación vertida por el Asesor Legal del Estado, el cual indica que debe darse la representación al sector y no a una persona jurídica u organización social determinada, pues éstas, por su naturaleza transitoria, pueden llegar a desaparecer, tal como es el caso de la Asociación del Consejo Nacional de la Publicidad.

Es menester traer a colación el dictamen número C-138-2001 del 8 de mayo del 2001, de la Procuraduría General de la República, el cual hace referencia a la legalidad de un órgano colegiado, en este dictamen se hace también alusión al dictamen número 025-97, donde se reafirma esta posición, en cuanto a que la integración del órgano colegiado es un aspecto de organización que tiene consecuencias importantes para la validez del acto administrativo, el criterio vertido establece lo siguiente:

Es así, criterio reiterado que el problema de la debida integración es de principio, ya que aún cuando se cuente con el número de miembros necesarios para conformar el quórum

estructural y en su caso el funcional, el colegio no puede funcionar si uno de los miembros no ha sido nombrado, o bien si el nombrado no ha sido investido de la función correspondiente. El órgano debe ser regular en cuanto a su constitución y respecto de la investidura de sus miembros. Sólo cuando sus miembros han sido investidos regularmente se considera constituido el órgano.

Puede considerarse que un órgano no constituido por falta de nombramiento de la totalidad de sus miembros, es un órgano no existente en tanto que colegio. Lo que significa que no puede sesionar en forma válida: para hacerlo deben nombrarse sus miembros, el acto respectivo debe ser legal y la investidura regular.

En el mismo sentido continúa pronunciándose la Procuraduría en el dictamen C-138-2001, el cual indica que la falta de nombramiento de uno de los miembros de un órgano colegiado, podría tomarse como un incumplimiento de deberes por parte del investido de la competencia para nombrar, sobre todo considerando que la inexistencia del órgano obedece a la ausencia de investidura del miembro respectivo, lo cual constituye una infracción del ordenamiento jurídico y podría determinar la nulidad plena de lo actuado por el órgano colegiado bajo esta circunstancia.

Siguiendo el mismo orden de ideas, el dictamen supracitado establece que si la situación se presenta por falta de nombramiento de un directivo, lo procedente es que el análisis se centre en la integración del Consejo ya que, si este no está debidamente integrado, no puede considerarse que jurídicamente exista y si no existe no puede funcionar. Y sólo en el caso de que exista, resulta relevante el problema del quórum estructural y funcional.

La jurisprudencia actual sobre dicho tema parte del dictamen C195-90 del 20 de noviembre de 1990, desarrollado posteriormente en el C-015-97 del 27 de enero de 1997 y C-025-97 del 7 de febrero del mismo año. Desde ellos ha sido constante el criterio de la Procuraduría en cuanto que la integración del órgano es fundamental para considerar que

existe jurídicamente y por ende, esa integración es presupuesto indispensable para que pueda funcionar.

La Procuraduría General de la República se pronuncia específicamente en el dictamen número C-195-90 del 30 de noviembre del 1990, y establece que la posibilidad de sesionar debe examinarse, en primer término, respecto de la integración del órgano. Ello en la medida en que si el órgano no se encuentra debidamente integrado, no puede funcionar en forma válida. En efecto si el órgano no está integrado no puede ejercer su competencia y , por ende los actos que emita no serán válidos. Así que sólo en el tanto en que el órgano esté constituido, puede plantearse este segundo aspecto del quórum.

En análogo sentido, formula su criterio legal el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Gobernación y Policía, quien considera que :

Toda vez que el señalamiento de la Asociación del Consejo Nacional de Publicidad, como miembro del Consejo Asesor de Propaganda fue hecho por ley y que solo reformando la ley podría nombrársele como miembro del Consejo Asesor, aún cuando ésta (ASCAP) formara parte de la desaparecida Asociación, ello en aplicación del Principio de Legalidad, desarrollado en el artículo 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, no puede representar la citada Asociación, pues sustituir de manera unilateral por parte de la Administración al miembro señalado expresamente en la ley, constituiría en la especie sustituir la voluntad del legislador.

Información interna. Gómez (2003) (p.30).

Sobre el tema en cuestión el Despacho de la Procuraduría comparte el criterio externado por el Departamento Legal del Ministerio de Gobernación, en el sentido que la sustitución propuesta resulta legalmente improcedente, ya que el legislador, de forma expresa, confirió representación ante el Consejo Asesor de Propaganda a una determinada Asociación, por tanto la Administración en estricto apego al Principio de Legalidad, no está facultada para sustituirla por otra. Si bien es cierto, la intención del legislador fue la de dar representación al sector relacionado con la publicidad, dispuso que el representante fuera la

citada Asociación , pero al desaparecer ésta, la subsistencia de uno de sus miembros, no faculta a la administración a aceptar la sustitución del miembro de la Asociación, por cuanto fue la intención del legislador, y como tal debe ser reformado vía ley.

En síntesis, si bien es cierto existen dos tipos de quórum el estructural y el funcional, cabe destacar que es primordial el nombramiento de todos los miembros que integran el órgano colegiado, ya que si éste no se encuentra debidamente integrado no puede considerarse que jurídicamente exista, y por ende, no puede sesionar válidamente.

4.3.3.2 Funciones del Consejo Asesor

El legislador consignó en la ley 5811 y su reglamento, un apartado específico, donde se alude a la presencia del citado Consejo Asesor, el cual fue creado con la finalidad de coadyuvar a la dirección de la Oficina de Control de Propaganda en la regulación de la propaganda comercial, con el objetivo de proteger la imagen de la mujer, la dignidad y el pudor de la familia, bienes jurídicos establecidos en el artículo primero de la ley en cuestión.

El Reglamento 11235-G contempla en el Capítulo II, del artículo 3 al 10, todo lo pertinente al Consejo Asesor, por ejemplo su integración, las funciones del Consejo así como también las de cada uno de los miembros que lo conforman, la agenda de sesiones y lo procedente en caso de ausencia de los miembros.

Por su parte el artículo 11 de la Ley en rito excepto el inciso c) el cual forma parte el artículo 4 del reglamento 11235 G, los cuales invocan las funciones que debe realizar el Consejo Asesor, las que a saber rezan:

Artículo 4^a Corresponde al Consejo Asesor :

- a) Servir de órgano consultor de la Oficina de Control, cuando existieren dudas o fuere necesario completar elementos de juicio para resolver un caso concreto;
- b) Emitir su opinión cuando haya sido planteado un recurso de apelación contra un pronunciamiento de la Oficina de Control de Propaganda; y

- c) Fijar directrices y establecer las pautas referentes a los criterios que deben imperar para regular la propaganda de conformidad con la Ley, y de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento.

En los casos establecidos en los incisos a) y b), el criterio del Consejo no será vinculante para la Oficina de Control de Propaganda.”

El artículo supracitado establece las funciones que debe realizar el Consejo Asesor, siendo importante rescatar que en la actualidad el Consejo Asesor no se encuentra realizando las funciones encomendadas por el legislador, por las razones expuestas precedentemente, y que si bien es cierto antes de la desaparición de la Asociación de Consejo Nacional de Publicidad, el Consejo Asesor funcionaba a plenitud, se ha podido constatar que aún así no existen vestigios que puedan dar fe de las directrices y pautas establecidas por dicho Consejo, referentes a los criterios que deben imperar para regular la propaganda comercial, como bien lo señala el inciso c del artículo 4 del reglamento, las cuales en el párrafo final establecen que en dicho inciso las directrices y pautas referente a los criterios supra indicados si tienen carácter vinculante.

De lo anterior se puede considerar que si no existen claras directrices, ni existen pautas que establezcan criterios de evaluación de la aplicación la ley 5811, ni tampoco existe una uniformidad de conceptos tales como dignidad y pudor, por consiguiente ni los usuarios, ni funcionarios pueden determinar cuando una propaganda comercial se encuentra infringiendo la ley en rito, ello por cuanto no existen criterios estandarizados que puedan considerar que efectivamente se encuentran vulnerando la ley aludida.

Por otra parte, las sesiones ordinarias y extraordinarias que se estipulan en el artículo 5, así como las funciones de cada miembro no se están ejecutando, puesto que el Consejo Asesor no se encuentra jurídicamente conformado por falta de nombramiento de uno de los miembros, por ende no puede sesionar válida y legalmente, lo cual conlleva a concluir que la Oficina de Control de Propaganda no se encuentra realizando las funciones propias, ya que el Consejo Asesor no se encuentra fungiendo las funciones encomendadas.

Sin embargo, durante la segunda dirección que asumió el cargo de la Oficina, durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, el Licenciado Hernández Araya, inició los procedimientos para promover una reforma legal y así conformar el Consejo Asesor, como bien lo esgrimió la Procuraduría en uno de los dictámenes analizados anteriormente, no obstante hasta la fecha no ha habido resultado alguno en ese sentido.

Como conclusión de lo anteriormente expuesto, la Administración no se encuentra facultada para sustituir un miembro desaparecido por otro subsistente, ya que ello sólo es procedente mediante una reforma legal, y en cuanto a la integración y funciones del Consejo Asesor, éste no se encuentra jurídicamente integrado y por ende no puede sesionar válidamente, lo cual deriva en una insuficiencia de criterios profesionales, en la ejecución administrativa de la Ley 5811 y su aplicación, por ende la dirección de la Oficina de Control de Propaganda, que actualmente se encuentra a cargo, se halla realizando las funciones encomendadas por el legislador de forma incompleta, ello por cuanto deben buscar los medios necesarios para promover la reforma legal, con el objetivo de promover la conformación del Consejo Asesor y cumplir cabalmente con la aplicación de la ley en rito, ello con el propósito de coadyuvar en la ejecución de las labores de la oficina, en las resoluciones que emite la dirección, y seguir las directrices emitidas por el citado consejo Asesor, como bien se hizo referencia precedentemente al citado artículo del Reglamento.

4.4 Discrepancia de criterios vertidos por las últimas cuatro direcciones que asumieron el cargo de la Oficina de Control Nacional de Propaganda en la ejecución administrativa de la Ley 5811 y su Reglamento, mediante la aplicación de la censura previa

La Oficina de Control de Propaganda tiene como finalidad dar cumplimiento a la Ley 5811 y su Reglamento 11235G, misma que tiene por objetivo primordial proteger la imagen de la mujer, la dignidad y el pudor de la familia, bienes jurídicos tutelados en su artículo primero.

La problemática surge de dos posiciones totalmente antagónicas que han esgrimido las diferentes direcciones que han asumido el cargo de la oficina, una antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002, y tres direcciones que han ejercido sus funciones durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006.

Lo anterior porque la primer dirección citada y la primera que ocupó el cargo a inicios de la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, específicamente durante el periodo 2002-2004, avalaban la teoría de la inaplicabilidad de la censura previa, porque consideraban que transgredía los artículos 7, 28 y 29 de la Constitución Política, no obstante, como contrapartida las dos últimas direcciones se inclinaban por la aplicación de la citada figura, amparados en los artículos 7, 28, 29, 46 y 51 del mismo cuerpo normativo.

Esta divergencia de criterios no solamente ha sido objeto debate en nuestro país, sino que también se puede concebir partiendo del análisis de la doctrina emitida por los diversos autores que han entrado a analizar la aplicación de la censura previa, ya que unos optan por la necesidad de la aplicación del citado instituto con el objetivo de salvaguardar bienes jurídicos de mayor rango, entre los que se destacan los magistrados que conforman la Sala Constitucional, por cuanto en reiteradas resoluciones e incluso la de mayor trascendencia jurídica como la Acción de Inconstitucionalidad número 08196-2000, la mayoría de los magistrados coincidieron en la constitucionalidad de la aplicación de la censura previa en la Ley 5811 y su reglamento, siendo menester mencionar que el magistrado Rodolfo Piza, discrepaba en la totalidad y salvaba su voto, ya que consideraba inconstitucional la aplicación de la censura previa, otros por el contrario se inclinan por la teoría del equilibrio de bienes jurídicos, lo cual se puede constatar en la concepción que tiene la Asesoría Legal del Ministerio de Gobernación, la cual avala la teoría de la inaplicabilidad de la censura previa a toda la propaganda comercial.

4.4.1 Ejecución Administrativa de la Ley 5811 y su Reglamento por las dos direcciones que asumieron el cargo de la Oficina de Control de Propaganda una antes y durante la Administración Rodríguez

Echeverría 1998-2002 y la primer dirección que asumió el cargo en la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006

La dirección que ejerció el cargo durante la Administración Rodríguez Echeverría,(1998-2002) y la primera que asumió el cargo durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, consideraban que al aplicar la censura previa, se violentaban los derechos fundamentales de libertad de expresión y libertad de información, libertad comercial en los medios de comunicación colectiva, como radio, televisión, periódicos, revistas y todo medio de comunicación difundido de forma masiva, por consiguiente abogaban por la preservación y ejercicio sin previa censura de los derechos de Libertad de Expresión y Libertad comercial, amparados en los artículos 7, 28 y 29 de la Constitución Política, y de los Tratados Internacionales ratificados por Costa Rica. Sin embargo, dicha inclinación no era proclamada expresamente, sino de forma tácita, ello por cuanto en el periodo que asumieron el cargo de la Oficina, efectuaron un control a posteriori y no a priori y así quedó plasmado en cada una de las resoluciones emitidas.

Siendo ineludible mencionar que tanto las resoluciones que emitió la Oficina de Control Nacional de Propaganda y los recursos de Amparo incoados por la actuación de la misma, ante la Sala Constitucional los recurrentes alegaban que la Oficina estaba aplicando la figura de la censura previa a toda la propaganda comercial, por lo anteriormente expuesto, la Sala Constitucional una vez que analizó los casos sometidos a su conocimiento, determinó que la Oficina de Control Nacional de Propaganda, ejerció siempre un control a posteriori, y nunca a priori como alegaban los recurrentes, y dicho control se realizaba con respecto al material que se encontraba infringiendo la Ley 5811 y su reglamento, no así a toda la propaganda comercial como lo indicaban los recurrentes, por lo tanto la mayoría de los Recursos de Amparados y Acciones de Inconstitucionalidad fueron declarados sin lugar, ello por cuanto se comprobó que la dependencia no aplicaba la censura previa, a todo el material, sino solamente a aquel que infringiera la ley in rito.

La primera directora que asumió el cargo de la Oficina durante la Administración Pacheco de la Espriella, fue la Licenciada Jéssica López Delgado, durante el periodo de Julio del 2002 hasta Julio del 2004, quien considera que no se puede aplicar una ley que

contraviene el artículo 7, 28 y 29 de la Constitución Política, ya que con la aplicación de la censura previa se violentan los derechos de libertad de expresión y libertad comercial, y que la ley 5811 presentaba vicios de inconstitucionalidad ya que permite la aplicación del citado instituto y ello contraviene el artículo 7 constitucional, debido a que no se puede aplicar una ley en contra de la norma superior como lo es la Constitución Política. Aunado a lo anterior considera que mediante la aplicación de los artículos 6,7,8,9 y 12 de la Ley 5811 y la inaplicabilidad de los citados artículos, deviene en estricto cumplimiento a los artículos constitucionales supracitados, y a los artículos 11 de la Constitución Política y 6 y 11 de la Ley General de la Administración Pública, concluye que no se está ante un caso de incumplimiento de la ley, sino más bien y muy al contrario de un correcto cumplimiento. Información interna. Gómez(2003) (p.30).

4.4.2 Ejecución Administrativa de la Ley 5811 y su Reglamento durante la Administración Pacheco de la Espriella

Por otra parte, las últimas dos direcciones que asumieron y asume el cargo durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, lo ocuparon los Licenciados Adrián Hernández Araya y Roxana Blanco Flores, quienes consideran que la finalidad de la aplicación de la censura previa en la Ley 5811 se deriva de los artículos 1,2,3,4,5,6,9,11,12 y 14 de la Ley 5811 y su Reglamento y de los artículos 7,28,29,46 y 51 todos de rango constitucional, pues tienen su fundamento en la protección de la dignidad de la mujer, que su imagen no sea utilizada de forma impúdica para promover las ventas, sino que sea el mismo bien o servicio, el que ofrezca a los consumidores sus propiedades, además que el propósito de la aplicación del citado instituto radica en la protección del pudor de la familia como elemento primordial de la sociedad, especialmente la niñez y la adolescencia, tutelando los derechos de éstos con el fin de preservar la salud mental, sin imágenes dañinas, ni publicaciones pornográficas, que vayan en detrimento de su sano desarrollo y con miras a la conservación del orden público, la moral pública y las buenas costumbres, esta es la razón por la que en determinadas materias se establece de manera excepcional la aplicación de la figura de la censura previa, como es el caso de espectáculos públicos.

Sin embargo, existen autores que consideran que dicha excepcionalidad no se aplica a la propaganda comercial y consideran que en estos casos, existen las responsabilidades ulteriores, y lo interpretan que proviene del artículo 29 de la Constitución Política, el cual establece que toda persona tiene el derecho de comunicar su pensamiento de palabra o por escrito y publicarlos sin previa censura, y equiparan el derecho de libertad de expresión a la comercial, ya que consideran que una deriva de la otra, por ende la libertad comercial no puede ser objeto de censura previa.

Las direcciones que asumieron el cargo de la oficina, acotan como justificante que la aplicación de la censura previa obedece específicamente a dos motivos, en primer lugar porque la ley otorga esa facultad y segundo externó específicamente el Licenciado Hernández Araya porque se hace una exclusión de bienes jurídicos, y se protege el derecho de la familia a la tutela especial por parte del Estado, establecido en el artículo 51 de la Constitución Política, en un grado de supremacía con el derecho de todo individuo que goza de la libertad de expresión y libertad comercial, 28, 29 y 46 del mismo cuerpo normativo a ejercer tales derechos sin previa censura y este es el umbral del conflicto en la interpretación de la ley 5811 de dos derechos fundamentales, protegidos constitucionalmente.

Según las manifestaciones de la Licenciada Roxana Blanco Flores, quien funge en la actualidad como directora de la Oficina de Control de Propaganda desde setiembre del 2004, que la Oficina se encuentra trabajando muy fuerte en la regulación de la propaganda comercial que ofenda los bienes jurídicos tutelados en el artículo primero de la Ley 5811 y su reglamento 11235-G, y aboga por la aplicación del sistema de control preventivo, mediante la aprobación e improbación del material publicitario que lesione los bienes tutelados en la ley en rito, facultad concedida tanto en la Constitución Política, Tratados internacionales y como también en la citada ley, la cual ha sido analizada por la Sala Constitucional la cual ha considerado que la aplicación del control preventivo mediante la censura previa es totalmente constitucional, ya que ningún derecho es absoluto y tiene limitaciones. Asociado a lo anterior, la Licenciada Blanco Flores considera que es competencia exclusiva del Estado velar por la preservación de los valores que día con día

han ido decayendo, por tal razón parten de la Teoría del Equilibrio, y señala que es mejor prevenir que lamentar y buscan mantener un diálogo con los diferentes sectores involucrados en la propaganda comercial, llámense Agencias de Publicidad, representantes de los distintos medios de comunicación colectiva, radio, televisión, periódico, también se han realizado reuniones con los representantes de cines de corte pornográfico y con los de las empresas de cable, lo anterior con el objetivo de buscar mecanismos que permitan la regulación de la propaganda comercial, ya que mediante el sistema de cable ingresa del exterior una amplia gama de propaganda comercial que, aunque por las características propias del sistema de televisión por cable en este momento, no ha sido posible regular la propaganda comercial, ya que no existen métodos tecnológicos que permitan realizar tales funciones de regulación en ese ámbito.

En sentido homogéneo sucede con la regulación de Internet, para lo cual la dirección busca medios idóneos que le permita regularla, además considera que la oficina realiza una labor conjunta, la cual despliega con la Oficina de Espectáculos Públicos, contemplada en el Capítulo V, artículo 24 en el apartado de las disposiciones finales, dicha labor conjunta obedece al fin establecido en el artículo 51 constitucional, la protección de los valores y preservación de la salud mental de los niños y adolescentes. Información interna. Información Interna. Gómez (2003) (p.30).

Partiendo de las anteriores consideraciones, es preciso mencionar que tanto el sistema de cable como también Internet es en este momento difícil de controlar, básicamente por presentar la característica de ser de medios tecnológicos sin fronteras, dicha regulación no solo es objeto de conflicto en nuestro país, sino en el mundo entero, por lo cual diversos estudiosos han tratado de encontrar la posible solución para regular todo tipo de información que transita por estos sistemas cibernéticos como lo es precisamente Internet.

Diversos Estados buscan mecanismos jurídicos o de otra índole que les permita regular la información que es transferida de un lugar a otro, por lo cual ya existen distintas teorías que intentan dar solución y control en este sentido, no obstante es una ardua tarea

que apenas inicia sus trámites para lograr tal fin, según señala Castro, A (Revista Derecho y Tecnología de la Información) que:

Internet está constituida de comunidad heterogénea e invisible que no está unida bajo los tradicionales cánones de territorio, política, religión, población, lengua, etc. Por ello ha sido extremadamente complejo establecer la forma idónea de regular ciertas conductas que son una realidad dentro de las relaciones comerciales y humanas y que algunas veces podrían constituir una vulneración a los derechos humanos, como lo es la pornografía infantil, terrorismo, etc. (p.57).

Se han creado propuestas para su regulación tales como la Teoría de la Autorregulación, la del Caos, del estado Universal, las Estatales, etc. Esta última es la que apoya la Oficina de Control de Propaganda que el Estado debe velar por la protección de la niñez y adolescencia y busca métodos de concienciación mientras se aprueban dos proyectos de ley que se encuentran en la Asamblea Legislativa, uno bajo el Expediente 14700 denominado Proyecto de Ley para el acceso y universalización de Internet del 22 de abril del 2002 y otro con expediente 14029 denominado Proyecto de Ley de derechos de acceso a Internet del 15 de mayo del 2001. Revista Derecho y Tecnologías de la Información. (p81,82).

De lo expuesto precedentemente, se desprende que la dirección que actualmente ejerce el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, trabaja arduamente en la forma de regular los medios supracitados, además que regula la propaganda comercial de diversas formas, como por ejemplo, por medio de denuncias telefónicas y por escrito interpuestas por los administrados, de oficio facultad otorgada por la ley, mediante informes rendidos por los inspectores que diariamente efectúan funciones de inspección y divulgación de la Ley 5811 y por medio de material publicitario sometido a aprobación, que se difunde por los diferentes medios de comunicación colectiva, radio, televisión, periódicos, etc, en aras de salvaguardar bienes jurídicos supremos como la familia como elemento esencial de la sociedad y con la finalidad de dar cumplimiento a la ley 5811 y su reglamento.

Como contrapartida a lo anteriormente expuesto, referente a la interposición de denuncias, la Licenciada López Delgado Directora de la Oficina durante el periodo 2002 y 2004, señala que las denuncias se podían interponer solamente por escrito, según publicación de la Gaceta del día 17 de Marzo del 2003, siendo menester mencionar que esto proporciona seguridad jurídica tanto a las empresas privadas como a los administrados y demás personas en general, en el mismo sentido De Esteban y González (1992) sostiene “las consecuencias jurídicas de los propios actos, quien se compromete a algo o inicia una actuación de cualquier tipo ha de encontrar una respuesta cierta en el ordenamiento jurídico vigente con las responsabilidades que contraen”, no obstante no cabe una interpretación rígida de este principio, ya que de ser así se impediría la renovación del ordenamiento jurídico y la superación de situaciones de privilegio que el paso del tiempo obliga a desechar. (p.246,247).

De lo anterior se puede acotar, que por seguridad jurídica el denunciante debe cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 5811, por cuanto éste debe tener responsabilidad de sus actos, y ello provocaría el ataque de las empresas, a la competencia desleal, sin embargo quedaría la interrogante, cómo ejercen su derecho a denunciar las personas que se encuentren fuera del perímetro de domicilio de la Oficina de Control de Propaganda, en este sentido se propone que las personas que deseen ejercer tal derecho podrían realizarlo en algún ente gubernamental designado por la Oficina o en su defecto si lo amerita la oficina tiene la facultad para actuar de oficio.

Por lo anteriormente expuesto, claramente se puede constatar que la Oficina de Control de Propaganda desde su creación hasta la fecha no ha mantenido una uniformidad de criterios sobre los parámetros de aplicación de la Ley, ni tampoco ha tenido un criterio específico que seguir, ya que las directrices que debía implementar el Consejo Asesor no se realizaron, por ende no había parámetros que seguir, sino solamente lo indicado por la ley en cuestión, lo cual se pudo constatar por cuanto cada director que ha asumido el cargo de la oficina, ha proclamado su propio criterio, es así como los administrados no pueden obtener una visión estandarizada de la Oficina, lejos de ello, se denota que la oficina sigue el criterio del director que en un específico periodo se encuentre al frente de la misma, y no

de la ley en particular y aunado a lo anterior para incrementar tal situación de inestabilidad e incerteza jurídica en el año 2000, se dio la desaparición de Consejo Asesor, lo cual demuestra que efectivamente esta ley y su reglamento requiere ser objeto de una reforma legal que le permita a la dirección de la Oficina, realizar sus labores a cabalidad y proteger los valores y bienes jurídicos de primer nivel establecidos en la Carta Magna.

Para constatar la diferencia de criterios vertidos por las últimas cuatro direcciones de la Oficina en cuestión, así como de la aplicación y ejecución administrativa de la ley 5811 y su reglamento, cabe mencionar las funciones realizadas y opinión personal suministrada por el señor Pedro Ramírez Sancho, quien se encuentra destacado como inspector de la Oficina de Control de Propaganda desde hace aproximadamente cinco años hasta la fecha, el cual considera que:

En lo que respecta a mi experiencia con los últimos cuatro directores que han asumido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, en las anteriores y la actual administración, no han concordado con los parámetros de aplicación de esta ley, porque cada director establece sus parámetros por seguir, ya que se resuelve conforme la discrecionalidad que el Estado le atribuye y que cada director la aplica de acuerdo con su criterio personal y punto de vista con que perciba la obra del creativo, ya que la ley no define a la letra los parámetros que definen que es púdico e impúdico, digo e indigno.

Y con la censura previa los últimos cuatro directores que han asumido el cargo de la Oficina, han discrepado unos de otros en la aplicación de la censura previa, porque unos consideraban que la censura previa era inconstitucional al coartar la libertad de expresión y otros la aprobaban. Las dos primeras directoras la reprobaban y los últimos dos aplican el control preventivo, y parten de la obligación de dar fiel cumplimiento a lo establecido en la misma.

En análogo sentido el Licenciado Uri Weinstock Mendelewicz, considera que los directores que han asumido el cargo de la Oficina no han mantenido una uniformidad de criterios, y se expresa en los siguientes términos:

Por la experiencia considero que los directores que han asumido el cargo de la de Propaganda no han tenido una unificación de criterios, ya que no conocí a la Señora Alejandra Rivera, no obstante tengo conocimiento que los criterios que imperaban son totalmente contrarios a los que imperan en la actualidad, si conocí a Jessica López y la actual directora Licenciada Roxana Blanco, y considero que efectivamente los criterios de aplicación de la ley se realizan subjetivamente, de hecho yo les informo a mis clientes que se debe esperar que criterio decidirá optar el nuevo director que asuma el cargo de la Oficina.

Sin embargo, considero que la directora actual tiene un criterio más amplio y no tan cerrado como las anteriores direcciones, ya que se abre al diálogo y escucha las partes involucradas, y aplica la ley 5811 partiendo que la Sala Constitucional ha determinado que el control previo si es constitucional, no obstante considero que dicha ley no tiene reglas claras.

De las anteriores consideraciones vertidas por el inspector de la Oficina de Control de Propaganda, y por el Licenciado Weinstock, evidentemente se puede extraer que el problema de la ejecución administrativa de la Ley 5811 y su Reglamento, radica principalmente en la hermenéutica del articulado de la Ley 5811 y su reglamento, o la interpretación jurídica que cada director ha realizado sobre la citada ley, y por ende de su aplicación, del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la aplicación de la censura previa, ya que las dos primeras direcciones citadas con anterioridad se apartaron del Principio de Literalidad de las normas y emitieron su propio, lo cual viene a producir una inconsistencia en la aplicación de la ley, ya que al no haber homogeneidad en su aplicación el perjuicio deviene para la sociedad en general, llámense administrados, publicistas, comerciantes, etc, toda la población se ve afectada negativamente, primero porque se debe esperar qué criterio e interpretación jurídica aplicará el director que ocupe el puesto y no habrá parámetros estandarizados que respetar, ya que al apartarse de la literalidad de las normas, se ocasiona un perjuicio a la sociedad en general, pero sobre todo a la familia, a los niños, niñas y adolescentes, pues se les desampara, así como la dignidad e imagen de la mujer.

4.4.3 Resoluciones de la Oficina de Control de Propaganda en el año 2004

Las dos direcciones que han asumido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda como ciertamente quedó plasmado durante la Administración Pacheco de la Espriella 2002-2006, abogan por la aplicación de la figura de la censura previa al material que vulnere los bienes jurídicos contemplados en el artículo primero de la ley en cuestión, y a lo largo de su ejercicio han realizado una serie de labores en la regulación de la propaganda comercial en aras de la protección de bienes jurídicos de primer orden como lo es la imagen de la mujer, la dignidad, el pudor de la familia, el orden público y las buenas costumbres, centrándose en la protección de la salud mental de la niñez y adolescencia costarricense, aplicando el control preventivo mediante la aprobación e improbación del material publicitario que ofenda los bienes jurídicos supracitados y que se difunda en los distintos medios de comunicación colectiva. Su labor se puede constatar en cada una de las resoluciones emitidas en el año 2004, las cuales se desglosan a continuación.

Cuadro 3
Resoluciones emitidas por las Direcciones que ejercieron el cargo de la
Oficina de Control de Propaganda durante Administración Pacheco de la
Espriella 2002-2006
Emitidas en el 2004

Número Resolución	Medio de interposición	Material Publicitario	Medio de difusión	Aprobado e Improbado	Empresa y Agencia de Publicidad	Notificación
ROCNP-01-2004 13 h del 3-08-2004	Solicitud de aprobación 28/07/2004	Arte, afiche y arte de prensa de crema Lubriderm	Periódico	Aprob (2) Improb(1)	Publicidad Walter y Thompson	12 h, del 16/08/2004
ROCNP-02-2004, del 26/08/2004	Denuncia telefónica	Comercial LAIN	Canal 6	Suspensión del comercial		3:55 del 26/08/2004
ROCNP-03-2004 9 h, 27/08/2004	De oficio, inspección de propaganda	Valla public Ron centenario Hard cola 8.0	Carretera S. Pedro y S, Sebastián	Suspensión del material, desmantelam	Proyección Dual	13:15 p.m. del 27/08/2004
ROCNP-04-2004, 9 h, 30/08/2004	Solicitud de aprobación 27/08/2004	Afiche, improb en ROCNP-01-2004	Puntos de venta, periódicos	Aprobado	Publicidad Walter y Thompson	15:50, 31/08/2004
ROCNP-05-2004, 10 h, 30/08/2004	Denuncia telefónica	Valla publicitaria Ron centenario	Contiguo Atlas, Heredia	Suspensión del material,	Grupo Centenario Proyección Dual	12:20, 02/09/2004

					desmantelam		
ROCNP-06-2004, 15 h, 31/08/2004	Solicitud de aprobación 31/08/2004	de Crema Lubriderm	Campaña publicitaria	Aprobado	Publicidad Walter y Thompson	15:52, 31/08/2004	
ROCNP-07-2004, 15h, 01/09/2004	Solicitud de aprobación 01/09/2004	de Afiches y títulos de películas	Cartelera del Cine	Artes aprob Títulos 3 Aprob, 1 Impr	Center City	11:50, 03/09/2004	
ROCNP-08-2004, 16 h, 03/09/2004	Solicitud de aprobación 03/09/2004	de Comercial de Toyota, "no es lo mismo 45ss"	Televisión	Aprobado	Pudrí Motor, Jotabequ Grey Pub.	17:45, 03/09/2004	
ROCNP-09-2004, 10h 15m, 06/09/2004	Solicitud de aprobación 03/09/2004	de Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Artes aprob, 1 título Impr, 1 título aprob	Cinema 2000		
ROCNP-10-2004, 14h, 35m, 09/09/2004	Solicitud de aprobación 09/09/2004	de Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Aprobado	Cinema 2000	10:20, 10/09/2004	
ROCNP-11-2004, 10h, 13/09/2004	Denuncia Telefónica 08/09/2004	Vallas Night Club Elite	Carretera Sta Ana	Suspensión del material, desmantelam	Nigth Club Elite, Super panorama	10:05, 14/09/2004	
RONCP-12-2004, 15h, 13/09/2004	Solicitud de aprobación 09/09/2004	de Afiche publicitario	Cartelera de cine	6 Artes Apro 1 Impr, 5 títulos aprob, 3 Improb	Center City	15:21, 13/09/2004	
RONCP-13-2004, 12h, 35m, 17/09/2004	Solicitud de aprobación 16/09/2004	de Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Aprobados	Cinema 2000	1:35, 17/09/2004	
ROCNP-14-2004, 10h, 05m, 23/09/2004	Solicitud de aprobación 20/09/2004	de Dos vallas publicitarias	Carretera Sta Ana, Aut. General Cañas	Aprobadas	Nigth Club Elite, J&M Entertainment	1:35, 27/09/2004 Fax23/09/04	
ROCNP-15-2004, 16h, 20m, 24/09/2004	Solicitud de aprobación 24/09/2004	de Comercial Ericcson	Televisión	Aprobado	Corte Al. S.A., Jotabe Qu Grey P.		
ROCNP-16-2004, 10h, 27/09/2004	Solicitud de aprobación 24/09/2004	de Afiches Publicitarios	Cartelera de cine	10 Artes aprob, 1 impro, 7 titu apro, 4 impr	Center City	2:20, 27/09/2004	
ROCNP-17-2004, 11h, 30m, 07/09/2004	Adición de ROCNP-14-2004	Artes con modificación					
ROCNP-18-2004, 10H, 05M, 28/09/2004	Solicitud de aprobación 23/09/2004	de Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Arte aprob, Título Imp, modificarlo, aprobado	Cinema 2000	1:35, 29/09/2004	
ROCNP-19-2004, 14h, 28/09/2004	Rechazo De Rec. revocatoria	Vallas Publicitarias	Carretera Sta Ana, y G. Cañas		Nigth Club Elite	11:40, 05/10/2004	
ROCNP-20-2004, 10h, 50m, 07/10/2004	Solicitud de aprobación 30/09/2004	de Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Títulos 1 Aprob 1 Improb	Cinema 2000	2:05, 08/10/2004	
ROCNP-21-2004, 15h, 05m, 08/10/2004	Solicitud de aprobación 30/09/2004	de Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Aprobado	Cinema 2000	08/10/2004	
ROCNP-22-2004, 14h, 30m 14/10/2004	Inspección Y divulgación ley 5811	Valla Pub Helvex grifería fina	Diagonal Hotel Melia	Suspensión del material, desmantelam	Color Visión S.A.	12:40, 15/10/2004	
ROCNP-23-2004, 9h, 20/10/2004	Solicitud de aprobación 15/10/2004	de Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Aprobados	Cinema 2000	1:40, 20/10/2004	
ROCNP-24-2004, 11h, 30m, 25/10/2004	Solicitud de aprobación 21/10/2004	de Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Arte aprob Títulos 1 aprob, 1 impr	Cinema 2000	3:05, 25/10/2004	

ROCNP-25-2004, 11h, 28/10/2004	Decomiso	Póster Marca Firetrap	Ventana De tienda			2:05, 28/10/2004
ROCNP-26-2004, 11h, 28/10/2004	Decomiso	Póster Guy Laroche Fidji	Ventana De tienda Limón			Fax, 11:54 29/10/2004
ROCNP-27-2004, 9h, 10m, 01/11/2004	Solicitud de aprobación 28/10/2004	Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Aprobados	Cinema 2000	2:40, 02/11/2004
ROCNP-28-2004, 9h, 30 m, 03/11/2004	Inspecciones	Afiche de marca la Perla Occhiali	Afiche en local comercial	Decomiso del material	Óptica Visión	11:40 04/11/2004
ROCNP-29-2004, 14h, 25m, 08/11/2004	Solicitud de aprobación 04/11/2004	Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Aprobados	Cinema 2000	2:25, 09/11/2004
ROCNP-30-2004, 9h, 45m, 15/11/2004	Solicitud de aprobación 12/11/2004	Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Aprobados	Cinema 2000	2:45, 16/11/2004
ROCNP-31-2004, 8h, 45m, 22/11/2004	Solicitud de aprobación 18/11/2004	Afiches y prensa escrita	Cartelera, periódico	Arte improb Títulos aprob	Cinema 2000	2:50, 22/11/2004
ROCNP-32-2004, 10h, 12m, 22/11/2004	Solicitud de aprobación 19/11/2004	Afiches Publicitarios	Cartelera Del cine	Títulos impro (3), aprob(5) Artes aprobada, 1 improbado	Cine Center City	2:19, 22/11/2004
ROCNP-33-2004, 15 h, 20m, 30/11/2004	Solicitud de aprobación 26/11/2004	Afiches Publicitarios	Cartelera de cine y periódicos	Títulos aprobados (2) y también arte de prensa	Cinema 2000	2:40 1/12/2004
ROCNP-34-2004, 15h, 40m, 02/12/2004	Solicitud de aprobación 02/12/2004	Afiches Publicitarios	Cartelera de cine y periódicos	Títulos Aprob (10) Artes Aprob (4) Improbada (2)	Center City	2:20 7/12/2004
ROCNP-35-2004, 9h, 2m, 06/12/2004	Solicitud de aprobación 03/12/2004	Afiches Publicitarios	Cartelera de cine y periódicos	Títulos Aprob (2), Artes publicitarios Aprob (4)	Cinema 2000	2: 30 07/12/2004
ROCNP-36-2004, 11h, 37m, 06/12/2004	Inspecciones	Afiches Publicitarios	Cartelera de cine	Suspensión del material publicitario	Cinema Universal	2:10 07/12/2004
ROCNP-37-2004, 14h, 45m, 08/12/2004	Solicitud de aprobación 07/12/2004	Afiches Publicitarios	Cartelera de cine y periódicos	Títulos Aprob (15), Artes Aprob(15)	Center City	15:45 08/12/2004
ROCNP-38-2004, 15h, 02m, 09/12/2004	Solicitud de aprobación 09/12/2004	Afiches Publicitarios	Cartelera de cine y periódicos	Títulos Aprob (2), Arte de prensa Aprob (1)	Cinema 2000	1:35 10/12/2004
ROCNP-39-2004, 9h, 15m, 13/12/2004	Solicitud de aprobación 09/12/2004	Material publicitario	Buses	Arte publicitario Aprobado (1)	Night Club Elite	04/01/2005
ROCNP-40-2004, 11h, 15m, 15/12/2004	Denuncia escrita	Comercial de zapatos	Televisión	Suspensión del comercial	Best Brand	11:35 16/12/2004
ROCNP-41-2004, 14h, 05m, 16/12/2004	Solicitud de aprobación 16/12/2004	Afiches Publicitarios	Cartelera de cine y periódicos	Títulos Aprob (12) y Artes Aprob (12),	Center City	14:50 16/12/2004
ROCNP-42-2004, 13h, 02m, 17/12/2004	Solicitud de aprobación 17/12/2004	Afiches Publicitarios	Cartelera de cine y periódicos	Títulos Aprob (2), Arte Aprob (1)	Cinema 2000	04/01/2005

Fuente Oficina de Control de Propaganda, cuadro efectuado por investigadora.

En el cuadro precedente se evidencia como ambas direcciones de la Oficina la que asumió y la que asume en la actualidad aplican el control previo mediante la utilización de la censura previa, además de la implementación de sistemas que les permite regular la propaganda comercial que ofenda los bienes jurídicos establecidos en el artículo primero de la Ley 5811 y su reglamento, con el objetivo de coadyuvar a la Constitución Política en la tutela de bienes jurídicos de total relevancia.

4.4.4 La pugna de la aplicación de la censura previa tanto en la doctrina como nacional y extranjera arribando a la aplicación del citado instituto mediante la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G

En el presente capítulo se analizarán las tesis seguidas por los partidarios y antagónicos de la aplicación de la censura previa, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, para arribar a la aplicación del citado instituto, específicamente mediante la aplicación de la Ley 5811 y su reglamento, pues diversos estudiosos en este tópico consideran que la misma se aplica para casos donde no procede, ya que solamente se debe contemplar para casos excepcionales.

Tanto la doctrina nacional como extranjera difieren con la aplicación de la figura de la censura previa, debido a que unos abogan por su aplicación, por considerar que tal instituto se debe aplicar con el objetivo de salvaguardar bienes jurídicos de primer orden como lo es el derecho de la familia a obtener una tutela especial del Estado, y al caso excepcional de espectáculos públicos, especialmente con el fin de proteger los niños, niñas y los y las adolescentes, por el contrario otros apoyan la inaplicabilidad del citado instituto, pues persisten en su tesis que dicha figura es propia de regímenes totalitarios y coarta uno de los derechos naturales y fundamentales de todo ser humano, el cual es la libertad de expresión.

Entonces retomamos la divergencia de criterios y vemos como dos posiciones antagónicas se enfrentan, y surge la interrogante cuál tesis es la correcta.

Para dar una posible respuesta es preciso acotar los criterios vertidos por los partidarios que avalan la teoría del citado instituto y otros que lejos de apoyarla la reprimen.

4.4.4.1 Partidarios de la Inaplicabilidad de la Censura Previa

Dentro de los jurisconsultos que se avocan por la inaplicabilidad de la censura previa se encuentran Pellet (1993) y Álvarez (2003), quienes remiten a las manifestaciones de William Blackstone, quien considera que la libertad de informar y opinar incluye también la de prensa, cuya esencialidad era propia de un Estado libre y consiste en no establecer una censura previa de las publicaciones, pero sin exceptuarlas de la aplicación de las leyes criminales después de realizada aquella. Señala que todo hombre libre tiene el derecho incuestionable de exponer ante el público los sentimientos que le agraden, pero si lo que publica es impropio, dañino, ilegal, debe sufrir las consecuencia de su temeridad.(p.32).y (p.391) respectivamente.

Sin embargo, Pellet (1993) argumenta que existe una minoría doctrinaria que avala la teoría de erradicación de todo tipo de controles, misma que es seguida por los norteamericanos, Chafee y Cooley, quienes abogan por una libertad no reglamentada por leyes específicas de prensa, el derecho responsable, absoluta en su contenido. Cooley sostiene que la libertad de palabra y de prensa implica no solamente la libertad de publicar, sino también una completa inmunidad contra toda persecución o sanción por la publicación realizada. (p.33).

Considera el autor citado con anterioridad, que la doctrina de Blackstone es la clásica en la materia, la cual ha servido de fundamento a las normas constitucionales de la mayoría de los países del mundo que han acogido en su ley suprema y demás leyes el derecho de responsabilidad a la libre expresión de ideas.(p.33)..

Otro partidario de la teoría en cuestión es Badeni (1992), quien mantiene una posición antagónica con la aplicación de la censura previa, pues considera que no existe justificante que salvaguarde su aplicación como es la referente a la prohibición de efectuar cierto tipo de publicidad, ya sea por modalidades o por la naturaleza de los productos, ya que no se trata de juzgar los buenos o malos efectos que puede producir la publicidad para la población, así como tampoco desconocer el poder sancionatorio que la que encuadre en las figuras delictivas.(p.122,123).

Como contrapartida de lo anterior y con el fin de vislumbrar con mayor amplitud el criterio de los partidarios que reprimen la aplicación de la censura previa, se arribará a los operadores del Derecho en el ámbito nacional, dentro de los que se destaca el Licenciado Fernando Guier Esquivel, mediante Expediente 96-002890-007-CO, de la Acción de Inconstitucionalidad promovida por los representantes del Periódico La Nación, y publicación del Periódico La Nación el día Viernes 15 de Octubre del 2004, quien señala que la Constitución Política prohíbe terminantemente la censura previa, cualesquiera que sean sus motivaciones, aunque tengan un loable espíritu, y remite a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Convención Europea sobre Derechos Humanos, circunscribiéndola únicamente al caso de espectáculos públicos, y continúa manifestándose que si bien es cierto el artículo 33 constitucional autoriza regular las acciones que dañen la moral o el orden público o perjudique a terceros, no se puede prohibir el ejercicio de las libertades públicas mediante la censura previa eliminada mediante el artículo 29 del mismo cuerpo jurídico, aunado a lo anterior acusa el subjetivismo de los censores que imperan y no de la legalidad, ya que no se regula el logotipo ni la exhibición de la figura femenina junto a la del hombre, ambos desnudos que se encuentran en el edificio de la Corte Suprema de Justicia, indica que “es una escena impúdica toda vez que la mujer y el hombre están totalmente desnudos, y acentuándose las intimidades del busto femenino, para colmo de males, ambos sin cubrirse con un trapo púdico sus zonas genitales y en inmoral posición erótica, que al tenor de la Convención sobre los Derechos de los Niños, debería ser censurado de inmediato”. (Folio 80-82).

Para coadyuvar sobre los criterios vertidos anteriormente de la inaplicabilidad del instituto en cuestión, el Ex Magistrado Rodolfo Piza considera que la Libertad de Expresión constituye una violación a la libertad de expresión consagrada en los artículos 29 de la Constitución, 13 de la Convención Americana, 19 y 20 del Pacto Internacional, 19 de la Declaración Universal , ya que como ya ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una dimensión social y receptiva, en virtud de la cual significa también el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, a través de cualquier medio social oral, escrito, impreso artístico u otro de libre elección del sujeto activo, el de todos los demás de recibir las opiniones y noticias de cualquier procedencia, o como dijo textualmente el tribunal internacional.. para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho de difundir la propia esto naturalmente sin censura previa, salvo tratándose de espectáculos públicos y solamente para la protección moral de la infancia y de la adolescencia y sin otras responsabilidades que las posteriores a cargo de los autores que abusen de esa libertad. Voto 31-89 Expediente 40-89.

Otros consideran que podría utilizarse el sistema de autorregulación, dentro de los que se destacan Uri Weinstock Mendelewicz, Licenciado en Derecho, y con vasto conocimiento de la Ley 5811 y su reglamento, manifiesta según entrevista realizada, que no está de acuerdo con el control previo, ya que se inclina por la aplicación de un control posteriori, con un sistema de autorregulación, mediante la implementación de un Código de Autorregulación, considera que la censura previa se debe utilizar en áreas como espectáculos públicos, que se apliquen las restricciones de acceso a los menores de edad, pero que en el resto de actividades por ejemplo en la propaganda comercial que el Estado no incida tanto. No obstante considera que la censura previa si es constitucional, además que ya la Sala Constitucional ha entrado a conocer de su constitucionalidad y ha determinado su legitimidad.

Señala el Licenciado Weinstock, que la problemática en la aplicación de la citada ley y su reglamento deviene de la ausencia de reglas claras, ya que si la ley fuese clara tanto

las agencias de publicidad como los medios de comunicación tendrían a que atenerse y por ende si se infringe la misma se podrían aplicar las sanciones correspondientes.

Continúa manifestándose el Licenciado Weinstock Mendelewicz, que para agravar más la situación dicha ley presenta una serie de errores e inconsistencias, se puede traer a colación el artículo primero de la Ley 5811, el cual reza:

“Todo tipo de propaganda comercial que ofenda la dignidad, el pudor de la familia y en la que se utilice la imagen de la mujer impúdicamente para promover las ventas, será controlada y regulada con criterio restrictivo por el Ministerio de Gobernación.”

Primero la ley no establece los conceptos de dignidad, y otros conceptos importantes que nos permitan establecer criterios uniformes, lo cual evitaría caer en erróneas interpretaciones, segundo que dice que dicha propaganda que vulnere los valores indicados, será controlada y regulada con criterio restrictivo, donde debería decir prohíbase la propaganda que vulnere tales bienes.

Otro de los errores es que la Ley establece que las apelaciones las conocerá el superior jerárquico, en este caso el Ministro o Viceministro, o en el último caso la Asesoría Legal del Ministerio de Gobernación, considera que debería existir un órgano especializado que conozca en alzada y que tenga una relación más directa con la materia.

No obstante, argumenta que no existe conflicto, en el ejercicio de los derechos en análisis, ya que lo que sucede es que existe conflicto en el momento que se hace un ejercicio abusivo de tales derechos, ya que si se ejerce el derecho de la libertad de Expresión comercial en la propaganda de un determinado producto, que ésta se realice respetando la ley existente, siempre y cuando esta ley sea clara que la gente sepa que puede y que no puede hacer, que existan criterios claros, que delimitan los parámetros a seguir, por ejemplo que se establezcan los mecanismos y pautas a seguir en lo que se refiere al tipo de producto, la población que va ser objeto o destinatarios de tal propaganda, por ejemplo si acude a un cine y se publicite determinado producto partiendo que si es horario nocturno

las personas serán mayores de dieciocho años, que las vallas se encuentren en lugares determinados y dependiendo también del producto que se promocione, por ejemplo si es un producto para mayores de dieciocho años que no se encuentre cerca de una escuela.

A manera de conclusión, de los partidarios de la inaplicabilidad de la censura previa se encuentra, Adrián Marrero Redondo, periodista del Periódico La Extra, según entrevista realizada, quien reprime al máximo la aplicación de la censura previa, y señala que en su área de trabajo nadie nos regula, alega no tener conocimiento de la Ley 5811 ni de la Oficina de Control de Propaganda, y lejos de ello manifiesta que ellos realizan un autocontrol del material que se va a publicar, ya que en las publicaciones donde se anuncia la imagen de una mujer, no se muestra todo el cuerpo, se trabaja con este tipo de parámetros, ya que obviamente la imagen de la mujer es un imán para vender, y para ello existen las personas adultas que deben proteger la niñez, aunado a lo anterior acusa la ineficacia de la labor de la citada oficina, ya que también se evidencia la ausencia de regulación de medios de comunicación como lo son internet y cable, considera que la ley contempla vacíos legales. Por otro lado señala que se da una regulación del material publicado local, no así del extranjero, como las del Carnaval de Río, Brasil.

En cuanto al posible conflicto de bienes jurídicos de Libertad de Expresión y Libertad Comercial con el derecho de la familia a la tutela especial del Estado, señala que la solución radica en educar a los padres a proteger la salud mental de los hijos, inculcando principios y valores, la solución es la educación, y establecer controles en el seno familiar, ya que al no regular cable ni internet existe un gran vacío, porque es por donde más ingresa material de propaganda, videos, pornografía.

Por otra parte, es pertinente mencionar que existen partidarios de ambas teorías, pues mantienen un equilibrio de aplicación, pero para determinadas situaciones, como por ejemplo Quiroga (1993), señala que para el caso de la difusión de imágenes si cabe la censura previa, porque sino conlleva una idea, puede ser censurada si afecta la moral pública, máxime que la imagen tiene la virtualidad de expresar el grado máximo de inmoralidad por su carácter ilustrativo y directo. Por otro lado, considera que sobre las

ideas que no contengan imágenes no cabe tal figura, ya que la constitución busca preservar de la idea política, la prohibición de la censura previa es amplia debido a que no se quiere impedir que el hombre atizbe el horizonte de su libertad a través de todo tipo de ideas. (p.199).

En otro sentido se encuentran posiciones neutras, que no avalan ni apoyan la aplicación del citado instituto, dentro de las que se encuentra la Directora Ejecutiva de ASCAP Ileana González, quien manifiesta que no está ni a favor ni en contra de la aplicación de la censura previa, pues, considera que toda actividad debe tener un límite, porque sino estaríamos en un caos total y no está a favor porque cree que las leyes no son muy claras, por ejemplo de la Ley 5811 no establece criterios a seguir ni conceptos, este tipo de medidas puede ser en cierto modo meramente subjetivo. No obstante, señala que se puede aplicar a algunas materias pero con normas claras, por ejemplo IAFA si es importante que brinde su criterio, así como también en el área de salud, en igual sentido se puede aplicar a la protección de la familia, si es el caso.

Señala que en el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y libertad comercial, versus el derecho de la familia a una tutela efectiva del Estado no existe conflicto, ya que todo va de la mano, si se tuvieran leyes más claras no se tendrían los problemas que a veces se presentan. Menciona hipotéticamente que si por ejemplo si se envía un comercial a previa aprobación de licores a IAFA y luego la Oficina de Control de Propaganda y ésta considera que violenta la ley 5811, habría una doble censura por así decirlo, por lo tanto cree conveniente que exista un sistema que en estos casos se pueda enviar a previa aprobación a una sola oficina.

A la luz de lo anterior, opta por promover la concienciación de los sectores involucrados, y es aquí donde ASCAP, ha buscado fomentar que las agencias de publicidad se rijan bajo la ética y el respeto de la normativa existente, y señala que ASCAP tiene como objetivo principal la unión del mercado publicitario, dar a conocer el desarrollo publicitario, le indica a las agencias de publicidad como desarrollarse, sin interferir en el estatuto interno de cada una de ellas, que es una empresa sin fines de lucro y sus siglas significan

Asociación Costarricense de Agencias de Publicidad, por ello considera que sería viable que las agencias y los medios de comunicación tengan una autorregulación.

La Licenciada González considera que dentro de la posible solución al ejercicio de ambos, podría ser implementar una reforma legal, ya que la ley no es clara, que la misma posea un glosario, ya que lo que regula la Ley 5811 es cerrado, ampliar un poco más los ámbitos de aplicación y que al mismo tiempo se cree una comisión multipartita para evitar criterios subjetivos, que esté integrada por distintos sectores involucrados, y todos aporten su criterio, para que el procedimiento sea más expedito.

En virtud de lo anterior, es evidente que algunos optan por la aplicación de sistemas preventivos, otros por el contrario optan los represivos, y otra parte aboga por una autorregulación, lo cual por la experiencia y la historia demuestran que dichos sistemas son solamente una utopía, no son eficaces, y que lejos de solucionar el dilema dejaría al arbitrio derechos y bienes tan laudables como los establecidos en la Carta Magna, a saber los derechos de los, las niñas y los y las adolescentes, para preservar su salud física y mental, la protección de la familia, así como también las libertades de Expresión y Comercial, pues su ejercicio no se impide solo se limita.

4.4.4.2 Partidarios de la necesidad de la aplicación de la censura previa

Por otra parte encontramos partidarios que optan por la aplicación del sistema preventivo, mediante la implementación de la figura de la censura previa, sin embargo consideran que ésta se debe efectuar de forma excepcional, como lo es el caso de espectáculos públicos, regulados mediante la Ley 7440 de Espectáculos Públicos, la cual establece en su artículo primero que es obligación del Estado proteger la sociedad, particularmente a los menores de edad y a la familia, del acceso a los espectáculos públicos, a los materiales audiovisuales e impresos, asimismo regula la difusión y comercialización de esos materiales. En análogo sentido la Ley 5811 y su reglamento tutelan mediante su artículo primero la dignidad, la imagen de la mujer y el pudor de la familia, y establece en su artículo 24 del Capítulo V, la obligatoriedad de la Oficina de Control de Propaganda, a coordinar con la Oficina de Espectáculos Públicos a realizar una labor conjunta en la

regulación del material que infrinja las leyes que puedan ocasionar un perjuicio a la familia, en especial a personas pueriles, por ser las más sensibles y afectadas.

Uno de los seguidores de esta teoría es el Licenciado Ulises Calderón, especialista en materia Constitucional, según entrevista efectuada, considera que el ordenamiento jurídico debe interpretarse de forma sistemática y no aislada, y los tratados internacionales que protegen los derechos humanos tienen rango supraconstitucional, por ende se protege el derecho de la familia, en la protección de la niñez y adolescencia, en un grado de supremacía incluso de la misma Constitución Política, pues, señala que sino se regula la publicidad, los comerciales que infrinjan la ley, ocasionarán un grave daño a la población infantil, por cuanto estos son delitos de peligro, no de resultado.

Manifiesta el Licenciado Calderón, que conjuntamente y como coadyuvante de los bienes protegidos constitucionalmente, el Código Civil contempla un apartado de los Derechos de la personalidad, en el artículo 44 el cual establece que los derechos de la personalidad están fuera del comercio de los hombres, y demás artículos como lo son 47, 48 y 49 del mismo cuerpo normativo, hacen referencia a la fotografía o imagen de las personas, y el derecho a tener un nombre, los citados derechos que deben ser protegidos por la integridad de las personas, ya que tales derechos de la personalidad promulgan el derecho de las personas a una dignidad por ende ésta no puede ser violentada en función comercial, y dicho bien jurídico no puede ser mancillado por motivos de lucro, que es el fin buscado mediante el ejercicio de la publicidad, además considera que no existe una colisión de bienes jurídicos, ya que se aplica la exclusión de bienes jurídicos y se da mayor relevancia a la familia, como elemento fundamental de la sociedad y el respeto a la dignidad de las personas, a protección del nombre que se correlaciona con la imagen de la persona, y por lo tanto la aplicación de la censura previa no es inconstitucional, ya que busca proteger derechos supraconstitucionales.

En la misma óptica el Licenciado Álvaro Jiménez Acuña, según entrevista realizada, señala que la censura previa es constitucional, pero no debe ser la regla sino la excepción ya que la ley debe tener un reglamento que especifique en qué casos se debe regular la

propaganda, estratificar y clarificar los tipos de casos concretos que deben de ir a censura previa, calificar, debe además regular internet, videos, cable, ya que en la actualidad la Ley 5811 y su reglamento no regula ni internet ni cable, y posee vacíos legales, no obstante considera que no existe conflicto, en el ejercicio de los derechos de Libertad de Expresión y Libertad Comercial con el derecho de la Familia a obtener una tutela exclusiva, pues es función del Estado proteger la familia y velar por los intereses superiores del niño así como también debe cultivar buenas costumbres. Sin embargo, considera que la solución no solamente está en la aplicación de la censura previa, ya que se podrían establecer restricciones a los publicistas, que además de la ley formen como una especie de colegio y establezcan normas éticas, que se difunda por medio de televisión y radio, así como la existencia de la Oficina y de la ley, que se promueva la educación y que los padres también coadyuven en tales funciones.

En el mismo sentido Hernández exterioriza mediante Memoria del Ministerio de Gobernación y Policía. (2001) sobre la constitucionalidad del artículo primero de la Ley 5811 y considera que si es constitucional, señala además que la Constitución debe interpretarse armónicamente, pues los principios, derechos y valores consagrados en ella entran en conflicto con bastante frecuencia. Por ello, cuando exista colisión entre los derechos fundamentales, la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia y se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible, de lo contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.(p. 48,55).

Según Hernández, Memoria del Ministerio de Gobernación y Policía. (2001), el ejercicio de los derechos fundamentales está sometido a una serie de límites, los cuales son la moral, las buenas costumbres, el orden público, los derechos de terceros y los derechos constitucionales.

Como contrapartida a los límites de los derechos fundamentales, establece que al igual que los administrados el Estado también se encuentra sujeto a limitaciones dentro de

las que se destacan el Principio de Reserva Legal, el contenido esencial de los derechos y los Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.

Lo razonable es lo lógico, lo conveniente, lo útil, lo que en un determinado momento histórico es aceptado como valor prevaleciente de una sociedad sobre una determinada materia. (p.49).

La proporcionalidad significa que debe existir una adecuación entre la norma autorizante y el acto de ejecución, a fin de que este último sea congruente con el fin perseguido por aquella.

Hernández continúa manifestándose sobre los límites de la propaganda como instrumento de la libertad empresarial, sostiene que la propaganda comercial es un método de comunicar cuya finalidad es convencer a sus destinatarios para que consuman determinados productos o servicios, y considera que la libertad de comercio no podría ejercerse eficazmente sin la utilización de la propaganda, la cual si bien es cierto utiliza signos para expresarse su régimen jurídico no queda cubierto por la Libertad de Expresión, pues su finalidad es diversa. La propaganda constituye un instrumento imprescindible de la libertad de comercio, pero en cambio no lo es para la transmisión de hechos o manifestaciones de opiniones, que es la esencia de la Libertad de Expresión.

La propaganda no difunde hechos ni transmite la manifestación del pensamiento de una persona o grupo de ellas en sentido estricto, sino que más bien se limita a inducir a sus destinatarios a que adquieran determinados bienes o servicios, por lo que constituye un medio y no un fin en sí mismo como en cambio sí ocurre con otras manifestaciones de la libertad del pensamiento (noticias, comentarios, etc) en que aquellas constituye un fin per se. Por lo anterior no existe razón jurídica para ser tutelada por la Libertad de Expresión, sino que su regulación queda protegida bajo la libertad de empresa, en el artículo 46 Constitucional. (p.51).

Para obtener una óptica más acertada del pensamiento de los distintos sectores involucrados en la materia, es pertinente acotar que después de una serie de entrevistas realizadas a los representantes de distintas agencias de publicidad tales como Kio Comunicación, J Walter Thompson, DDB Needham, Murally y Asociados S.A todos están de acuerdo con la aplicación de la figura de la censura previa, pues consideran que la niñez y adolescencia se encuentran en un grado superior con el derecho de libertad de expresión y de empresa, así como también están de acuerdo que tal medida se aplique también a ámbitos como la salud, porque consideran que al igual que la familia son aspectos que el Estado debe regular, no obstante consideran que debe ser la excepción no la regla general, y señalan que la familia es un núcleo totalmente importante en la sociedad, sin embargo no están de acuerdo con la forma de realizar tal control, ya que la mayoría no conoce a plenitud la existencia de toda la normativa que regula la materia, ya que algunas no conocen la existencia de la Ley 5811 y su reglamento, ni tampoco las funciones que realiza la oficina de Control de Propaganda, ni de la Oficina de Espectáculos Públicos, ni de la ley 7440, ya que la conocen como antiguamente se denominaba la Oficina de Censura, y solamente hacen referencia al IAFA, la mayoría de las agencias consideran que los entes estatales no poseen un sistema que les permita analizar la propaganda comercial de forma expedita, lo cual les ocasiona un detrimento económico tanto a la agencia de publicidad, como también a los anunciantes y medios de comunicación (Industria Publicitaria), debido a que no hay celeridad en la aprobación del material publicitario que se someta para obtener respectiva la previa aprobación.

Los representantes de las agencias de publicidad entrevistados, coinciden en que no existe un conflicto entre los derechos de libertad de Expresión y de comercio con el derecho de la familia a la tutela del Estado, ya que es función del Estado velar por la conservación de los valores de la niñez y adolescencia, no obstante consideran que la solución debería consignarse desde la creación del comercial, informar a las agencias quien regula la propaganda comercial, actualizar la ley, que el ente encargado imparta capacitaciones a las agencias de publicidad, que debe haber un compromiso del cliente, las agencias, los medios de comunicación y el Estado, que todos juntos lleguen a un acuerdo y éste se reglamente para tomar en cuenta todas las partes. Además, todos concuerdan en que

si bien es cierto el Estado debe regular los derechos de libertad de Expresión y Libertad comercial para proteger la familia, ellos realizan sus funciones al amparo de normas éticas y políticas establecidas por la propia empresa que se cuidan de realizar comerciales que ofendan los derechos de los demás y evitan lenguaje obsceno e indebido, por el contrario buscan crear mensajes que preserven los valores.

Partiendo de las anteriores consideraciones sobre las libertades de expresión y de empresa, se puede concluir que ha habido un arduo debate en que tipo de libertad puede o no aplicarse la figura de la censura previa, ya que como se pudo constatar distintos autores consideran que no se debe aplicar la censura previa a la libertad de expresión y libertad de empresa, no obstante ello conlleva una divergencia de criterios e interpretaciones, ya que otros consideran que el Estado debe como ente regulador aplicar tal figura cuando existan bienes jurídicos de mayor prioridad por proteger.

Otros consideran que al decir libertad de expresión, esta incluye otras libertades y que como la primera no puede aplicarse censura previa, tampoco podría aplicarse a las restantes libertades que derivan de la de expresión y contemplan así en esta la libertad de empresa, ya que al decir que todos pueden expresar sus ideas de toda índole, aquí se puede incluir las ideas con fines comerciales, sin embargo la Sala ya ha sido reiterativa en relacionar la propaganda comercial con la libertad de empresa, y señalar que la libertad de expresión es aquella que otorga el derecho de expresar los pensamientos y voliciones, y es un fin, y no un medio como lo es la libertad comercial,. Ya que su finalidad no es la expresión de ideas sino obtener un lucro, por cuanto la propaganda comercial es un presupuesto de la libertad de empresa.

Es pertinente mencionar que en otros países ya existe doctrina y una legislación especialmente dirigida a proteger la actividad comercial, misma que es contemplada bajo la designación de Libertad de Expresión Comercial, en nuestro país se está someramente vislumbrando los cimientos de este tipo de libertad, la cual ya es regulada mediante SILEC, Sociedad Interamericana para la Libertad de Expresión Comercial.

SILEC se constituyó hace aproximadamente cinco años, y tiene como función defender y promover la Libertad de Expresión Comercial en todo el continente Americano.

La Libertad de Expresión Comercial es entendida como “el Derecho humano que ejercen todos aquellos que en ejercicio de un derecho comercial, publicitan o anuncian productos de libre venta. Es decir, se trata del ejercicio del derecho de informar al consumidor de todos aquellos productos, sus calidades y características y satisfacen sus necesidades básicas”. (SILEC Libertad de Expresión Comercial, 1998)(p.13). En Costa Rica, se encuentra tutelada mediante el artículo 46 constitucional, sin embargo su tutela no se encuentra claramente designada bajo la denominación Libertad de Expresión Comercial, sino como el derecho de ejercer la libertad de empresa.

Como conclusión de todos los criterios vertidos de los partidarios y antagonistas de la aplicación de la censura previa en un Estado de Derecho se debe tener en cuenta primeramente que la Libertad de Expresión difiere en su totalidad de la de Comercio o de Empresa, ya que la primera se encuentra tutelada bajo el artículo 28 y 29 y la segunda en el 46 todos de la Constitución Política. Otro aspecto de total relevancia es delimitar la diferencia entre las formas de manifestación de la libertad de expresión, ya que se puede arribar a conclusiones erradas como lo es confundir el derecho de expresión mediante el arte, que dista mucho de la libertad de empresa, cuyos objetivos son totalmente disímiles como se indico supra.

Asociado a lo anterior es menester mencionar que si bien es cierto la ley 5811 y su reglamento fue declarada constitucional, la misma requiere ser objeto de una reforma legal, para erradicar los vacíos legales que contempla y para actualizarla, con el objetivo que cumpla su cometido a cabalidad. Y que la censura previa sea aplicada excepcionalmente en aras de proteger los niños, niñas y los y las adolescentes, así como también para preservar las moral pública, las buenas costumbres y el orden público.

4.5 Necesidad de Implementar una reforma legal a la Ley 5811 y su Reglamento, la cual regula la propaganda comercial en los medios de comunicación colectiva

4.5.1 Análisis de la Ley 5811 y su Reglamento

Como todo cuerpo jurídico la ley 5811 y su reglamento tiene como objetivo principal salvaguardar bienes jurídicos de primer orden, y el espíritu de la misma aboga por la protección de la dignidad, el pudor de la familia y que la imagen de la mujer no sea utilizada impúdicamente para promover las ventas, y procura regular la propaganda comercial que ofenda los bienes supra indicados, que se difundan en los distintos medios de comunicación colectiva tales como televisión, radio, cine, periódicos, revistas, etc.

La Oficina de Control de Propaganda ente adscrito al Ministerio de Gobernación y Policía, surgió a la vida jurídica el 10 de octubre de 1975 y cuatro años más tarde su reglamento, evidentemente al presentar tal antigüedad es una ley que no se encuentra acorde con el desarrollo y necesidades de la sociedad, ya que el derecho debe ir de la mano con la evolución de la misma, aunado a lo anterior la ley presenta lagunas legales, y requiere con urgencia que sea objeto de una reforma legal, máxime que con la globalización que día con día nos subsume, y que el derecho comercial es un derecho cambiante debido a las constantes relaciones comerciales que se suscitan entre los miembros de la colectividad, es que se requiere con premura realizar tal reforma, por lo cual es función del Estado velar porque las normas se encuentren acordes con la realidad social y cumplan a cabalidad su cometido.

En los capítulos precedentes se puede evidenciar que la problemática de la aplicación de la Ley 5811 y su reglamento surge de la interpretación subjetiva que cada director le otorgaba, no obstante, la situación se agrava por los vacíos legales que presenta la misma y por la falta de definiciones de conceptos como propaganda comercial, ya que según tendencias modernas la denominan como publicidad y no propaganda, debido a que es un término propio de las campañas desplegadas en el ámbito político, y que el nombre correcto para designar la actividad de promover la venta de bienes y servicios es la publicidad, además que la ley no define conceptos como dignidad, pudor, qué se entiende

por imagen, con el objetivo de que tanto los administrados como los operadores del Derecho, en este caso los funcionarios de la Oficina de Control de Propaganda, tengan claramente delimitado los conceptos supracitados, así como también los parámetros o directrices por seguir en la aplicación de la misma.

Partiendo de la premisa anterior es evidente que la carencia de la definición de tales conceptos, ha ocasionado que la Sala Constitucional se haya encargado de ir definiendo cada uno de los términos anteriormente esgrimidos, y que los plasmara en cada uno de los pronunciamientos emitidos, como producto de los distintos Recursos de Amparo y mediante las Acciones de Inconstitucionalidad sometidos a su conocimiento, ya que en los capítulos anteriores se pudo constatar que la misma ha reiterado en la definición de conceptos como dignidad, pudor, familia, propaganda comercial, libertad de expresión y de empresa, moral pública, orden público y buenas costumbres, entre otros, estos últimos también son contemplados en la ley en cuestión, ya que aunque no lo indique expresamente lo hace de modo tácito.

Cabe señalar que en otras legislaciones, lo primero que se puede visualizar en sus primeros artículos es la definición de términos trascendentales y así se puedan evitar erróneas interpretaciones tendentes ya sea a reducir el ámbito de aplicación de la ley o ampliarlo, ello por cuanto cada persona podría realizar su propia interpretación así como los límites de conceptos, que ha sido lo que se ha suscitado con la aplicación de la ley en rito, ya que la ley no establece qué es pudor, dignidad, cuándo algo es digno o no, impúdico ya que cada persona puede percibir e interpretar de forma distinta cada concepto esbozado, y por ende aplicarlo subjetivamente.

Otra de las causas que han sido objeto de conflicto en la aplicación de la Ley 5811 estriba en los requisitos que debe poseer el director que asuma el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, ya que el artículo 2 del Reglamento establece que el Ministro de Gobernación y Policía nombrará un director, que contará con el personal, el mobiliario y equipo de oficina necesarios para el cumplimiento de sus fines, sin embargo el mismo, no establece las características que dicho director debe poseer, siendo importante acotar que el

funcionario público que ejerció el cargo como primer director de la Oficina, no contaba con la formación académica necesaria que le permitiera aplicar la ley conforme a derecho, siendo importante traer a colación que las dos primeras direcciones analizadas precedentemente, no aplicaban la figura de la censura previa alegando vicios de inconstitucionalidad de la ley 5811, por lo tanto la ley no se estaba aplicando, dejando así de proteger valores de primer orden como los contemplados en el artículo primero de la ley en rito, ya que se estaba dejando al desamparo la protección de la niñez y adolescencia, menoscabando los valores y dejando al arbitrio de los publicistas y demás personas involucrados en la materia realizar la publicidad sin ningún tipo de limitaciones ni restricciones de ninguna índole, lo cual deviene en un perjuicio para la población en general, ello por cuanto los niños y jóvenes son los forjadores de la Costa Rica del mañana, y sin la protección ni preservación de valores ni principios, la publicidad que infrinja la ley en rito viene a ocasionar un detrimento en el sano desarrollo de los forjadores del futuro, ya que al dejar sin regulación la publicidad que diariamente ingresa por los distintos medios de comunicación colectiva, y no se proteja a los infantes, adolescentes y sociedad en general del bombardeo publicitario surgido a raíz de la globalización de la que nos consume día con día, solamente obtendremos futuros individuos sin valores ni principios que llevaría al caos el país, en el incremento de delitos de toda índole, de ahí la proliferación de corrupción entre otras cosas, ello por cuanto serían personas sin escrúpulos que no respetan ni a sus semejantes ni ninguna ley.

Durante los periodos que no se aplicó la ley 5811, ni la literalidad de la misma en lo referente a la aplicación de la censura previa, se dejó de proteger tanto la dignidad de las personas, la imagen de la mujer, como también el pudor de la familia ya que al no aplicarse el citado instituto, se utilizaba la mujer como medio para promover las ventas, si bien es cierto quedó plasmado en cada una de las resoluciones y pronunciamientos de la Sala Constitucional, se pudo constatar que aunque se realizó un control a posteriori y se sancionó a los infractores de la ley 5811 y su reglamento, ya el daño había sido ocasionado aparte que el comercial que atentara contra los bienes jurídicos tutelados ya había entrado en la psiquis del infante, adolescente y ciudadano en general, y por ende el detrimento psicológico ya habría sido perpetrado.

Es menester mencionar algunos jurisconsultos como Ekmekdjian (1996), coincide con la aplicación de la censura previa y señalan que se encuentra contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José en su artículo 13, el cual admite la censura previa en los espectáculos públicos, cuando se tienda a proteger la moral de la infancia y la adolescencia, y dicha calificación se puede aplicar también a los teatros, cinematógrafo, televisión y cine. (p40).

A la luz de lo analizado en el presente capítulo es de total relevancia mencionar que el director que ejerza el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, debe contar con suficiente formación académica, que le permita realizar las funciones de regulación de la publicidad en los distintos medios de comunicación colectiva, para aplicar la Ley 5811 y su reglamento amparados al Principio de Legalidad, de Razonabilidad y Proporcionalidad, respetando el principio del debido proceso, aplicando la literalidad de las normas y sobre todo que la interpretación del articulado, lo realice integrando el ordenamiento jurídico de un modo sistemático y coherente, visualizando todo el cuerpo jurídico de forma integrada y congruente, y principalmente partiendo de la premisa de la preservación de los derechos y garantías de las que goza todo ciudadano, respetando y promoviendo el ejercicio de los derechos fundamentales como lo son el derecho de libertad de expresión, libertad comercial y el derechos de la familia a la tutela efectiva del Estado, ya que si bien es cierto no todo derecho es absoluto y debe tener limitaciones es función del Estado por medio de los funcionarios públicos que designe, velar porque tales derechos no queden sin efecto, y se ejerzan todos y cada uno de ellos.

En síntesis de lo anteriormente expuesto, el director que ejerza el cargo de la Oficina debe ser Licenciado en Derecho y además poseer amplios conocimientos y experiencia en la materia específicamente en Derecho Constitucional y Administrativo, por encontrarse dirigiendo una Oficina que regule bienes jurídicos de primer orden.

4.5.2 Reformas o cambios que se deben implementar a la Ley 5811 y su Reglamento

La Ley 5811 y su reglamento contempla una serie de vacíos legales que es necesario erradicar, ya que provocan una serie de inconsistencias, abusos e interpretaciones erradas en la aplicación de la citada ley y de la discrecionalidad otorgada por el Estado a los funcionarios públicos.

Según las aseveraciones de Ekmekdjian (1996), el derecho debe ser un sistema axiomático deductivo, que permita erradicar en la mayor extensión posible la discrecionalidad, que muy fácilmente se transforma en arbitrariedad, disminuyendo el espacio de la libertad. (p51).

Dentro de los aspectos de mayor trascendencia que deben ser tomados en cuenta para posteriormente ser reformados se encuentran los siguientes:

- ♦ Ampliar Parámetros de aplicación de la Ley 5811 y su reglamento y medios de regulación de la ley, que le permitan llegar a más ámbitos de aplicación
- ♦ Que la dirección se apoye en un órgano colegiado en la aprobación e improbación del material publicitario y que lo conformen varios profesionales, dicho órgano sea conformado principalmente abogados, psicólogos, publicistas y especialistas en mercadeo.
- ♦ Reforma legal del Consejo Asesor, que se conforme según lo indico la Procuraduría y que además realice sus funciones a cabalidad.
- ♦ Medidas Cautelares y sanciones

4.5.2.1 Ampliar Parámetros de aplicación de la Ley 5811 y su reglamento

La Oficina de Control de Propaganda tiene su objetivo primordial contemplado en el artículo primero, y su competencia se circunscribe básicamente a la protección de la

dignidad, el pudor de la familia y que la imagen de la mujer no sea utilizada de forma impúdica para promover las ventas. Ineludiblemente es un miembro importante en la familia y la sociedad, por lo tanto es merecedora de una protección especial, sin embargo, ello no obsta para que también se pueda contemplar la protección de la imagen del género masculino, lo cual vendría a llenar vacíos legales en ese sentido, por cuanto la literalidad de la ley protege la imagen de la mujer, no la de los ciudadanos en su conjunto como miembros de una colectividad, dejando al amparo la protección de tal bien jurídico a uno de los géneros.

Aunado a lo anterior considero que en la ley 5811 y su reglamento debería establecerse un articulado específico encargado de la protección de otros bienes jurídicos como la erradicación de la violencia, discriminación de género, lo cual debería realizarse uniendo esfuerzos con otras dependencias encargadas de la materia en específico, ya que si todos realizan un mayor esfuerzo y se organizan se puede trabajar conjuntamente en aras de proteger bienes jurídicos de gran trascendencia jurídica y social, y de esta forma ampliar los parámetros de aplicación de la ley y ejercer la misma conforme a derecho, ampliando sus horizontes y así tener más ámbitos de aplicación.

Como se mencionó anteriormente la ley presenta una serie de vacíos legales dentro de los que podemos mencionar que no se está regulando la propaganda comercial en televisión por cable, ni Internet, siendo estos unos portillos que en la actualidad lamentablemente no se puede regular, debido a la tecnología implementada en los mismos, no es posible, no obstante, la dirección que actualmente ocupa el cargo de la Oficina, realiza reuniones con los sectores involucrados y se buscan medios que le permitan por lo menos unir esfuerzos y regular en la medida de lo posible la propaganda comercial, mediante la concienciación a los encargados de tal actividad, por otro lado pretende utilizar campañas publicitarias para instar a los padres de familia a ser constantes vigilantes de los programas y comerciales que ven sus hijos, esto según señala la Licenciada Blanco. Información interna. Gómez (2003) (p.30).

4.5.2.2 Que la dirección se apoye con la presencia profesionales, tales como abogados, psicólogos, y especialistas en mercadeo, es decir representantes de los sectores involucrados para realizar la aprobación e improbación del material publicitario y cuente con un órgano colegiado de alzada que lo conformen profesionales en Derecho.

Al ser la Oficina de Control de Propaganda el único ente estatal encargado de regular todo tipo de propaganda comercial que ofenda y vulnere los bienes jurídicos supracitados, en todo el territorio nacional, debe ser una oficina que cuente con suficiente personal, medios económicos y tecnológicos que le permitan realizar sus funciones a cabalidad., que los funcionarios públicos ejerzan sus funciones amparados bajos los principios de constitucionales.

Para ejercer tales funciones de regulación y preservar los derechos de todos los individuos se requiere que cada material publicitario que sea sometido a la Oficina para su respectiva aprobación e improbación, sea motivo de análisis y discusión por los distintos sectores que se encuentra involucrados en el tema, por lo tanto considero que la dirección debe apoyarse en el criterio de profesionales en distintas ramas.

Además debe contar con la presencia de un órgano Colegiado de alzada, que conozca de los recursos de impugnación incoados contra las resoluciones emitidas por la Oficina de Control de Propaganda, dicho órgano debe necesariamente estar conformado por profesionales en Derecho.

4.5.2.3 Reforma legal a Consejo Asesor, que se conforme según lo indico la Procuraduría y delimitar las funciones del Consejo Asesor.

La ley 5811 establece en los artículos 10 y 11 y del 3 al 10 del Reglamento 11235-G, la existencia, conformación y funciones del Consejo Asesor. No obstante, en la actualidad el Consejo Asesor no se encuentra plenamente conformado, ya que como se mencionó anteriormente uno de los miembros dejó de existir, por lo tanto se debe realizar una reforma legal en este sentido, primeramente para nombrar el miembro del Consejo Asesor, así como también se nombre el de la Cámara de Comercio y por otra parte

considero que debe realizarse una reforma a las funciones del Consejo como tal, como también la de cada uno de los miembros que los conforman.

4.5.2.4 Medidas Cautelares y Sanciones

Como último aspecto que debe ser objeto de reforma son las medidas cautelares y las sanciones de la Ley 5811 y su reglamento, ya que según se desprende de los artículos 12 y 18 respectivamente, fungen como medida cautelar y como sanciones, siendo importante ampliar y delimitar cada uno por separado.

Según señaló la Sala Constitucional mediante sentencia 7190-94 “las medidas cautelares son un conjunto de potestades procesales del juez, ya sea de justicia jurisdiccional o administrativa, para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final”, y en el caso de la regulación de la propaganda comercial, la misma funciona ya sea suspendiendo la publicación del material infractor, tanto en radio, periódico, televisión, cine, etc ó si es el caso de las vallas publicitarias su desmantelamiento y realizando la modificación indicada para poder publicar el producto o servicio.

A la luz de lo anterior considero que si bien es cierto las medidas cautelares tienen como fin que si se violentó la ley 5811 y su reglamento el infractor se abstenga de seguir publicando el material, no existen sanciones que permitan a la Administración utilizar métodos más coercitivos en la regulación de la propaganda, ello por cuanto se deberían implementar sanciones más severas que nos permitan lograr más eficientemente los propósitos buscados en el artículo primero de la ley en análisis, e introducir sanciones pecuniarias cuando el infractor reincida en el ilícito.

Como conclusión cabe señalar que efectivamente la ley requiere con urgencia una reforma legal, por los motivos precedentemente externados y así regular la propaganda comercial, en aras de proteger bienes jurídicos de primer nivel protegidos tanto constitucionalmente como en los distintos tratados internacionales ratificados por nuestro país.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

Después del estudio realizado a la diferente doctrina nacional y extranjera, así como también a la jurisprudencia nacional que versa sobre la libertad de expresión y libertad comercial, en antítesis al derecho de la familia a la tutela especial por el Estado, se concluye que al ser el Estado custodio de la preservación de los derechos fundamentales y la coexistencia de los mismos, debe establecer y fomentar normas y actuaciones estandarizadas de la Administración Pública, que le permita a los ciudadanos ejercer los derechos y libertades fundamentales como lo son la Libertad de Expresión y Libertad Comercial, con el derecho de la familia a su tutela exclusiva, ya que si bien es cierto se da una exclusión de bienes jurídicos, la libertad de expresión y libertad comercial en última instancia al aplicar la censura previa, ésta no dejará sin contenido su ejercicio, pues no se está impidiendo, solamente limitándolo ya que ningún derecho es absoluto. En este sentido, es importante mencionar que la libertad de empresa o comercial debe ser ejercida de manera responsable, donde la rúbrica de los comerciantes se incline por la competencia leal y sana, y se preserve al mismo tiempo los derechos de las personas, ya que al ejercer los derechos es pertinente mencionar que éstos también tienen sus limitaciones, por cuanto se deben respetar los derechos de terceros, el orden público, la moral pública y las buenas costumbres, así como también su dignidad y su imagen, y el pudor de la familia, bienes jurídicos tutelados tanto los Tratados internacionales ratificados por nuestro país, en la Carta Magna, así como también en la Ley 5811.

Dentro de los distintos Recursos de Amparos y Acciones de Inconstitucionalidad sometidos al conocimiento de la Sala Constitucional se desprende que en cada uno de los recursos incoados la Sala consideró que mediante resoluciones 2002-01086, 2002-03128 y 2001-05695 no ha habido violación a los derechos de Libertad de Expresión, ni Comercial, ya que los comerciales denunciados fueron publicados y no se aplicó la censura previa, ya que la apertura del procedimiento administrativo se dio con posterioridad a la publicación de los comerciales, por cuanto los anuncios fueron pautados y publicados según cada caso.

La Sala constató que la Dirección de la Oficina de Control Nacional de Propaganda, no estaba aplicando la figura de la censura previa, a todo el material

publicitario, sino solamente a aquel que infringiera la Ley 5811 y su reglamento, ejerciendo además un control a posteriori, y no a priori, ello según resoluciones del 2002-03128, por ende no se vulneró ningún derecho ya que el material tuvo la oportunidad de pautarse por ende no hubo limitación al derecho de Libertad de Expresión.

En la resolución número 2001-05695 y la 2001-06401 se insiste en la inaplicabilidad de la censura previa, esta última indica:

Si bien a la letra de esta Ley parece permitirse el análisis previo de la publicidad, la Oficina de Control Nacional de Propaganda, siempre actúa posterior a la publicación de la misma, y el caso citado no es la excepción.” De lo anterior se concluye que ciertamente la Oficina de Control Nacional de Propaganda ejerció un control posterior y no previo, a pesar de que la ley da esa facultad, ésta no lo realizaba alegando el respeto tanto la Carta Magna como los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país.

En las resoluciones supracitadas la Sala determinó que la Dirección de la Oficina de Control Nacional de Propaganda, que ejerció el cargo antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002, ejerció el cargo aplicando un control a posteriori nunca a priori, del material que lesionaba la ley en cuestión, por lo cual todos los recursos fueron declarados sin lugar.

En cuanto al principio del Debido Proceso, este ha sido uno de los temas más sometidos al conocimiento de la Sala Constitucional, alegando violación a tal derecho fundamental así como también al derecho de defensa, mediante la ejecución administrativa de la Ley 5811. Los recurrentes alegan violación al debido proceso por cuanto no se les notificó de la apertura del procedimiento administrativo, sin embargo en este tema la Sala ha reiterado su criterio de que si bien es cierto no se notificó al directamente lesionado u ofendido, este tuvo la oportunidad de presentarse a lo largo del procedimiento y pudo así ejercer sus derechos, esto según resoluciones 2000-09248, 2002-01086, 2002-03128, 2001-06401 y 2001-05695.

Y aunado a este punto se acusa violación al principio de justicia pronta y cumplida, de rango Constitucional, establecida en el artículo 41, sobre resoluciones 201-03636 y 2001-05445, ambos recursos declarados con lugar siendo menester señalar que en este aspecto la dirección que asumió el cargo de la Oficina (antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría 1998-2002), no ejecuta las labores propias de la dependencia bajo los plazos legalmente establecidos, violando de este modo el principio de legalidad y el de justicia pronta y cumplida, artículo 11 y 41 respectivamente de la Constitución Política.

En cuanto a las Acciones de Inconstitucionalidad se refiere la de mayor trascendencia jurídica es la 2000-8196 la cual fue declarada sin lugar, puesto que el control preventivo de la censura previa se encuentra amparado a la Carta Magna, y la Sala Constitucional, misma que se apoya en los Tratados Internacionales ratificados por Costa Rica, los cuales tutelan algunos de los bienes jurídicos contemplados en la Ley 5811, tales como los artículos 16 y 3 de la Declaración Universal de los derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1,4,10 y 12 del Pacto Internacional de derechos Económicos , Sociales y Culturales, artículo 20 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5 y 10 de la Convención Americana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y el 17,29 artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De todo lo analizado en la presente investigación y después de un análisis exhaustivo de las actuaciones de las direcciones, así como también de los disímiles Recursos de Amparo, Acciones de Inconstitucionalidad y de las Resoluciones emitidas por las direcciones de la Oficina de Control de Propaganda, se puede acotar que en el ejercicio de sus funciones, los directores que han asumido el cargo de la Oficina no han mantenido una uniformidad de criterios ni han dado una ejecución administrativa de la Ley 5811 y su reglamento homogéneamente, ello por cuanto se pudo constatar que cada una emitió su hermenéutica del articulado y de ahí la surge la discrepancia de criterios y aplicación de la ley en rito, por cuanto las dos primeras directoras mencionadas precedentemente han proclamado un criterio subjetivo, es así como los administrados no pueden visualizar una

visión homogénea de la Oficina, lejos de ello, se denota que la oficina sigue el criterio del director que en un específico periodo esté al frente de la oficina, y no de la ley en particular, se debe mencionar que se debe aplicar el Principio de Legalidad y dar cumplimiento a la ley conforme al principio de Literalidad de las normas.

Siguiendo el tópico de la discrepancia de criterios vertidos por las últimas cuatro direcciones que han sumido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, específicamente durante los periodos una antes y durante la Administración Rodríguez Echeverría ocupada por la Señora Alejandra Rivera Hernández, la primer directora durante la Administración Pacheco de la Espriella la ocupó la Licenciada Jéssica López Delgado, propugnaban la inaplicabilidad de la censura previa, al considerar que vulneraba los artículos 7, 28, 29 de la Constitución Política, en posición antagónica se mantienen los Licenciados Adrián Hernández Araya y Roxana Blanco Flores, quienes sostienen que la aplicación del control previo mediante la utilización de la figura de la censura previa obedece a la protección de bienes jurídicos supraconstitucionales, tutelados tanto en el artículo primero de la Ley 5811 y su reglamento como también en los distintos Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, aunado a lo anterior que la Sala Constitucional determinó que la ley en cuestión no contraviene la Carta Magna y que dicha ley tampoco ha sido derogada, por lo cual en estricto apego al Principio de Legalidad, reserva de Ley, Razonabilidad y Proporcionalidad, se da fiel cumplimiento a la citada ley.

Es oportuno mencionar en este preciso momento que después del análisis de la ejecución administrativa de la Ley 5811 y su reglamento, las direcciones que asumieron el cargo de la Oficina de Control de Propaganda y que lo hicieron de forma responsable y conforme a Derecho fueron las últimas dos, que ejercieron el cargo durante la Administración Pacheco de la Espriella, siendo estos el Licenciado Hernández Araya y la actual directora Licenciada Blanco Flores, ya que efectuaron sus funciones amparados al principio de Legalidad, Proporcionalidad y Razonabilidad, ya que al aplicar el control preventivo se protegen bienes jurídicos de primer orden contemplados tanto en la Carta Magna como en los disímiles tratados internacionales supracitados, y que la aplicación de la

Ley 5811 la cual no ha sido declarada inconstitucional, ni ha sido derogada por otra, no obstante requiere ser objeto de una reforma.

Tanto la Procuraduría General de la República como también la Sala Constitucional, emitieron su criterio con respecto a la constitucionalidad de la Ley 5811 y su reglamento, así como de la aplicación de la censura previa y como corolario, el criterio vertido tanto la Procuraduría, como por la Sala Constitucional, coinciden en la constitucionalidad de la Ley en cuestión, concuerdan en que la aplicación del control preventivo de la aprobación e improbación de la propaganda comercial, tiene su justificante en la protección de valores de primer orden, ya que se inclinan por la aplicación de la Tesis de la Exclusión de Bienes Jurídicos, y otorgan mayor preponderancia a los derechos contenidos en el artículo 51 constitucional, del derecho de la familia a la tutela especial por parte del Estado. Y referente a la sustitución de ASCAP por la desaparecida Asociación, la Procuraduría concluyó que la Administración no se encuentra facultada para sustituir un miembro desaparecido por otro subsistente, ya que ello sólo es procedente mediante una reforma legal, y en cuanto a la integración y funciones del Consejo Asesor, este no se encuentra jurídicamente integrado y por ende no puede sesionar válidamente, lo cual deriva en una insuficiencia de criterios profesionales, en la ejecución administrativa de la Ley 5811 y su aplicación, por lo cual la Oficina debe contemplar los procedimientos tendentes a promover y agilizar la reforma legal.

En otro sentido es menester señalar que en nuestro país la Libertad de Expresión se tutela mediante los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, mientras que la Libertad Comercial o de Empresa mediante los artículos 28 y 46, todos de rango constitucional. El conflicto deviene en considerar que la libertad de comercio se circunscribe dentro de la de expresión, siendo pertinente mencionar que en otros Estados ya existe un articulado específico tendente a proteger la actividad comercial, denominado Libertad de Expresión Comercial, el cual es una mezcla de la Libertad de Expresión y de la de Empresa, se protege de forma diferente de la de expresión, por cuanto como claramente lo señaló Hernández precedentemente la libertad de Expresión tiene como fin que las personas manifiesten cualquier idea o noticia, como un fin, per se, mientras que la de Empresa no

puede ser tutelada mediante el artículo 28 y 29 solamente, por cuanto es un medio para lograr un fin el cual es el lucro, por ende se tutela mediante los artículos supracitados. En Costa Rica, todavía no se consigna como Libertad de Expresión Comercial, no obstante ya la Sala Constitucional, así como también la Procuraduría General de la República concuerdan que la libertad de empresa puede ser objeto de limitaciones las que deben estar consignadas bajo las normas constitucionales para proteger bienes jurídicos supraconstitucionales.

Por lo tanto, surge la interrogante ¿ se debe regular la propaganda comercial ?, Efectivamente, ello por cuanto la práctica y la historia demuestran que el ser humano debe guiarse bajo parámetros o normas que le indiquen como debe comportarse, ya que como señalaba Thomás Hobbes, el hombre es el lobo del hombre, o sea que es salvaje en su estado natural, por lo cual debe enunciar en forma total y absoluta a todos los derechos y que el Estado lo regule, por otro lado también es importante traer a colación las palabras de Jean Jacques Rousseau quien escribió el libro del “Contrato Social”, no coincide con las palabras de Hobbes, pues arguye que el hombre no es salvaje sino social, por su capacidad de raciocinio y esgrime la necesidad de llegar a acuerdos para vivir en sociedad, no renunciando a todos los derechos, donde el pueblo y la Nación definan objetivos que seguir, que voluntad general del pueblo es la expresión de la soberanía, que es la que permite definir los intereses del pueblo y por ello manda la mayoría, aunque los minoritarios también tienen derechos se ven limitados por los de la mayoría. La ley es una expresión de la voluntad de todos y nadie puede oponerse y va a estar por encima del hombre y del gobierno, y surge aquí el Estado de Derecho con el Principio de Legalidad. Por lo tanto, al haber un contrato cada parte debe respetar lo acordado por buscar el bien común. Y de ahí arribamos a la aplicación de la Ley 5811 y su reglamento, la cual tiene naturaleza de bien social, se busca el bien común donde se da una supremacía al derecho de la tutela especializada de la familia, especialmente la niñez y la adolescencia, por encima del derecho individual de ejercer la Libertad de Expresión y Libertad Comercial, no obstante esta última no se impide solamente se limita con el objetivo de proteger bienes jurídicos de mayor preeminencia.

De lo anterior es pertinente acotar que al formar parte de una sociedad debemos actuar bajo limitantes que nos guíen y nos señalen el camino por seguir, ya que la ley tampoco es de un régimen totalitario en nuestro caso en particular, ya que nos permite hacer todo lo que no dañe a los demás, y que se debe tener presente que se encuentra por encima el bienestar general sobre el individual.

Es pertinente mencionar que la educación, desarrollo psicológico y emocional de nuestra niñez y adolescencia costarricense es una función social, que si bien es cierto es competencia del Estado salvaguardar y tutelar con ahínco los derechos de éstos, también es obligación de los padres de familia, maestros, profesores y demás educadores desplegar esfuerzos conjuntos para buscar ese fin, ya que todos somos responsables y no podemos delegar funciones a una de las partes en específico, por ello no podemos aseverar que si el Estado no cumple o determinado sector involucrado llámense maestros, familia, etc, lo único que estaríamos haciendo sería desprotegiendo los más débiles y negativamente afectados que serían nuestros forjadores del mañana, por cuanto todos juntos debemos realizar las labores de protección y educación para obtener un futuro mejor.

Si bien es cierto estamos subsumidos en la era de la globalización y que nuestros niños, niñas y adolescentes y la población en general están siendo bombardeados por la vasta publicidad que ingresa por los distintos medios de comunicación colectiva, también debemos ser realistas, estamos en un Estado de Derecho, democrático donde se respetan todos y cada uno de los derechos de los ciudadanos, por cuanto en nuestro caso en particular los individuos tienen el derecho de ejercer las libertades públicas, tales como el derecho de libertad de expresión y de comercio, no obstante tal ejercicio debe ser llevado a cabo bajo cánones de responsabilidad, ello por cuanto nuestro país no es el único que se encuentra sufriendo los embates negativos de la publicidad, ya que en la mayoría de los países está al igual que el nuestro buscando posible soluciones para proteger los valores de la familia y preservar los principios y buenas costumbres, reconociendo por supuesto que también aporta demasiados beneficios. Es importante mencionar que la legislación protege el ejercicio de las libertades supracitadas, por lo tanto tal derecho debe ejercerse buscando el objetivo de publicitar el producto o servicio, por cuanto dicha publicidad debe ir de

acuerdo con el producto o servicio. Lo anterior porque la problemática ha sido el abuso en la utilización de la imagen de la mujer en forma impúdica que lo que ocasiona es una lesión en su dignidad. El producto que se publicite debe lejos de utilizar los derechos de la personalidad de los demás individuos de la colectividad, brindar un aporte positivo y enaltecer los bienes y propiedades del producto o servicio y su publicidad debe necesariamente estar acorde con dichas propiedades, por cuanto se sabe que existen gran variedad de bienes y servicios, lejos de impedir el ejercicio de tal libertad solamente se está limitando con el objetivo de proteger bienes jurídicos supraconstitucionales.

En virtud de lo anterior, existen partidarios que buscan encontrar una salida a tal conflicto y optan por la implementación de un sistema de autorregulación, esta sería una opción viable, sin embargo la práctica demuestra que es solamente una utopía, en mi criterio personal considero que es competencia del Estado regular la publicidad de todo tipo de material publicitario que vulnere los bienes jurídicos tutelados en la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G, por consiguiente considero que debe haber además de la ley un sistema de capacitación por parte de la Oficina y se creen mecanismos estandarizados donde le indique a los publicistas y demás congéneres las directrices por seguir además de la ley, como bien lo indicó el Licenciado Weinstock podría realizarse un Código de Autorregulación por parte de la Industria publicitaria (Agencias de Publicidad, anunciantes y los medios de comunicación), emitido por esta, pero que dicho Código se encuentre avalado por el Estado, y que ambos trabajen y luchen por un fin en común, donde ambas partes se verán beneficiadas.

Por otra parte, considero que debe realizarse una reforma legal por cuanto la ley es de antaño, y que se definan conceptos que no se encuentran delimitados, ampliar los parámetros de aplicación, sumado a lo anterior considero que además del criterio que emite la dirección de la Oficina de Control de Propaganda que asuma el cargo, debe existir un órgano que analice todos los casos que le sean sometidos a su conocimiento, por cuanto al estar evaluando bienes jurídicos de tal trascendencia deben ser valorados por un órgano que coadyuve a la dirección a realizar sus funciones, y que el mismo se encuentre conformado por miembros que posean distintas profesiones, con el fin de obtener criterios objetivos en

cuanto a la aplicación de la ley, y erradicar cualquier indicio de subjetividad en la aprobación e improbación del material publicitario que vulnere los bienes jurídicos tutelados en la Ley 5811 y su reglamento.

Como conclusión se puede reiterar que efectivamente la ley requiere con urgencia una reforma, por los vacíos legales que presenta, con el objetivo de proteger bienes jurídicos de primer nivel contemplados en la Carta Magna y demás Tratados Internacionales aprobados por nuestro país.

5.2 Recomendaciones

Mi recomendación es que el Estado mediante la Oficina de Control de Propaganda, ente adscrito al Ministerio de Gobernación y Policía, y por medio de la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G, regule la propaganda comercial, primeramente aplicando la literalidad de la ley, y realizando las funciones encomendadas por el legislador ejerciendo el control preventivo de la censura previa, mismo que fue declarado constitucional por la Sala Constitucional, ya que al encontrarnos en un Estado de Derecho éste debe establecer mediante la Administración Pública, las funciones de regulación y control de todo tipo de propaganda que ofenda los bienes jurídicos contenidos en el artículo primero de la ley en cuestión y debe además respetar y asimismo salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos tales como son la libertad de expresión, libertad comercial y también el derecho de la familia a la tutela del Estado, ello según lo establece la Constitución Política en su artículo 28, 29, 46 y 51.

Por otro lado, dentro de las recomendaciones, sería conveniente que el Estado conforme un órgano que coadyuve en las funciones de la Dirección de la Oficina de Control de Propaganda, con suficiente preparación académica que puedan emitir criterios objetivos de la Ley 5811, en cuanto al artículo primero se refiere, y que dicha regulación sea para proteger tanto la niñez como la adolescencia, y la familia en general, además que podrían ampliarse los parámetros de aplicación de la ley.

Y como última recomendación que se efectúe una reforma legal a la Ley 5811 y su Reglamento en aspectos como la conformación del Consejo Asesor, funciones de este, creación de un órgano colegiado que coadyuve a la Dirección de la Oficina en la aplicación y ejecución administrativa en la aplicación de la ley que proteja vehementemente los derechos de libertad de expresión, libertad comercial y el derecho de la familia a la tutela del Estado, además que se cree un órgano colegiado de alzada que sea especialmente para conocer de los recursos de impugnación, incoados contra la Oficina de Control de Propaganda.

5.3 Reforma Legal a la Ley 5811 y su Reglamento 11235-G

Cuadro 4
Proyecto de Ley

Texto Original	Texto Propuesto
<p>N° 5811 LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, DECRETA:</p> <p><i>Ley de Control Nacional de Publicidad</i></p> <p><i>Artículo 1º Todo tipo de propaganda comercial que ofenda la dignidad, el pudor de la familia y en la que se utilice la imagen de la mujer impudicamente para promover las ventas, será controlada y regulada con criterio restrictivo por el Ministerio de Gobernación.</i></p>	<p>N° _____ LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, DECRETA:</p> <p>Reforma Integral a Ley de Control Nacional de Publicidad</p> <p>Artículo 1ª <i>Queda totalmente prohibida la publicidad especialmente encaminada a ofender la dignidad e imagen de las persona impudicamente para promover las ventas, el pudor de la familia, que promuevan todo tipo de discriminación basada en el género, fomenten la violencia física, psicológica o de cualquier otro tipo, que presenten a la mujer o el hombre en forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculando del producto que se pretende promocionar, lesionen la moral pública, las buenas costumbres o el orden público, la imagen de las personas asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico o vulnere los valores y derechos positivizados en la Constitución, Tratados internacionales ratificados por nuestro país, dicha publicidad será controlada y regulada por el Ministerio de Gobernación.</i></p> <p>Artículo 2ª <i>Objetivos Generales.</i> <i>Los Objetivos Generales en este Ley son:</i> <i>Garantizar que las familias y la sociedad en general cuenten con los mecanismos jurídicos que les permita desarrollar en forma adecuada el papel y la responsabilidad social que les corresponde como audiencia o destinatarios de la publicidad, en colaboración con los medios de comunicación y con el Estado.</i> <i>Garantizar el respeto y ejercicio de la libertad comercial o de empresa, dentro de los límites propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, con las responsabilidades que implica el ejercicio de dicha libertad, conforme lo establece la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por nuestro país y por esta ley.</i> <i>Garantizar el efectivo ejercicio y respeto de los derechos fundamentales, los referentes a la dignidad e imagen de las personas, el pudor de la familia, especialmente la protección de la salud mental</i></p>

de los niños, niñas y los y las adolescentes, la erradicación de todo tipo de violencia y preservación la moral pública, las buenas costumbres y el orden público.

Garantizar que la difusión de la publicidad se caracterice por el respeto y preservación de la salud mental de niños, adolescentes, y demás personas en general, evitando el detrimento psicológico que ocasiona la publicidad nociva, pornográfica o violenta, incluyendo la utilización de la publicidad subliminal que violenta los bienes jurídicos supracitados, por medio del control preventivo de aprobación o improbación del material publicitario que atente contra los bienes jurídicos protegidos en el artículo primero de esta ley.

Artículo 3ª Definiciones:

Publicidad: unidad conceptual difundida a través de un servicio de divulgación, cuyo objetivo es promover de forma directa o indirecta la provisión o suministro de bienes o servicios, a título oneroso o gratuito, o promover la imagen institucional del anunciante que ofrece los mismos.

Publicidad ilícita: Aquella que atente contra la dignidad e imagen de las personas, o vulnere los bienes jurídicos citados en los artículos precedentes, reconocidos en la Constitución Política, Tratados Internacionales aprobados por nuestro país y las leyes.

Publicidad Subliminal: Aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario y "forzarle" a realizar determinados actos o comportamientos, sin ser conscientemente percibida.

Anunciante: Persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad, la cual es difundida por un tercero prestador del servicio de divulgación o espacios en la programación para la difusión de la publicidad.

Agencias de Publicidad: Persona natural o jurídica que se dedique profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante.

Medios de Publicidad: Organización comercial que desarrolla y/o coloca publicidad en los diferentes medios de comunicación colectiva para promocionar los bienes o servicios de sus clientes.

Destinatarios: Las personas a las que se dirijan el mensaje publicitario o a las que éste alcance.

Contenido: Toda imagen, texto o sonido de los programas, promociones o publicidad que se difunde a través de los servicios de divulgación.

Dignidad: Valor espiritual y moral inherente a la persona humana, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad es un derecho universal.

Pudor: Honestidad, recato o modestia, tiene que ver con la honestidad sexual.

Impúdico: Ausencia de pudor, acción que se realiza de manera deshonesto o desvergonzada.

Vejatorio: Maltrato de hecho, ofensa verbal, padecimiento injusto que se impone a otro.

Orden Público: Conjunto de principios que, por una parte atañe a la organización del Estado y su funcionamiento, y, por otra, concierne a la protección de los derechos del ser humano y de equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar en la convivencia social.

Moral Pública y buenas costumbres: Conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad.

Violencia Física: actos que arriesgan la integridad física de las personas.

<p>Artículo 2º Para efectos del artículo 1º, serán considerados material de propaganda o promoción:</p> <p>Los textos y bocetos de los anuncios para la prensa escrita, murales, rótulos, fotografías, dibujos, clisés y artículos de regalo cuando éstos tengan finalidades propagandísticas o de promoción.</p> <p>Los textos, libretos o guiones, con las indicaciones completas de imágenes visuales y de sonido para películas, avances cinematográficos, cuñas y filmes en cintas magnetofónicas, diapositivas y, en general, todo aquel material destinado a proyectarse o tramitarse por medio de la televisión o el cine;</p> <p>Los textos, libretos, guiones y cuñas con las indicaciones de sonido y, en general, todo aquel material publicitario destinado a transmitirse por medio de la radiodifusión; y</p> <p>Los textos, proyectos, afiches y, en general, cualquier artículo de fines propagandísticos destinados a cualquier medio de comunicación colectiva, no contemplado en los incisos anteriores</p> <p>Artículo 3º Queda prohibida de modo absoluto la propaganda a que se refiere el artículo 1º, en los siguientes casos:</p>	<p>Violencia psicológica: actos dirigidos a controlar o degradar las creencias, el comportamiento y las decisiones del otro, mediante la manipulación, intimidación, amenazas, humillación, ridiculización, rechazo o aislamiento.</p> <p>Violencia verbal: todas las formas de comunicación, que mediante la utilización de frases o palabras pretenden humillar, insultar, rechazar, amenazar, intimidar o descalificar a la persona, o provoca un perjuicio en su salud psicológica, su autodeterminación, o su desarrollo persona.</p> <p>Violencia Sexual: actos que obligan a las personas a mantener contacto sexual, físico o verbal, o a participaren otras interacciones sexuales mediante el uso de la fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la libertad individual.</p> <p>Discriminación basada en el género: Cualquier tratamiento desigual fundado en el género de las personas, que tenga como intención u objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de sus derechos y libertades, entre ellas:</p> <p>Las alusiones negativas o degradantes sobre el papel y naturaleza de las mujeres o de los hombres.</p> <p>Mostrar como natural o normal la violencia en todos sus tipos sean éstas psicológica y física, y las agresiones en las relaciones personales o de cualquier otra índole entre ambos géneros.</p> <p>Artículo 4º Medidas de Integración</p> <p>En la publicidad de cualquier producto o servicio y al igual que los demás programas audiovisuales se deben incorporar subtítulos y otras medidas necesarias que garanticen la integración de las personas con discapacidad auditiva.</p> <p>Artículo 5º Para efectos del artículo 1º, serán considerados material publicitario:</p> <p>Los textos y bocetos de los anuncios para la prensa escrita, murales, rótulos, fotografías, dibujos, clisés y artículos de regalo cuando éstos tengan finalidades publicitarias o de promoción.</p> <p>Los textos, libretos o guiones, con las indicaciones completas de imágenes visuales y de sonido para películas, avances cinematográficos, cuñas y filmes en cintas magnetofónicas, diapositivas y, en general, todo aquel material destinado a proyectarse o tramitarse por medio televisión o el cine;</p> <p>Los textos, libretos, guiones y cuñas con las indicaciones de sonido y, en general, todo aquel material publicitario destinado a transmitirse por medio de la radiodifusión; y</p> <p>Los textos, proyectos, afiches y, en general, cualquier artículo de fines propagandísticos destinados a cualquier medio de comunicación colectiva, no contemplado en los incisos anteriores.</p> <p>Televisión por cable, internet, circuito cerrado y demás sistemas tecnológicos, dicha regulación se realizará mediante los sistemas tecnológicos que se permita regular o por medio de reuniones encaminadas a buscar la concienciación con los representantes de dichos medios, para realizar dicho control de forma más directa con los sectores involucrados.</p> <p>Artículo 6º Cuando sea el caso de la instalación de vallas publicitarias, dependerá del producto por publicar, y en el caso de productos destinados exclusivamente a personas mayores de dieciocho años no podrá ubicarse cerca de lugares como escuelas, colegios, iglesias o cualquier centro religioso.</p> <p>Artículo 7º Queda prohibido de modo absoluto la propaganda a que se refiere el artículo 1º, en los siguientes casos:</p> <p>a) La que no haya sido aprobada previamente por el Ministerio de</p>
---	--

La que no haya sido aprobada previamente por el Ministerio de Gobernación, y vulnere los valores fundamentales contemplado en el artículo primero de esta ley y conforme a las prevenciones del reglamento respectivo;

La que provenga del exterior y se coloque en lugares públicos, como oficinas, salas de espera, exposición o exhibición en los cines u otros lugares de diversión; y
La de cartelones y avisos en las carreteras.

Artículo 4º Sin perjuicio de las prohibiciones anteriores no se podrá hacer publicidad a través de ningún medio publicitario, que tenga relación con las finalidades de la presente ley, en los programas o actividades que, por su naturaleza, estén dirigidos a menores de edad. Tratándose de la radio y la televisión, esta prohibición comprende los espacios inmediatamente anteriores a aquellos programas

Artículo 5º El Ministerio de Gobernación, a través de la oficina que designe, será el organismo competente para velar por la ejecución de esta ley y, en consecuencia, toda la propaganda que se realice, de esta naturaleza, sujeta a regulación y a través de cualquier medio publicitario, deberá llevar su previa y expresa aprobación.

Artículo 6º Para los efectos indicados en el artículo anterior, los interesados deberán presentar, para su previa aprobación, el material de propaganda o los proyectos de dicho material a la oficina respectiva del Ministerio

Artículo 7º La propaganda que haya sido aprobada no podrá ser variada posteriormente, cualquier cambio que se desee introducir deberá ser aprobado por el Ministerio, conforme a lo previsto por el Reglamento

Artículo 8º La propaganda producida en el extranjero, destinada a surtir efectos en el territorio nacional, queda sometida a las disposiciones de la presente ley

Artículo 9º La oficina respectiva del Ministerio de Gobernación, deberá dictar el pronunciamiento sobre la aprobación o improbación del material de propaganda o proyectos del mismo, que se le presenten para efectos de los artículos 6º, 7º, 8º, en el término de quince días hábiles siguientes al de la presentación.

Si no hubiere pronunciamiento, dentro del expresado plazo, el material o los proyectos se tendrán por aprobados.

Gobernación, conforme a las prevenciones del reglamento respectivo;
b)La que provenga del exterior y se coloque en lugares públicos, como oficinas, salas de espera, exposición o exhibición en los cines u otros lugares de diversión;

c)La de cartelones, vallas y avisos en las carreteras; y

d)La que difunda publicidad de productos o servicios especialmente dirigidos a niños, niñas y adolescentes, y demás personas del territorio nacional en la que se desarrolle o utilice violencia física o psicológica, que atente contra la moral y orden público y, las buenas costumbres.

Artículo 8º *Sin perjuicio de las prohibiciones anteriores no se podrá hacer publicidad a través de ningún medio publicitario, que tenga relación con las finalidades de la presente ley, en los programas o actividades que, por su naturaleza, estén dirigidos a menores de edad. Tratándose de la radio y la televisión, esta prohibición comprende los espacios inmediatamente anteriores a aquellos programas.*

Artículo 9º *El Ministerio de Gobernación, a través de la Oficina de Control de Publicidad, y en colaboración con el Instituto de Alcoholismo y Fármaco dependencia IAFA, cuando fuere necesario por el tipo de producto será el organismo competente para velar por la ejecución de esta ley y, en consecuencia, de toda la propaganda que se realice que violente los bienes jurídicos consagrados en su artículo primero, misma que estará sujeta a regulación y a través de cualquier medio publicitario, deberá llevar su previa y expresa aprobación*

Artículo 10º *Para los efectos indicados en el artículo anterior, los interesados deberán presentar, para su previa aprobación, el material de propaganda o los proyectos de dicho material en la Oficina de Control de Publicidad. Cuando sea publicidad de licores, cigarros y demás productos análogos el Instituto de Alcoholismo y Fármaco dependencia IAFA y la Oficina de Control de Propaganda deberán laborar conjuntamente en la aprobación e improbación o cuando se encuentren los bienes jurídicos contemplados en el artículo primero de esta ley e igualmente tengan relación con los valores protegidos en la Ley del IAFA.*

Artículo 11º *La propaganda que haya sido aprobada no podrá ser variada posteriormente, cualquier cambio que se desee introducir deberá ser aprobado por la Oficina de Control de Publicidad, ente adscrito al Ministerio de Gobernación y Policía, conforme a lo previsto por el Reglamento.*

Artículo 12º *La publicidad producida o transmitida en el extranjero, destinada a surtir efectos en el territorio nacional, queda sometida a las disposiciones de la presente ley.*

Artículo 13º *La oficina respectiva del Ministerio de Gobernación, deberá dictar el pronunciamiento sobre la aprobación o improbación del material publicitario o proyectos del mismo, que se le presenten para efectos de los artículos 10º, 11 y 12º en el término de quince días hábiles siguientes al de la presentación.*

Si no hubiere pronunciamiento, dentro del expresado plazo, el material o los proyectos se tendrán por aprobados.

Artículo 10° Existirá un Consejo Asesor de Propaganda, integrado por dos personas representantes del Ministerio de Gobernación, una de la Cámara de Comercio, otra de la Asociación del Consejo Nacional de la Publicidad, y una representante del Instituto Nacional de las Mujeres. (Así reformado por el artículo 26 de la Ley N° 7801 del 30 de abril de 1998).

Artículo 11° El Consejo Asesor tendrá las siguientes funciones, relacionadas expresamente con esta ley y sus reglamentos:
Servir de órgano consultor del Ministerio, cuando existieren dudas o fuere necesario completar elementos de juicio para resolver un caso concreto; y
Emitir su opinión cuando haya sido planteado un recurso de apelación contra un pronunciamiento.
En ambos casos, el criterio del Consejo no obligará al Ministerio.

Artículo 12° En uso de las facultades que la presente Ley y su Reglamento le confieren, el Ministerio podrá ordenar la inmediata suspensión de la propaganda, que no haya sido aprobada o que no se ajuste a las estipulaciones reglamentarias y, en caso de rebeldía o desacato podrá ordenar el decomiso y destrucción del material de que se trate, para lo cual podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública

Artículo 13° Quedan sujetas a las disposiciones de la presente ley, las empresas de prensa, radio, cine y televisión y, en general, todas aquellas que exploten un medio de comunicación individual o colectivo, las que será

Artículo 14° Existirá un Consejo Asesor de Publicidad, integrado por seis miembros, dos personas representantes del Ministerio de Gobernación, un representante de la Cámara de Comercio, otro de las Agencias de Publicidad el cual será nombrado por las mismas agencias de publicidad, un representante del Instituto Nacional de las Mujeres y por último otro del Instituto de Alcoholismo y Fármaco dependencia IAFA.

Artículo 15° El Consejo Asesor tendrá las siguientes funciones, relacionadas expresamente con esta ley y sus reglamentos:
Servir de órgano consultor del Ministerio, cuando existieren dudas o fuere necesario completar elementos de juicio para resolver un caso concreto; y
Emitir su opinión cuando haya sido planteado un recurso de apelación contra un pronunciamiento.
Los miembros del Consejo Asesor permanecerán en sus cargos por un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelectos por el mismo periodo de tiempo.
En ambos casos, el criterio del Consejo no obligará al Ministerio, es decir no poseerá criterio vinculante.

Artículo 16° Existirá un Órgano Colegiado el cual fungirá como un ente especializado de alzada, que conocerá de los recursos de Apelación, y estará integrado por tres miembros, dos de ellos deberán ser Licenciados en Derecho y uno necesariamente deberá ser Licenciado en Psicología, mismos que podrían ser funcionarios de otras dependencias estatales de la Defensoría de los Habitantes, del Instituto Nacional de Mujeres INAMU y de la Oficina de Espectáculos Públicos. Los miembros del citado órgano no devengarán dietas.

Artículo 17° En uso de las facultades que la presente Ley y su Reglamento le confieren, el Ministerio podrá realizar prevenciones cuando el infractor de la ley de Control Nacional de la Publicidad o su reglamento cometa faltas leves y en casos graves podrá ordenar la inmediata suspensión de la propaganda, que no haya sido aprobada que se encuentre infringiendo esta ley o su reglamento, o que no se ajuste a las estipulaciones reglamentarias y, en caso de rebeldía o desacato podrá ordenar el decomiso y destrucción del material de que se trate, para lo cual podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública.

Artículo 18° Cuando el infractor de la presente ley y su reglamento reincida en el ilícito, bien sea utilizando material publicitario que vulnere los bienes jurídicos tutelados en el artículo primero de esta ley que no haya sido sometido a previa aprobación o que una vez aprobado dicho material sea modificado y no haya sido sometido nuevamente a su respectiva aprobación será sancionado con una multa equivalente a siete veces el salario base de un oficinista 2.

Artículo 19° El depósito de la multa en caso de sentencia condenatoria se otorgará un plazo de ocho días hábiles, con el fin de realizar el depósito correspondiente según sea el caso.

Artículo 20° El destino de las multas se enviará a la caja única del Estado, y se designará a la Oficina de Control de Publicidad, con el objetivo de adquirir equipo y materiales necesarios para dar cumplimiento a esta ley.

Artículo 21° Quedan sujetas a las disposiciones de la presente ley, las empresas de prensa, radio, cine y televisión y, en general, todas aquellas que exploten un medio de comunicación individual o colectivo, las que serán solidariamente responsables de las

<p><i>subsidiariamente responsables de las infracciones que se cometan a la presente ley.</i></p> <p><i>Artículo 14° El Poder Ejecutivo deberá reglamentar la presente ley, dentro de un plazo no mayor de noventa días contados a partir de la fecha de su vigencia</i></p> <p><i>Artículo 15° Rige a partir de su publicación.</i></p>	<p><i>infracciones que se cometan a la presente ley.</i></p> <p>Artículo 22° <i>El Poder Ejecutivo deberá reglamentar la presente ley, dentro de un plazo no mayor de noventa días contados a partir de la fecha de su vigencia.</i></p> <p>Artículo 23° <i>Derogase la Ley 5811 y su Reglamento 12235-G.</i></p> <p>Artículo 24° <i>Esta ley tiene como función buscar el bien social, es de orden público y rige a partir de su publicación.</i></p>
--	---

Proyecto de Reglamento

Texto Original	Texto Propuesto
<p style="text-align: center;">PODER EJECUTIVO N° 11235-G REGLAMENTO DE CONTROL NACIONAL DE LA PUBLICIDAD</p> <p style="text-align: center;">De la Oficina de Control de Propaganda CAPÍTULO I</p> <p>Artículo 1° Créase la Oficina de Control de Propaganda como dependencia del Ministerio de Gobernación y Policía, que se encargará de revisar y aprobar o improbar, según el caso, el material propagandístico que se encuentre dentro de los supuestos establecidos en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 5811 del 10 de octubre de 1975. Asimismo, compete a esta Oficina el control y vigilancia de lo dispuesto en la Ley citada, y en el presente Reglamento, para lo cual puede recurrir al auxilio de la fuerza pública.</p> <p>Artículo 2° La Oficina de Control de Propaganda estará bajo las órdenes de un Director, de nombramiento del Ministro de Gobernación y Policía, y contará con el personal y el mobiliario y equipos de oficina necesarios para el cumplimiento de sus fines.</p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO II Del Consejo Asesor de Propaganda</p> <p>Artículo 3° Mediante acuerdo del Ministerio de Gobernación y Policía, serán nombrados los miembros del Consejo Asesor de Propaganda que establece el artículo 10 de la ley, integrado por dos personas representantes del Ministerio de Gobernación y Policía, una de la Cámara de Comercio, otra de la Asociación del Consejo Nacional de Publicidad, y una representante del Instituto Nacional de las Mujeres. De su seno, el Consejo nombrará un Presidente y un Secretario</p> <p>Artículo 4° Corresponde al Consejo Asesor: a) Servir de órgano consultor de la Oficina de Control, cuando existieren dudas o fuere necesario completar elementos de juicio para resolver un caso concreto; b) Emitir su opinión cuando haya sido planteado un</p>	<p style="text-align: center;">PODER EJECUTIVO N° _____ REGLAMENTO DE CONTROL NACIONAL DE LA PUBLICIDAD</p> <p style="text-align: center;">De la Oficina de Control de Publicidad CAPÍTULO I</p> <p>Artículo 1° Créase la Oficina de Control de Publicidad como dependencia del Ministerio de Gobernación y Policía, que se encargará de revisar y aprobar o improbar, según el caso, el material publicitario que se encuentre dentro de los supuestos establecidos en los artículos 1° y 2° de la Ley de Control Nacional de la Publicidad del 31 de Enero del 2005. Asimismo, compete a esta Oficina el control y vigilancia de lo dispuesto en la Ley citada, y en el presente Reglamento, para lo cual puede recurrir al auxilio de la fuerza Pública.</p> <p>Artículo 2° La Oficina de Control de Publicidad estará bajo las órdenes de un Director, el cual necesariamente deberá ser Licenciado en Derecho con vasta experiencia en Derecho Constitucional y Administrativo, cuyo nombramiento lo realizará el Ministro de Gobernación y Policía, contará con el personal y el mobiliario y equipos de oficina necesarios para el cumplimiento de sus fines.</p> <p>Artículo 3° La dirección estará conformada por el director o directora, y contará con la presencia de un Órgano integrado por profesionales que deberán ser Licenciado (a) en Derecho, otro(a) en Publicidad y un Psicólogo(a), para resolver coadyuvar en las funciones de aprobación e improbación del material publicitario, de las denuncias incoadas por los administrados y la sociedad en general, y las resoluciones que emitan serán de acatamiento obligatorio</p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO II Del Consejo Asesor de Propaganda</p> <p>Artículo 4° Mediante acuerdo del Ministerio de Gobernación y Policía, serán nombrados los miembros del Consejo Asesor de Publicidad que establece el artículo 14 de la ley, integrado por seis miembros, dos personas representantes del Ministerio de Gobernación y Policía, una de la Cámara de Comercio, otra que represente las Agencias de Publicidad, el cual será nombrado por las mismas agencias, un representante del Instituto Nacional de las Mujeres INAMU, y un representante del Instituto de Alcoholismo y Fármaco dependencia IAFA. De su seno, el Consejo nombrará un Presidente y un Secretario</p> <p>Artículo 5° Corresponde al Consejo Asesor: a) Servir de órgano consultor de la Oficina de Control, cuando existieren dudas o fuere necesario completar elementos de juicio para resolver un caso concreto; b) Emitir su opinión cuando haya sido planteado un recurso de</p>

<p>recurso de apelación contra un pronunciamiento de la Oficina de Control de Propaganda; y</p> <p>c) Fijar las directrices y establecer las pautas referentes a los criterios que deben imperar para regular la propaganda de conformidad con la Ley, y de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento.</p> <p>En los casos establecidos en los incisos a) y b), el criterio del Consejo no será vinculante para la Oficina de Control de Propaganda.</p> <p>Artículo 5º El Consejo sesionará ordinariamente una vez a la semana, y extraordinariamente, las veces que sea convocado por su Presidente. El quórum lo formarán tres miembros y las resoluciones se tomarán por simple mayoría. En caso de empate decidirá el voto doble del Presidente.</p> <p>Artículo 6º El Presidente deberá presidir las sesiones, hacer las convocatorias, confeccionar el orden del día, llevar el control de asistencia, firma las resoluciones y ejecutar los acuerdos del Consejo.</p> <p>Artículo 7º El secretario deberá levantar las actas de las sesiones, tramitar la correspondencia, y comunicar las resoluciones del Consejo, cuando ello no corresponda al Presidente.</p> <p>Artículo 8º En caso de ausencia o enfermedad, y en general, cuando concorra alguna causa justa, el Presidente será sustituido por un Presidente ad-hoc, nombrado por mayoría de los miembros presentes, y un Secretario suplente, respectivamente.</p> <p>Artículo 9º Los miembros del Consejo serán ad-honorem. Las ausencias injustificadas a tres sesiones consecutivas, o a cuatro alternas dentro de un mismo mes calendario, se comunicarán al Ministro para que proceda a la separación del miembro que incurra en tales ausencias.</p> <p>Artículo 10º En lo no establecido expresamente en el presente Reglamento, en relación con la constitución y funcionamiento del Consejo, se atenderá a lo dispuesto en los artículos 49 a 58 de la Ley General de la Administración Pública.</p>	<p>apelación contra un pronunciamiento de la Oficina de Control de Propaganda; y</p> <p>c) Fijar las directrices y establecer las pautas referentes a los criterios que deben imperar para regular la propaganda de conformidad con la Ley, y de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento.</p> <p>d) Emitir manuales internos, encaminados a guiar a los publicistas en la producción de material publicitario que no atente contra los bienes jurídicos contemplados en el artículo primero de esta ley. En los casos establecidos en los incisos a) y b), el criterio del Consejo no será vinculante para la Oficina de Control de Publicidad.</p> <p>Artículo 6º El Consejo sesionará ordinariamente una vez a la semana, y extraordinariamente, las veces que sea convocado por su Presidente. El quórum lo formarán cuatro miembros y las resoluciones se tomarán por simple mayoría. En caso de empate decidirá el voto doble del Presidente</p> <p>Artículo 7º El Presidente deberá presidir las sesiones, hacer las convocatorias, confeccionar el orden del día, llevar el control de asistencia, firma las resoluciones, ejecutar los acuerdos del Consejo y velar porque el Consejo Asesor realice las funciones encomendadas.</p> <p>Artículo 8º El secretario deberá levantar las actas de las sesiones, tramitar la correspondencia, comunicar las resoluciones del Consejo y llevar un control de las resoluciones emitidas por dicho Consejo.</p> <p>Artículo 9º En caso de ausencia o enfermedad, y en general, cuando concorra alguna causa justa, el Presidente será sustituido por un Presidente ad-hoc, nombrado por mayoría de los miembros presentes, y un Secretario suplente, respectivamente.</p> <p>Artículo 10º Los miembros del Consejo serán ad-honorem. Las ausencias injustificadas a tres sesiones consecutivas, o a cuatro alternas dentro de un mismo mes calendario, se comunicarán al Ministro para que proceda a la separación del miembro que incurra en tales ausencias, o si algún miembro se ausentare del país por un periodo superior a los tres meses, de igual forma será competencia del Ministro iniciar los trámites de remoción y de nombramiento de otro miembro que lo sustituya.</p> <p>Artículo 11º En lo no establecido expresamente en el presente Reglamento, en relación con la constitución y funcionamiento del Consejo, se atenderá a lo dispuesto en los artículos 49 a 58 de la Ley General de la Administración Pública.</p>
---	---

<p style="text-align: center;">CAPITULO III De la aprobación y de la propaganda</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III De la aprobación y de la propaganda</p>
<p>Artículo 11° Todo tipo de propaganda comercial que ofenda la dignidad, el pudor de la familia y en la que utilice la imagen de la mujer impúdicamente, para promover las ventas, debe ser previamente calificada por la Oficina de Control de Propaganda.</p> <p>Artículo 12° Para los efectos del artículo anterior, será considerado como material de propaganda o promoción el indicado en el artículo 2° de la Ley N° 5811. Asimismo, se entenderá también como material publicitario la transmisión que se haga con fines de venta por medio de altavoces estacionarios o móviles.</p> <p>Los cartelones o avisos en las carreteras que se encuentren dentro de los supuestos contemplados por los artículos 1° de la Ley y 11 del presente Reglamento, deben contar con la aprobación previa de la Oficina de Control de Propaganda, al igual que todo tipo de propaganda producida en el extranjero, destinada a surtir en el territorio nacional.</p> <p>Artículo 13° Las agencias de publicidad o interesados en publicar o transmitir material publicitario al que se refiere el presente Reglamento, deberán presentar el proyecto o el producto final, a la Oficina de Control de Propaganda para su previa aprobación.</p> <p>La solicitud se presentará por escrito y en la misma se estipulará, según el caso:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Nombre del anunciante; b) Nombre de la Agencia de Publicidad; c) Nombre del productor (nacional o extranjero); d) Nombre del producto anunciado; e) Clase comercial; f) Duración en segundos; g) Si es para cine (35mm o para televisión 16 mm); h) Si es en blanco y negro o a color; i) Horario de transmisión; j) Revista, periódico o tipo de publicación en que se publicará el anuncio e indicación de su tamaño; y k) En caso de cartelones o avisos en las carreteras, indicación del lugar donde será instalado, y datos generales: tamaño, material de construcción, iluminación, etc. <p>De ser posible a la solicitud se acompañará una copia del material publicitario.</p>	<p>Artículo 12° <i>La publicidad especialmente encaminada a ofender la dignidad e imagen de las persona impúdicamente para promover las ventas, el pudor de la familia, que promuevan todo tipo de discriminación basada en el género, fomenten la violencia física y psicológica, que presenten a la mujer o el hombre en forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculando del producto que se pretende promocionar, la imagen de las personas asociadas a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico o vulnere los valores y derechos tipificados en la Constitución, Tratados Internacionales ratificados y conforme lo establece esta ley debe ser previamente calificada por la Oficina de Control de Propaganda.</i></p> <p>Artículo 13° <i>Para los efectos del artículo anterior, será considerado como material publicitario o promoción el indicado en el artículo 5° de la Ley N° de Control Nacional de la Publicidad. Asimismo, se entenderá también como material publicitario la transmisión que se haga con fines de venta por medio de altavoces estacionarios o móviles.</i></p> <p><i>Los cartelones, vallas o avisos en las carreteras que se encuentren dentro de los supuestos contemplados por los artículos 1° de la Ley y 12 del presente Reglamento, deben contar con la aprobación previa de la Oficina de Control de Propaganda, al igual que todo tipo de propaganda producida en el extranjero que infrinja la citada ley, destinada a surtir en el territorio nacional.</i></p> <p>Artículo 14° <i>Las agencias de publicidad o interesados en publicar o transmitir material publicitario al que se refiere el presente Reglamento, deberán presentar el proyecto o el producto final, a la Oficina de Control de Propaganda para su previa aprobación.</i></p> <p><i>La solicitud se presentará por escrito y en la misma se estipulará, según el caso:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> a) <i>Nombre del anunciante;</i> b) <i>Nombre de la Agencia de Publicidad;</i> c) <i>Nombre del productor (nacional o extranjero);</i> d) <i>Medio de comunicación mediante el cual se difundirá el material a publicitar, sea éste radio, televisión, periódico, etc.</i> e) <i>Horario de transmisión</i> f) <i>Revista, periódico o tipo de publicación en que se publicará el anuncio e indicación de su tamaño; y</i> g) <i>En caso de cartelones, vallas o avisos en las carreteras, indicación del lugar donde será instalado, y datos generales: tamaño, material de construcción, iluminación, etc.</i> h) <i>Nombre del producto anunciado;</i> i) <i>Clase comercial;</i> j) <i>Duración en segundos;</i> k) <i>Si es para cine (35mm o para televisión 16 mm);</i> l) <i>Si es en blanco y negro o a color;</i> <p><i>La solicitud deberá ser acompañada por una copia del material publicitario.</i></p>

Artículo 14º Dentro de los quince días hábiles posteriores a la presentación de la solicitud, la Oficina deberá resolver si el material de propaganda es aprobado o bien si es necesario efectuar algunas modificaciones, o si es improbadado en su totalidad.

Si el interesado accede a confeccionar los cambios establecidos por la Oficina, presentará el material definitivo dentro de los ocho días hábiles posteriores a la notificación de la resolución de que se trate, y la Oficina resolverá dentro de igual plazo lo pertinente.

Artículo 15º En el supuesto de que el interesado hubiere presentado el proyecto de material publicitario y éste contare con la autorización de la Oficina, se hará constar que la misma no habilita para su publicación o transmisión, y que el material definitivo debe ser presentado para su aprobación definitiva, si ésta es procedente.

Artículo 16º Si el material publicitario es aprobado, así se hará constar expresamente en el propio material, si ello es posible, y en el documento que al efecto expedirá la Oficina, con lo cual el interesado comprobará ante el medio por el cual se publicará o transmitirá el anuncio, que cuenta con la aprobación respectiva.

La razón de aprobación por parte de la Oficina contendrá al menos mención de la hora y la fecha de la resolución, del número de la misma, y llevará necesariamente la firma del Director y el sello de la Oficina. Esta puede adoptar la clasificación y nomenclatura que a su juicio sea necesario, y que facilite la identificación y localización en los archivos, del anuncio de que se trate.

Artículo 17º La propaganda que haya sido aprobada no podrá ser variada posteriormente; cualquier cambio que se desee introducir deberá ser aprobado por la Oficina, siguiendo al efecto los trámites establecidos para la autorización original.

Artículo 18º De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley, la Oficina de Control de Propaganda, puede ordenar la inmediata suspensión de la propaganda que no haya sido aprobada o que no se ajuste a las estipulaciones del presente Reglamento y, en caso de rebeldía o desacato, podrá ordenar el decomiso o destrucción del material de que se trate, para lo cual podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública, mediante solicitud que al efecto hará el Director a los superiores de la Guardia Civil o de la Guardia de Asistencia Rural.

Artículo 19º Cuando la Oficina solicite el criterio al Consejo Asesor en relación con un caso concreto, el dictamen pertinente debe verterse dentro de los diez días posteriores al recibo de su solicitud.

Artículo 15º Dentro de los quince días hábiles posteriores a la presentación de la solicitud, la Oficina deberá resolver si el material de propaganda es aprobado o bien si es necesario efectuar algunas modificaciones, o si es improbadado en su totalidad.

Si el interesado accede a confeccionar los cambios establecidos por la Oficina, presentará el material definitivo dentro de los ocho días hábiles posteriores a la notificación de la resolución de que se trate, y la Oficina resolverá dentro de igual plazo lo pertinente.

Artículo 16º En el supuesto de que el interesado hubiere presentado el proyecto de material publicitario y éste contare con la autorización de la Oficina, se hará constar que la misma no habilita para su publicación o transmisión, y que el material definitivo debe ser presentado para su aprobación definitiva, si ésta es procedente.

Artículo 17º Si el material publicitario es aprobado, así se hará constar expresamente en el propio material si ello es posible, y en el documento que al efecto expedirá la Oficina, con lo cual el interesado comprobará ante el medio por el cual se publicará o transmitirá el anuncio, que cuenta con la aprobación respectiva.

La razón de aprobación por parte de la Oficina contendrá al menos mención de la hora y la fecha de la resolución, del número de la misma, y llevará necesariamente la firma del Director y el sello de la Oficina. Esta puede adoptar la clasificación y nomenclatura que a su juicio sea necesario, y que facilite la identificación y localización en los archivos, del anuncio de que se trate.

Artículo 18º La publicidad que haya sido aprobada no podrá ser variada posteriormente; cualquier cambio que se desee introducir deberá ser aprobado por la Oficina, siguiendo al efecto los trámites establecidos para la autorización original.

Artículo 19º De conformidad con lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley, la Oficina de Control de Publicidad, puede realizar prevenciones a las infracciones leves de la Ley de Control Nacional de la Publicidad y en caso de infracciones graves de la misma podrá ordenar la inmediata suspensión de la propaganda que no haya sido aprobada que se encuentre violentando la citada ley o que no se ajuste a las estipulaciones del presente Reglamento y, en caso de rebeldía o desacato, podrá ordenar el decomiso o destrucción del material de que se trate, para lo cual podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública, mediante solicitud que al efecto hará el Director a los superiores de la Guardia Civil o de la Guardia de Asistencia Rural.

Artículo 20º Cuando la Oficina solicite el criterio al Consejo Asesor en relación con un caso concreto, el dictamen pertinente debe verterse dentro de los diez días posteriores al recibo de su solicitud.

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO IV Del procedimiento para denuncias hechas por el público</p> <p>Artículo 20° a) Toda persona que fundamente haber visto u oído algún tipo de propaganda estipulada en el artículo 1 de la Ley nº5811 del 10 de octubre de 1975, podrá poner su denuncia por escrito ante la Oficina de Control de Propaganda, indicando el medio de comunicación, la descripción del contenido y demás datos que permitan localizar con exactitud el anuncio a que la denuncia se refiere. b) Al recibir la denuncia la Oficina dará o enviará una constancia de recibo al denunciante. c) En casos calificados, en que la Oficina crea necesario que la propaganda denunciada sea retirada inmediatamente de la percepción del público, tendrá la facultad de suspender su exhibición siguiendo el procedimiento indicado en el artículo 18. d) A partir del recibo de la denuncia la oficina deberá pronunciarse al respecto, en un término no mayor de un mes.</p> <p>Artículo 21° <i>Contra lo resuelto por la Oficina el interesado podrá interponer dentro del término de tres días posteriores a la notificación del acto final, los recursos ordinarios de revocatoria o reposición, y el de apelación. La Oficina deberá resolver el recurso de revocatoria dentro de los ocho días posteriores a su presentación.</i></p> <p>Artículo 22° <i>Interpuesto el recurso de apelación, la Oficina requerirá el criterio del Consejo Asesor de Propaganda, quien deberá verter su informe dentro de los diez días posteriores al recibo de la solicitud respectiva. Una vez completado el expediente con el dictamen, el mismo será remitido a conocimiento del Ministerio de Gobernación y Policía, quien resolverá lo pertinente dentro del término de ocho días posteriores a su recibo.</i></p> <p>Artículo 23° <i>En lo dispuesto expresamente en relación con la interposición y tramitación de los recursos contra las resoluciones de la Oficina o del Ministerio de Gobernación y Policía, se regirá por lo que al efecto establece la Ley General de Administración Pública.</i></p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO V Disposiciones finales</p> <p>Artículo 24° Tanto la Oficina de Control, como el Consejo Asesor de Propaganda, coordinarán su labor con la Oficina de Censura de Espectáculos Públicos, cuando las circunstancias lo requieran.</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO IV Del procedimiento para denuncias hechas por el público</p> <p>Artículo 21° a) <i>Toda persona que fundamente haber visto u oído algún tipo de publicidad estipulada en el artículo 1 de la Ley De Control Nacional de la Publicidad, del 31 de Enero del 2005, podrá interponer su denuncia por escrito ante la Oficina de Control de Propaganda, indicando el medio de comunicación, la descripción del contenido y demás datos que permitan localizar con exactitud el anuncio a que la denuncia se refiere, o si es el caso de personas que se encuentren en lugares alejados de San José, podrán interponerla en los puestos de Guardia Civil o Guardia de Asistencia Rural, los cuales una vez recibida y revisada, contemplando los requisitos señalados precedentemente, la remitirán a la Oficina de Control de Publicidad, para que conozcan de la misma.</i> b) <i>Al recibir la denuncia la Oficina dará o enviará una constancia de recibo al denunciante.</i> c) <i>En casos calificados, en que la Oficina crea necesario que la publicidad denunciada sea retirada inmediatamente de la percepción del público, tendrá la facultad de suspender su exhibición siguiendo el procedimiento indicado en el artículo 19. A partir del recibo de la denuncia la oficina deberá pronunciarse al respecto, en un término no mayor de un mes.</i></p> <p>Artículo 22° <i>Contra lo resuelto por la Oficina el interesado podrá interponer dentro del término de tres días posteriores a la notificación del acto final, los recursos ordinarios de revocatoria o reposición, y el de apelación. La Oficina deberá resolver el recurso de revocatoria dentro de los ocho días posteriores a su presentación.</i></p> <p>Artículo 23° <i>Interpuesto el recurso de apelación, la Oficina requerirá el criterio del Consejo Asesor de Publicidad, quien deberá verter su informe dentro de los diez días posteriores al recibo de la solicitud respectiva. Una vez completado el expediente con el dictamen, el mismo será remitido a conocimiento del Órgano Colegiado, consagrado en el artículo 15 de la ley 5811, quien resolverá lo pertinente dentro del término de ocho días posteriores a su recibo.</i></p> <p>Artículo 24° <i>En lo dispuesto expresamente en relación con la interposición y tramitación de los recursos contra las resoluciones de la Oficina o del Órgano Colegiado, ente de alzada, se regirá por lo que al efecto establece la Ley General de Administración Pública.</i></p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO V Disposiciones finales</p> <p>Artículo 25° Tanto la Oficina de Control, como el Consejo Asesor de Publicidad, coordinarán su labor con la Oficina de Censura de Espectáculos Públicos, el Instituto de Alcoholismo y Fármaco dependencia IAFA, cuando las circunstancias lo requieran.</p>
--	--

Artículo 25° En lo no dispuesto expresamente en la Ley N° 5811 del 10 de octubre de 1975, y en el presente Reglamento, regirán en lo que fueren aplicables las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública.

Artículo 26° Rige a partir de su publicación.

Transitorio Los anuncios publicitarios de cualquier clase que estuvieren comprendidos dentro de las estipulaciones establecidas por la Ley N° 5811 y en el presente Reglamento, y que no contaren a la fecha con autorización expresa del Ministerio de Gobernación y Policía, o de la Oficina de Censura de Espectáculos Públicos, deberán solicitar la aprobación respectiva a la Oficina de Control de Propaganda, siguiendo al efecto los trámites establecidos en el artículo 13 del presente Reglamento, gestiones que deberán iniciarse dentro del término de quince días posteriores a la vigencia del mismo. Caso contrario, se procederá de inmediato a la suspensión de la propaganda y si es del caso, a la destrucción del material de que se trate, a tenor de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley supracitada.

Dado en la Casa Presidencial. San José, a los diez días del mes de octubre de mil novecientos setenta y nueve.

Artículo 26° En lo no dispuesto expresamente en la Ley de Control Nacional de la Publicidad del 31 de Enero del 2005, y en el presente Reglamento, regirán en lo que fueren aplicables las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública.

Artículo 27° Rige a partir de su publicación.

Transitorio Los anuncios publicitarios de cualquier clase que estuvieren comprendidos dentro de las estipulaciones establecidas por la Ley de Control Nacional de la Publicidad y en el presente Reglamento, y que no contaren a la fecha con autorización expresa del Ministerio de Gobernación y Policía, o de la Oficina de Censura de Espectáculos Públicos, deberán solicitar la aprobación respectiva a la Oficina de Control de Publicidad, siguiendo al efecto los trámites establecidos en el artículo 14 del presente Reglamento, gestiones que deberán iniciarse dentro del término de quince días posteriores a la vigencia del mismo. Caso contrario, se procederá de inmediato a la suspensión de la propaganda y si es del caso, a la destrucción del material de que se trate, a tenor de lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley supracitada.

BIBLIOGRAFÍA

Aberasturi, P. Amaya, J. Barker, R. Basterra, M. Corbière, E. Dalla, A. Espinosa, E. Saldaña, E. Graña, E. Kohn, López, A. Macris, A. Outomuro, D. Quiroga, H. Serrafiero, M. Vaccaro, R. Vanossi, J. Y Vittadini, S.(2001)Poder Político y Libertad de Expresión. Buenos Aires: Editorial Abeledo –Perrot .

Alfaro, H.(1999) Temas Claves de la Constitución Política. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Alvarez, E.(2003) Curso de Derecho Constitucional, volumen I. Buenos Aires: Editorial Tecnos. Grupo Anaya S.A.

Alvarez, P.(1993) Control de Cambios Régimen Jurídico de las Transacciones. España: Editorial de Derecho Reunidos.

Badeni, G.(1992) Libertad de Prensa. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Barrantes, E.(1999) Investigación Un camino al conocimiento. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia.

Bárbaros, E. Bazán, V. Bidart, G. D`Auria, A. Fondevila, G. Gelli, M. Gorvein, N. Polakiewicz, M. López, J. Ortiz, T. Pellet, A. Sandler, H. Sardegna, M. Williams, S. (1999) El Cuarto Poder, Expresión, Información y Comunicación Social. Buenos Aires: Editorial: Sociedad Anónima Comercial, industrial y Financiera.

Benda, E. Maihofer, W. Vogel, H. Hesse, K. Y Heyde, W.(1996) Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Bertoni, A.(2000) Libertad de Expresión en el Estado de Derecho, doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.

Betegón, J. Gascón, M. De Páramo, J. Y Prieto, L.(1997) Lecciones de Teoría del Derecho. Madrid: Editorial Elena Arguello.

Cassagne, J.(2002) Derecho Administrativo. Buenos Aires.

Creus, C.(1997) Derecho Penal, Parte Especial Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea.

De Esteban J. Y González P.(1992) Curso de Derecho Constitucional Español I. Madrid: Artes Gráficas Iberoamericanas S.A.

Depalma, A. y Depalma, R. Elementos de Derecho Constitucional, tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Dromi, R.(2001) Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura

Ekmekdjian M.(1996) Derecho a la Información. Buenos Aires: Ediciones: Depalma.

Felgueras, S (1998) El Derecho a la Libertad de Expresión e Información en la jurisprudencia internacional. Revista La Aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales. Argentina.

García, E. y Fernández, T.(2002) Curso de Derecho Administrativo Tomo I, II. Madrid: Ediciones Civitas s.r.l.

Garrone, J.(1996) Manual de Derecho Comercial. Buenos Aires: Editorial Ebeledo Perrot.

Gómez, Miguel(2003) Elementos de Estadística Descriptiva, San José: Editorial UNED.

Hernández, R. (1993) El Derecho de la Constitución Volumen I, II. San José: Editorial Juricentro.

- Hernández, R. (2001) Derecho Procesal Constitucional. San José: Editorial Juricentro.
- Hoffman, W.(1996) Libertad de Comunicación y de Medios. RevistaManual de Derecho Constitucional.
- Linares, J.(2000) Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Lorenzetti, R. (2001) Comercio Electrónico. Buenos Aires: Ebeledo Perrot.
- Marriehoff, M. (2000) Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Méndez, C.(2003) Metodología diseño y Desarrollo del proceso de investigación, Colombia, Editorial Nomos S.A.
- Ministerio de Gobernación y Policía. (2001) El Respeto de los Derechos Humanos en la Propaganda Comercial. Sociedad, Publicidad y Equilibrio.
- Ministerio de Gobernación y Policía, Oficina de Control de Propaganda (1999) “Figuras en el Hielo”
- Narvárez, J.(1990) Introducción al derecho Mercantil. Colombia: Editorial Bonnet.
- Ortiz, E.(2002) Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I, II. Editorial Stradtuum.
- Pellet, A.(1993) La Libertad de Expresión. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Pérez, V.(1994) Derecho Privado. San José: Litografía e Imprenta LiL, S.A.
- Pizarro, R (1991) Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Quiroga, H.(1993) Derecho Constitucional. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Romero, J (1996) Manual de Derecho Comercial. Buenos Aires: Depalma.

Sagués, N.(2001) Elementos de Derechos constitucional Tomo II, Buenos Aires: Editorial Astrea

SILEC (1998) Sociedad Interamericana para la Libertad de Expresión Comercial, La Libertad de Expresión Comercial en el Continente Americano. Caracas: Publicidad C.A.

Solano, J. (1997) Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Colombia: Ediciones Doctrinas y Ley.

Vanossi, J.(2001) Poder Político y Libertad de Expresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Villalobos, E.(1997) El Derecho a la Información. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia.

Villalobos, E.(1996)Esculpiendo la Roca del derecho a la Información, Revista La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho, Revista.

Universidad estatal a Distancia La Regulación de internet: un reto jurídico, Revista Derecho y Tecnologías de la Información.

Uría, G.(1996) Derecho Mercantil. Madrid.: Editorial Marcial Pons.

Zannoni, E.(1993) Responsabilidad de los Medios de Prensa. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Constitución Política de Costa Rica, anotada y concordada por Mariana Ramírez A. Y Elena Fallas V. (1949):Editorial Investigaciones Jurídicas, IJSA.Tomo I, II.

Tratados.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Declaración Universal de los derechos Humanos

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer

Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer”Convención Belem do Para”

Códigos.

Código de la Niñez y la Adolescencia

Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia, anotada por Evelyn Salas M y Jaime Eduardo Barrantes G (2003)San José: La casa de los Riscos S.A.Ley N° XXX de abril de 1885, en vigencia por la Ley N° 63 de septiembre 1887.

Código de Comercio

Leyes.

Ley 5811 y su Reglamento 11235-G

Ley General de la Administración Pública, (concordada por Roberto Quirós Coronado)(1996), San José: Editorial Aselex.

Ley de Notificaciones, Citaciones y otras comunicaciones Judiciales, N° 7637 de mayo del 2002.

Ley de la Jurisdicción Constitucional, (anotada por Christian Hees A y Ana Lorena Brenes), Ley N° 7135 de Octubre de 1989.

Ley N° 5489 y Reglamento sobre Regulación y Control de la Propaganda de Bebidas Alcohólicas (Instituto sobre Alcoholismo y Fármaco dependencia)

Ley 7440 de Espectáculos Públicos, materiales audiovisuales e impresos del 11 de oct. de 1994.

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento

Fuentes de Internet.

Martínez Ramírez, Manuel (2004) Publicidad por radio agarra segundos, Accesado el 17/01/2005, de <http://www.elasesor.com.mx/adage5/noticia4.html>

La Publicidad en la Ley Española(2004)Accesado 05/01/2005, <http://iris.cnice.mecd.es/media/publicidad/bloque9/pag5.html>

Publicidad contraria a la dignidad y a los Derechos de la persona, Accesado 05/01/2005, http://www.carrefour.es/revista/consumo/guías_prácticas/publicidad/1.html

La Publicidad en el ámbito del consumo, (2005), Accesado 05/01/2005, http://www.carrefour.es/revista/consumo/guías_prácticas/publicidad/intro.html

Autorregulación publicitaria, Accesado 05/01/2005, <http://iris.cnice.mecd.es/media/publicidad/bloque9/pag8.html>

Murillo anuncia acciones legales contra Vodafone por una campaña de publicidad que daña la dignidad de las mujeres, Accesado 05/01/2005, <http://www.lukor.com/not-soc/cuestiones/0410/30180922.html>

La Audiencia de Madrid confirma la sentencia por publicidad ilícita contra un anuncio de Mitsubishi por su violencia, (2004) Accesado, 14/01/2005, http://www.diarosigloxxi.com/noticia.php?ts_20041229174152.

Lema Devesa, Carlos, La Publicidad a examen, Accesado 14/01/2005, <http://www.ucm.es/info/di/4/lema.html>

Castilleja Jesús (2004), No importa que anuncios con el erotismo siempre funciona, Accesado 17/01/2005, <http://www.elasesor.com.mx/adage5/noticia3.html>

Publicidad en contra, (2004), Accesado 18/01/2005, <http://www.rionegro.com.ar/arch200408/15/o15j01.php>

La Mujer maltratada por la publicidad, La Autorregulación de los anunciantes es inexistente, Accesado 05/01/2005, <http://www.facua.org/facuaanuncios/mujerypublicidad/autorregulación.html>

Sugieren ampliar la actuación de los fiscales contra las emisiones violentas, (2003) Accesado, 14/01/2005, <http://www.diariodenoticias.com/ediciones/20031015/televisión/d15tv0107.php>

Control social de la publicidad, Accesado 05/01/2005, <http://iris.cnice.mecd.es/media/publicidad/bloque9/pag4.html>

Jurisprudencia.

Sala Constitucional

Res. 2000-09248 de las 15 h. 12 m. del 18 de oct, 2000

Res. 2001-08439 de las 16 h. 03 m. del 21 de agost, 2001.

Res. 2001-06401 de las 21 h. 52 m. del 05 de jul, 2001.

Res. 2001-05695 de las 16 h. 24 m. del 26 de jun, 2001.

Res. 2002-03128 de las 9 h. 9 m. del 05 de abril 2002.

Res. 2002-01086 de las 12 h. 25 m. del 01 de febr, 2002.

Res. 2002-04873 de las 14 h. 48 m. del 22 de mayo, 2002.

Res. 2001-05445 de las 8 h. 53 m. del 22 de jun, 2001.

Res. 2001-03636 de las 15 h. 50 m. del 9 mayo, 2001.

Res. 2000-08196 de las 15 h. 8 m. del 13, 2000.

Res. 1998-01187 de las 12 h. 42 m. Del 20 febr, 1998.
Exp. 0995-E-97 Nª 5393-97 de las 15 h. 18 m. del 05 de set, 1997.
Exp. 2134-M-96 Nª 2140-96 de las 15 h. 57 m. Del 08 mayo 1996.
Exp. 96-002890-0007-CO de las 15 h. 08 m. del 13 de set, 2000.
Res.03023-04 de las 15 h. 07 m. del 27 de abril, 1999.
Res. 01316-99 de las 16 h. 57 m. del 23 de febr, 1999.
Exp. 2276-V-95 Nª 0834-98 de las 17 h. 30 m. Del 10 de febrer, 1998.
Res. 07535-05 de las 10 h. 21 m. del 01 de oct, 1999.
Res. 0381-97 de las 11 h. 24 m. del 17 de ene, 1997.
Res. 1739-92 de las 11 h. 45 m. del 01 jul, 1992.
Voto 68-90 de las 11 h. del 17 de ene, 1990.
Voto 31-89 de las 16 h. 30 m. Del 18 de oct, 1989.
Voto 5395-97 de las 15 h. 24 m. Del 5 set, 1997.

Criterios de la Procuraduría General de la República

Procuraduría General de la República. Dictamen C195-90 del 20 de Noviembre de 1990
Procuraduría General de la República. Dictamen número C-015-97 del 27 de Enero de 1997.
Procuraduría General de la República. Dictamen número C-025-97 del 07 de Febrero de 1997.
Procuraduría General de la República Dictamen número C-138-2001 del 18 de Mayo del 2001.
Procuraduría General de la República. Dictamen número C-181-2001 del 26 de Junio del 2001.

Otras Consultas

Entrevistas.

Ramírez Sancho, Pedro. Inspector, Oficina de Control de Propaganda, Ministerio de Gobernación.

Licenciado Ulises Calderón, Licenciado Especialista en Derecho Constitucional.

Licenciado Alvaro Jiménez Acuña, Ex Coordinador de Jueces Corte Suprema de Justicia, actualmente se desempeña como abogado litigante.

Periodista Adrián Marrero Redondo, Periódico la Extra.

Publicista Suleyka Redondo, Kío Comunicación.

Publicista Adriana Sánchez Alvarado, J Walter Thompson.

Publicista Jessica Barahona Brenes, DDB Needham.

Licenciado Publicidad Jorge Briceño, Murally y Asociados.

Licenciada en Publicidad Ileana González Zumbado, Directora Ejecutiva de ASCAP.

Licenciado Uri Weinstock Mendelewicz.

ANEXOS

Entrevista realizada al funcionario Pedro Ramírez Sancho, portador de la cédula de identidad número 9-057-936, el cual se encuentra actualmente destacado en la Oficina de Control de Propaganda, del Ministerio de Gobernación, el día 20 de Noviembre del 2004 a las 3:00 p.m.

1) ¿Desde hace cuanto tiempo desempeña usted el puesto de inspector en la Oficina de Control de Propaganda, y en qué consiste su labor ?

He desempeñado el puesto de inspector en la Oficina de Control de Propaganda desde hace aproximadamente cinco años, y mi labor consiste en propagar la Ley 5811 y su reglamento a través de la entrega de material didáctico, a saber, un brochure o lo que en ese momento la Oficina me indique, y la explicación correspondiente a los administrados respecto a mi visita, así como también aplicar las medidas cautelares, de acuerdo al debido proceso, en caso de encontrar una irregularidad a esta ley, entonces realizo mediante acta de prevención el acatamiento verbal a efectos de sustraer la evidencia momentáneamente para lo que corresponda, sin embargo cuando existe rebeldía a esta disposición aplico el decomiso basado en la previa acta de prevención .

2) ¿ Considera usted que cada director que ha asumido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda ha mantenido una uniformidad de criterios respecto a los valores que contempla la Ley 5811, incluyendo la aplicación de la censura previa ?

En lo que respecta a mi experiencia con los últimos cuatro directores que han asumido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda, en las anteriores y la actual administración, no han concordado con los parámetros de aplicación de esta ley, porque cada director establece sus parámetros a seguir, ya que se resuelve conforme la discrecionalidad que el Estado le atribuye y que cada director la aplica de acuerdo a su criterio personal y punto de vista con que perciba la obra del creativo, ya que la ley no define a la letra los parámetros que definen que es púdico e impúdico, digo e indigno.

Y con la censura previa los últimos cuatro directores que han asumido el cargo de la Oficina, han discrepado unos de otros en la aplicación de la censura previa, porque unos consideraban que la censura previa era inconstitucional al coartar la libertad de expresión y otros la aprobaban. Las dos primeras directoras la reprobaban y los últimos dos aplican el control preventivo, y parten de la obligación de dar fiel cumplimiento a lo establecido en la misma.

3) ¿En su labor de inspector, las personas que usted ha visitado en función de su cargo tienen conocimiento de la Ley 5811, con respecto a la aplicación de la censura previa, y si es así están de acuerdo con ella?

Las personas que yo he visitado, la minoría dice conocer esta ley, alegando que en este país hay demasiadas leyes. Por lo tanto desconocen esas aplicaciones.

4) ¿ En su opinión personal y su experiencia con la Oficina de Control de Propaganda considera usted que la aplicación de la censura previa ha producido los resultados buscados en la Ley 5811, referente a la erradicación de la discriminación de la imagen de la mujer, en la propaganda comercial y la protección de la dignidad y el pudor de la familia, contemplados en su artículo primero ?

No porque no todas las personas tienen conocimiento de la ley y menos aún de la censura previa, ya que al existir desconocimiento de la mayoría respecto a esta ley es obvio que la censura previa por parte del Estado, no está surtiendo los efectos para lo cual fue creada, porque si se realizara una divulgación más amplia, exhaustiva y que la ley sea más concreta, la gente tendría conocimiento de estas disposiciones y sus alcances, y no se cometerían tantas irregularidades, porque las personas tendrían conocimiento de los términos como pudor y dignidad, con parámetros a seguir en la propaganda comercial, además de ello porque si partimos del artículo 28 y 29 de la Constitución Política, encontramos que tanto los creativos de las agencias de publicidad como también todos los ciudadanos no debemos de realizar o difundir actos en contra de esta ley, de ahí que no se justifica una censura previa la cual sea la que nos marque o indique las expresiones del quehacer humano cuales son o no permitidas.

5. ¿Cuál considera usted que sea el método idóneo para la regulación de la propaganda comercial que viole los valores tutelados en el artículo primero de la Ley 5811 ?

La solución sería una sanción más drástica y pecuniaria, y que el control sea posterior a la publicación o pauta del comercial, así estarían el control y la sanción posterior a la infracción de la ley.

Entrevista realizada a Ulises Calderón, especialista en materia Constitucional, el día 17 de Diciembre a las 8:00a.m.

1) ¿ Sabe usted el significado de la censura previa?

Sí, efectivamente, el Código Civil la establece desde el año 1888, mediante los derechos de la personalidad.

2) ¿ Esta usted de acuerdo con la aplicación de la censura previa, en la propaganda comercial, partiendo que nos encontramos en un Estado de Derecho?

Claro que sí, ya que el ordenamiento jurídico debe interpretarse de forma sistemática y no aislada, y los tratados internacionales que protegen los derechos humanos tienen rango supraconstitucional, por ende se protege el derecho de la familia, en la protección de la niñez y adolescencia, porque sino se regula la propaganda comercial, los comerciales que infrinjan la ley, ocasionaran un grave daño a la población infantil, por cuanto estos son como delitos de peligro, no de resultado. Además que el Código Civil contempla un apartado de los Derechos de la personalidad, 44 establece que los derechos de la personalidad están fuera del comercio de los hombres, y demás artículos como tales el 47, 48 y 49 del mismo cuerpo normativo, que hacen referencia a la fotografía o imagen de las personas, y el derecho a tener un nombre, derechos que deben ser protegidos por la integridad de las personas, ya que tales derechos de la personalidad se promulga el derechos de las personas a una dignidad sana, no puede ser violentada en función comercial, la dignidad no puede ser mancillada por un lucro.

3) ¿Considera usted que existe un conflicto de bienes jurídicos de libertad de expresión y Libertad comercial, con el derecho de la familia a la tutela exclusiva de l Estado o se da una exclusión de bienes jurídicos?

No existe conflicto, ya que se aplica la exclusión de bienes jurídicos y se da mayor relevancia a la familia, como elemento fundamental de la sociedad y el respeto a la dignidad de las personas, a protección del nombre que se correlaciona con la imagen de las persona, no obstante la ley hace referencia solamente a la de la mujer, no a la del hombre.

4) ¿Podría afirmarse que la censura previa es inconstitucional según se desprende de los artículos 28 y 29 Constitucional ?

La aplicación de la censura previa no es inconstitucional, ya que busca proteger derechos supraconstitucionales.

Entrevista realizada al Licenciado Álvaro Jiménez Acuña, el día 7 de Enero del 2005 a las 6:00 p.m.

1) ¿Conoce usted el significado de la censura previa ?

Considero que los medio deben aplicarse una autocensura, además del Estado y que considero que si se autorregulan.

2) ¿Considera constitucional la aplicación de la censura previa partiendo que nos encontramos en un Estado de Derecho ?

Sí estoy de acuerdo con la aplicación de la censura previa, y si es constitucional, pero no debe ser la regla sino la excepción ya que la ley debe tener un reglamento que especifique en que casos se debe regular la propaganda, estratificar y clarificar los tipos de casos concretos deben de ir a censura previa, calificar, debe además regular internet, videos, cable, la ley no regula ni internet ni cable, tiene vacíos legales.

3) ¿Podría que existe un conflicto de bienes jurídicos en la aplicación de tal figura entre los derechos de libertad de expresión y libertad comercial con el derecho de la familia a la tutela por parte del Estado?

No hay conflicto, pues es función del Estado proteger la familia y la niñez

4) ¿Cuál considera usted que sea la solución para resolver tal conflicto jurídico , si cree que lo hay ?

La solución no solamente está en la aplicación de la censura previa, porque se podrían establecer restricciones a los publicistas, que además de la ley formen como una especie de colegio y establezcan normas éticas, que se difunda por medio de televisión y radio la existencia de la Oficina y de la ley, ya que yo no tenía conocimiento de esta, solo de la de censura, y se de a conocer la ley al publico en general, introduciendo material didáctico en las escuelas y colegios y que ellos mismos interpongan denuncias ante una autoridad e policía. Que se promueva la educación y que los padres también coadyuven en tales funciones.

5) ¿Debe el Estado regular la propaganda comercial en los distintos medios de comunicación colectiva?

Sí, ya que es función del Estado velar por los intereses superiores del niño, así como también debe cultivar buenas costumbres

Entrevista realizada a Adrián Marrero Redondo, periodista del Periódico La Extra, el día 7 de Enero del 2005 a las 7:00 p.m.

1) ¿Conoce el significado de la censura previa, esta de acuerdo con su aplicación ?
Sí conozco el significado, sin embargo no estoy de acuerdo con la censura previa, ya que a nosotros nadie nos regula, nos hacemos un autocontrol del material que se va a publicar, ya que en las publicaciones donde se publica la imagen de una mujer, no se muestra todo el cuerpo, se trabaja con este tipo de parámetros, ya que obviamente la imagen de la mujer es un imán para vender, y para ello existen las personas adultas que deben proteger la niñez.
¿Quién regula internet y cable ? la ley contempla vacíos legales.
Por otro lado cuando se da una regulación del material publicado local, no así el extranjero, como las del Carnaval de Río, Brasil.

2) ¿Podría que existe un conflicto de bienes jurídicos en la aplicación de tal figura entre los derechos de libertad de expresión y libertad comercial con el derecho de la familia a la tutela por parte del Estado , si cree que lo hay cuál considera usted que sea la solución para resolver tal conflicto jurídico ?

La solución radica en educar a los padres a proteger la salud mental de los hijos, inculcando principios y valores, la solución es la educación, y establecer controles en el seno familiar, ya que al no regular cable ni internet existe un gran vacío, porque es por donde más ingresa material de propaganda, videos, pornografía.

Entrevista realizada a Suleyka Redondo, publicista de KIO COMUNICACIÓN, el día 14 de Enero del 2005, a las 3:00 p.m.

1 ¿Conoce usted los límites establecidos a la libertad de expresión y libertad comercial ?

Solamente por lo básico, no conoce la ley existente que regula la propaganda comercial, sólo la que regula lo referente a licores y cigarros y en el área de medicina, como por ejemplo que no se deben decir palabras indebidas, que los comerciales se pautan de acuerdo a horarios establecidos dependiendo del tipo de producto.

Sin embargo la empresa tiene sus propias políticas de etica en la producción de la publicidad, ya que no utilizan un lenguaje grotesco, ni sexual, se evita realizar todo tipo de propaganda que ofenda a las personas, se evitan los de burlas del daño o sufrimiento de otra persona, si el cliente solicita algo que contraríe las políticas de la empresa, no se está de acuerdo se le persuade, no se realiza la negociación o se analiza el caso en específico.

2 ¿Conoce usted el significado de censura previa, lo considera válido en nuestra sociedad ?

Sí, lo considero válido en nuestro país, por ejemplo en el área del Ministerio de Salud y la protección de la familia, sin embargo no se aplica como debería ya que los anuncios que se pautan por televisión pasan a ser analizados por el Control de Radio, ya que para que los canales puedan pautarlo se les debe presentar un permiso aprobado por esa oficina, con el respectivo sello de aprobado y firma.

3 ¿Considera usted que existe un conflicto de bienes jurídicos de libertad de expresión y libertad comercial versus el derecho de la familia a ser tutelada por el Estado ?

No existe un conflicto, lo que hay es un desconocimiento de la ley, nadie conoce ni de código ni de ninguna ley, ya que en la producción de los comerciales nos regimos por la ética y las políticas de la empresa, o por lo que los medios de comunicación nos dicen.

Estoy de acuerdo con la censura previa porque se deben aprobar los comerciales antes que sean difundidos, porque debe ser antes de que el daño sea causado, porque el daño se puede hacer en un minuto que se haya pautado el comercial, ya el daño se le hizo al niño.

4 ¿Ha sabido usted de resoluciones de los Tribunales de Justicia que en su criterio atenten contra estas libertades ? ¿Cuáles?

Sí, el caso de Xenical, que considero que en el mismo hubo mucho morbo.

5 La Ley 5811 tiene como objetivo primordial la protección de la dignidad, que la imagen de la mujer no sea utilizada en forma impúdica y el pudor de la familia, esta usted de acuerdo que se realice un control preventivo de censura previa en aras de proteger los bienes jurídicos supracitados ?

Sí de acuerdo, pero que es impúdico y la del hombre?, no hay parámetros establecidos, además que se pueda regular todo el material por ejemplo películas, videos, música, etc, porque al igual que los comerciales causan mucho daño.

6 ¿Cuál ha sido su experiencia con la Oficina de Control de Propaganda, el cual es el ente que regula la propaganda comercial que se difunde en los distintos medios de comunicación colectiva?

Conozco la Oficina, pero no hemos tenido ninguna experiencia con ella.

8 ¿Considera usted que la Oficina de Control de Propaganda ha mantenido un criterio consecuente desde su creación hasta la fecha, es decir, existe uniformidad de criterios en la aplicación de la ley 5811?

No sé realmente cual es su función.

9 ¿Qué solución aportaría usted para que se ejerzan tanto los derechos de libertad de expresión y libertad comercial con el derecho de la familia a la tutela del Estado, y se de un equilibrio en el ejercicio de tales derechos?

La solución estaría desde la creación del comercial, informar a las agencias quien regula la propaganda comercial, actualizar la ley, que el ente encargado imparta capacitaciones a las agencias de publicidad, y que la censura previa se aplique a todos los comerciales.

Entrevista realizada a Adriana Sánchez Alvarado, Ejecutiva de Medios, J WALTER THOMPSON, el día 14 de Enero del 2005, a las 4:25 p.m. Funciones comprar medios, es decir es mediadora entre el cliente y el medio de comunicación.

1 ¿Conoce usted los límites establecidos a la libertad de expresión y libertad comercial?

No, específicamente no sé cuales son las leyes que regulan estos derechos.

2 ¿Conoce usted el significado de censura previa, lo considera válido en nuestra sociedad?

Sí, claro que estoy de acuerdo y lo considero válido.

3 ¿Considera usted que existe un conflicto de bienes jurídicos de libertad de expresión y libertad comercial versus el derecho de la familia a ser tutelada por el Estado ?

No, sin embargo existe un inconveniente para nosotros como publicistas, porque a veces los entes estatales encargados son muy lentos en la aprobación del material, por ejemplo el IAFA, se envió un comercial desde hace varios días y hasta la fecha no ha sido aprobado, y esto nos afecta tanto a nosotros como a los medios, ya que no se puede pautar, y obtenemos un perjuicio económico, pero por otro lado la familia también tiene derecho a ser protegida, y nosotros como agencia tenemos también la obligación de velar por eso, y debe seguir las reglas

4 ¿Ha sabido usted de resoluciones de los Tribunales de Justicia que en su criterio atenten contra estas libertades? ¿Cuáles?

No.

5 La Ley 5811 tiene como objetivo primordial la protección de la dignidad, que la imagen de la mujer no sea utilizada en forma impúdica y el pudor de la familia, esta usted de acuerdo que se realice un control preventivo de censura previa en aras de proteger los bienes jurídicos supracitados?

Sí, es importante la censura previa, pero que se de un equilibrio de los derechos, pero que no todos los anuncios sean aprobados, es decir que no se aplique la censura a todos.

6 ¿Cuál ha sido su experiencia con la Oficina de Control de Propaganda, el cual es el ente que regula la propaganda comercial que se difunde en los distintos medios de comunicación colectiva?

No hemos tenido ninguna, sólo sé que si existe la Oficina y lo que regula.

8 ¿Considera usted que la Oficina de Control de Propaganda ha mantenido un criterio consecuente desde su creación hasta la fecha, es decir, existe uniformidad de criterios en la aplicación de la ley 5811?

No he tenido conocimiento en este sentido.

Entrevista realizada a Jessica Barahona Brenes, publicista de DDB NEEDHAM, el día de Lunes 17 de Enero del 2005, a las 4: 00 p.m.

1 ¿Conoce usted los límites establecidos a la libertad de expresión y libertad comercial?

No en realidad, primero porque en Costa Rica existen demasiadas leyes y en segundo lugar porque se trabaja con políticas establecidas por la agencia.

2 ¿Conoce usted el significado de censura previa, lo considera válido en nuestra sociedad?

Sí claro, lo considero válido, pero creo que las oficinas estatales deberían trabajar con más rapidez.

3 ¿Considera usted que existe un conflicto de bienes jurídicos de libertad de expresión y libertad comercial versus el derecho de la familia a ser tutelada por el Estado?

No existe un conflicto, considero que debe haber un equilibrio en ambos derechos, ya que existen oficinas del Estado como por ejemplo IAFA, que aprueba o no el material publicitario, pero son muy lentos y son subjetivos, ya que no hay parámetros establecidos.

4 ¿Ha sabido usted de resoluciones de los Tribunales de Justicia que en su criterio atenten contra estas libertades? ¿Cuáles?

Sí claro, de Centenario y Axxe, que nosotros trabajamos estas marcas.

5 La Ley 5811 tiene como objetivo primordial la protección de la dignidad, que la imagen de la mujer no sea utilizada en forma impúdica y el pudor de la familia, esta usted de acuerdo que se realice un control preventivo de censura previa en aras de proteger los bienes jurídicos supracitados?

Sí, no estoy en contra, pero creo que esto depende mas bien del cliente, ya que éstos se cuidan, sin embargo es complicado tanto trabajar con cada cliente que piensa diferente como con la ejecución de la ley.

6 ¿Cuál ha sido su experiencia con la Oficina de Control de Propaganda, el cual es el ente que regula la propaganda comercial que se difunde en los distintos medios de comunicación colectiva?

Nosotros no hemos tenido, sin embargo otras agencias que trabajamos sí, como GARNIER BBDO.

8 ¿Considera usted que la Oficina de Control de Propaganda ha mantenido un criterio consecuente desde su creación hasta la fecha, es decir, existe uniformidad de criterios en la aplicación de la ley 5811?

No tengo conocimiento en este sentido.

9 ¿Qué solución aportaría usted para que se ejerzan tanto los derechos de libertad de expresión y libertad comercial con el derecho de la familia a la tutela del Estado, y se de un equilibrio en el ejercicio de tales derechos?

Debe haber un compromiso del cliente, las agencias, los medios y el Estado, que lleguen a un acuerdo y éste se reglamente para tomar en cuenta todas las partes.

Entrevista realizada a Jorge Brinceño, Gerente de Cuentas, de Agencia de Publicidad MURALI Y ASOCIADOS S.A., el día de 17 de Enero del 2005, a las 5:00 p.m.

1 ¿Conoce usted los límites establecidos a la libertad de expresión y libertad comercial?

Sí claro, dependiendo del producto existe la Ley 5811 y el IAFA, hay cosas básicas, como por ejemplo horarios de pautar los comerciales, el impreso, audiovisual, los permisos que debe contener de la dependencia que lo regula, nosotros nos asesoramos legalmente y la agencia tiene políticas establecidas, se aplica la ética para no ofender a nadie.

2 ¿Conoce usted el significado de censura previa, lo considera válido en nuestra sociedad?

Sí claro, tengo catorce años de trabajar en la publicidad, y lo considero válido en la sociedad costarricense, pero en ciertas materias como el caso de la salud, que lo regula el Ministerio de Salud, ya que al tener relación directa con la salud de las personas debe ser regulado previamente al igual que los derechos de la familia.

Sin embargo, no estoy de acuerdo que el estado regule todo, ya que la agencia envía los comerciales que se van a pautar en televisión a Control de Radio que controla el lenguaje, la nacionalización del anuncio, nombre de los comerciantes, productora, etc.

3 ¿Considera usted que existe un conflicto de bienes jurídicos de libertad de expresión y libertad comercial versus el derecho de la familia a ser tutelada por el Estado?

No existe conflicto, si el estado no regula todo el material publicitario sino solamente los casos indicados de salud y de los derechos de la familia, sobre todos los niños que son los más sensibles. Debe haber una correcta ejecución de la ley, estoy de acuerdo con la regulación pero con equilibrio.

4 ¿Ha sabido usted de resoluciones de los Tribunales de Justicia que en su criterio atenten contra estas libertades? ¿Cuáles?

No.

5 La Ley 5811 tiene como objetivo primordial la protección de la dignidad, que la imagen de la mujer no sea utilizada en forma impúdica y el pudor de la familia, esta usted de acuerdo que se realice un control preventivo de censura previa en aras de proteger los bienes jurídicos supracitados ?

Sí claro, porque son casos excepcionales, que estoy de acuerdo con ese control, pero que no sea para todos los comerciales.

6 ¿Cuál ha sido su experiencia con la Oficina de Control de Propaganda, el cual es el ente que regula la propaganda comercial que se difunde en los distintos medios de comunicación colectiva?

Ninguna,

8 ¿Considera usted que la Oficina de Control de Propaganda ha mantenido un criterio consecuente desde su creación hasta la fecha, es decir, existe uniformidad de criterios en la aplicación de la ley 5811?

No tengo un amplio conocimiento en este aspecto.

9 ¿Qué solución aportaría usted para que se ejerzan tanto los derechos de libertad de expresión y libertad comercial con el derecho de la familia a la tutela del Estado, y se de un equilibrio en el ejercicio de tales derechos?

Que haya un acuerdo de los medios, las agencias y el Estado y que se actualice la ley, ya que la Oficina de Control de Radio regula los comerciales de televisión.

Entrevista realizada a Ileana González Zumbado, Directora Ejecutiva de ASCAP, realizada a las 3: 00 p.m. del día 04 de Febrero del 2005.

1 ¿Conoce usted los límites establecidos a la libertad de expresión y libertad comercial?

Sí claro

2 ¿Conoce usted el significado de censura previa, lo considera válido en nuestra sociedad?

Por supuesto que conozco el significado, sin embargo considero que se debe aplicar solamente a algunas materias, y que en cierto modo es meramente subjetiva. Por ejemplo IAFA si es importante que brinde su criterio, así como también en el área de salud, en igual sentido se puede aplicar a la protección de la familia.

Además considero que las agencias y los medios de comunicación podrían tener una autorregulación.

Y con referencia a si estoy de acuerdo o no con su aplicación, no estoy ni a favor ni en contra, no estoy en contra porque considero que toda actividad debe tener un límite, porque sino estaríamos en un caos total y no estoy a favor porque creo que las leyes no son muy claras, por ejemplo de la Ley 5811 no establece criterios a seguir ni conceptos.

3 ¿Considera usted que existe un conflicto de bienes jurídicos de libertad de expresión y libertad comercial versus el derecho de la familia a ser tutelada por el Estado?

No existe conflicto, todo va de la mano, si tuviéramos leyes mas claras no tendríamos los problemas que a veces se presentan. Por ejemplo si se envía un comercial a previa aprobación de licores a IAFA y luego la Oficina de Control de Propaganda considera que violenta la ley 5811, habría una doble censura por así decirlo, debe haber un sistema que en estos casos se pueda enviar a previa aprobación a una sola oficina.

4 ¿Ha sabido usted de resoluciones de los Tribunales de Justicia que en su criterio atenten contra estas libertades? ¿Cuáles?

No.

5 La Ley 5811 tiene como objetivo primordial la protección de la dignidad, que la imagen de la mujer no sea utilizada en forma impúdica y el pudor de la familia, esta usted de acuerdo que se realice un control preventivo de censura previa en aras de proteger los bienes jurídicos supracitados?

Sí claro, porque son casos excepcionales, que estoy de acuerdo con ese control, pero que no sea para todas las agencias de publicidad, porque unas a veces dicen yo no hago determinada cosa si la otra agencia lo sigue haciendo, considero que se debe aplicar uniformemente.

6 ¿Cuál ha sido su experiencia con la Oficina de Control de Propaganda, el cual es el ente que regula la propaganda comercial que se difunde en los distintos medios de comunicación colectiva?

Ninguna, porque nuestra empresa no es de realizar funciones de las que realizan las agencias de publicidad propiamente.

7. ¿Qué significa ASCAP y cuales son sus funciones en el área publicitaria?

ASCAP significa Asociación Costarricense de Agencias de Publicidad y tiene como objetivo principal la unión del mercado publicitario y dar a conocer el desarrollo publicitario, le indica a las agencias de publicidad como desarrollarse, sin interferir en el estatuto interno de cada una de ellas, somos una empresa sin fines de lucro.

Poseemos un reglamento interno, así como también un estatuto que están siendo sometidos a reforma, en los cuales se les insta a las agencias de publicidad a ser éticos, a no utilizar publicidad engañosa, a respetar los valores de la familia y a no engañar al consumidor, a respetar las leyes existentes que regulen la materia publicitaria.

Los requisitos para que las agencias de publicidad puedan ingresar son ser una agencia de publicidad, con dos años en el mercado funcionando como agencia, con recomendaciones de dos agencias de publicidad, que una de ellas esté afiliada a ASCAP, recomendaciones de dos medios de comunicación, y cancelar la cuota de inscripción y de afiliación.

8 ¿Considera usted que la Oficina de Control de Propaganda ha mantenido un criterio consecuente desde su creación hasta la fecha, es decir, existe uniformidad de criterios en la aplicación de la ley 5811?

No tengo conocimiento en este aspecto, solamente de la existencia de la Ley 5811 que protege la imagen de la mujer y la familia.

9 ¿Qué solución aportaría usted para que se ejerzan tanto los derechos de libertad de expresión y libertad comercial con el derecho de la familia a la tutela del Estado, y se de un equilibrio en el ejercicio de tales derechos?

Que se haga una reforma legal, ya que la ley no es clara, que tenga un glosario, ya que lo que regula esta oficina es cerrado, ampliar un poco más los ámbitos de aplicación, que al mismo tiempo se cree una comisión multipartita para evitar criterios subjetivos, que esté integrada por distintos sectores involucrados, y todos aporten su criterio, para que el procedimiento sea más expedito.

Entrevista realizada a Uri Weinstock Mendelewicz, Licenciado en Derecho, realizada a las 2:00 p.m. el día 04 de Febrero del 2005, a las 2:00 p.m.

1 ¿Está usted de acuerdo con la aplicación del control previo o censura previa en nuestro país, partiendo que nos encontramos en un Estado Social y democrático de Derecho?

No estoy de acuerdo con el control previo, yo me inclino por la aplicación de un control posteriori, primero porque si tuviéramos reglas claras, tanto las agencias de publicidad como los medios de comunicación tendrían a que atenerse y segundo porque si violentan tal ley y que si esta es clara se podrían aplicar las sanciones correspondientes. Me inclino por la aplicación de un Código de Autorregulación, que esté avalado por el Estado.

Considero que la censura previa se debe utilizar a áreas como espectáculos públicos, que se apliquen las restricciones de acceso a los menores de edad, pero que en el resto de actividades por ejemplo en la propaganda que el Estado no incida tanto, y se de un control a posteriori.

No obstante considero que la censura previa si es constitucional, además que ya la Sala Constitucional ha entrado a conocer de su constitucionalidad y ha determinado que si lo es.

Por otra parte es importante mencionar que la Sala Constitucional no ha determinado claramente el concepto de Libertad Comercial, ya que mediante sus resoluciones establece la libertad de Expresión y Libertad Comercial por separado, la primera la contempla en el artículo 28 y la segunda considera que se desprende de los artículo 28 y 46 todos de la Constitución Política. Sin embargo en Europa ya se está contemplando el concepto de Libertad Comercial, como un derecho autónomo, independiente, lo interpretan como una mezcla de la Libertad de Expresión y de la Libertad Comercial, se nutre de ambos, ya que existe un estándar de protección superior de la Libertad Comercial, pero inferior de la Libertad de Expresión, se encuentra como en el centro en un punto medio.

2. ¿Considera usted que existe un conflicto de bienes jurídicos de libertad de expresión y libertad comercial con el derecho de la familia a ser tutelada por el Estado?

No existe conflicto, lo que sucede es que existe conflicto en el momento que se hace un ejercicio abusivo de tales derechos, ya que si se ejerce el derecho de la libertad comercial en la propaganda de un determinado producto, que ésta se realice respetando la ley existente, siempre y cuando esta ley sea clara que la gente sepa que puede y que no puede hacer, que existan criterios claros, que delimitan los parámetros a seguir, por ejemplo que se establezcan los mecanismos y pautas a seguir en lo que se refiere al tipo de producto, la población que va ser objeto o destinatarios de tal propaganda, por ejemplo si acude a un cine y se publicite determinado producto partiendo que si es horario nocturno las personas serán mayores de dieciocho años, que las vallas se encuentren en lugares determinados y dependiendo también del producto que se promocione, por ejemplo si es un producto para mayores de dieciocho años que no se encuentre cerca de una escuela.

3 ¿Cuál ha sido su experiencia con la Oficina de Control de Propaganda, considera usted que la Oficina de Control de Propaganda ha mantenido un criterio consecuente desde su creación hasta la fecha, es decir, existe uniformidad de criterios en la aplicación de la ley 5811?

Por la experiencia considero que los directores que han asumido el cargo de la Oficina de Control de Propaganda no han tenido una unificación de criterios, ya que no conocía a la Señora Alejandra Rivera, no obstante tengo conocimiento que los criterios que imperaban son totalmente contrarios a los que imperan en la actualidad, si conocí a Jessica López y la actual directora Licenciada Roxana Blanco, y considero que efectivamente los criterios de aplicación de la ley se realizan subjetivamente, de hecho yo les informo a mis clientes que se debe esperar que criterio decidirá optar el nuevo director que asuma el cargo de la Oficina.

Sin embargo considero que la directora actual tiene un criterio más amplio y no tan cerrado como las anteriores direcciones, ya que se abre al diálogo y escucha las partes involucradas, y aplica la ley 5811 partiendo que la Sala Constitucional ha determinado que el control previo si es constitucional.

4. ¿Cuáles son los problemas que considera usted que contempla la Ley 5811 y su reglamento 11235-G?

El artículo primero de la ley contempla un error en la parte final del mismo, el artículo reza:

“Todo tipo de propaganda comercial que ofenda la dignidad, el pudor de la familia y en la que se utilice la imagen de la mujer impúdicamente para promover las ventas, será controlada y regulada con criterio restrictivo por el Ministerio de Gobernación.”

Primero la ley no establece los conceptos de dignidad, y otros conceptos importantes que nos permitan establecer criterios uniformes, lo cual evitaría caer en erróneas interpretaciones, segundo que dice que dicha propaganda que vulnere los valores indicados, será controlada y regulada con criterio restrictivo, donde debería decir prohíbase la propaganda que vulnere tales bienes.

Otro de los errores es que la Ley establece que las apelaciones las conocerá el superior jerárquico, en este caso el Ministro o Viceministro, o en el último caso la parte Legal del Ministerio, considero que debería existir un órgano especializado que conozca en alza y que tenga una relación más directa con la materia.

5. ¿Que opina usted de la forma de incoar una denuncia que halla vulnerado los bienes jurídicos contemplados en el artículo primero de la Ley 5811, ya que primeramente se realizaba por teléfono o cualquier otro medio y a partir del 17 de Marzo del 2003, publicado en la Gaceta, las mismas deben ser por escrito?

Considero que el denunciante debe tener responsabilidad, ya que de no ser así se podría prestar competencia desleal, y se podrían interponer denuncias para ocasionar un perjuicio

a las otras empresas, y en las zonas rurales que se otorgue la responsabilidad de recibir las mismas a las Municipalidades o la Guardia Rural, y una vez recibida, revisada y que contenga los requisitos establecidos en la ley o el reglamento se remita a la Oficina de Control de Propaganda para que conozca la denuncia.

5 ¿Qué solución aportaría usted para que se ejerzan tanto los derechos de libertad de expresión y libertad comercial con el derecho de la familia a la tutela del Estado, y se de un equilibrio en el ejercicio de tales derechos?

Primero que se realice una reforma legal total, tanto a la ley 5811 como a su reglamento, que se establezcan conceptos, y se establezcan parámetros de aplicación de la misma, que las reglas sean claras.

Que además de lo anterior, se pueda realizar una especie de guías o manuales internos, que contemplen los criterios a seguir, brinde además seguridad a la gente de lo que debe o no debe hacer, se establezcan estándar de comportamiento, y se de una difusión de la ley al público.

En lo que a las sanciones se refiere, estoy de acuerdo con la suspensión del material publicitario, siempre y cuando existan reglas claras donde el infractor tenga pleno conocimiento de las normas que está infringiendo, sin embargo considero que antes de eso se le podría hacer una prevención indicándole que se encuentra infringiendo la ley.

Exp: 96-002890-0007-CO

Res: 2000-08196

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con ocho minutos del trece de setiembre del dos mil.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Fernando Leñero Testart, bínubo, ingeniero industrial, cédula de identidad número 8-049-663, Eduardo Ulibarri Bilbao, periodista, con cédula de identidad 8-039-865, y Luis Amón Castro, empresario, portador de la cédula de identidad 1-653-288, ambos casados en primeras nupcias y todos mayores y vecinos de Moravia y como consecuencia del ejercicio de sus cargos de Gerente General, Director y Jefe del Departamento de Publicidad de LA NACION, contra los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12, y 14 de la Ley número 5811 del diez de octubre de mil novecientos setenta y cinco, denominada Control de Propaganda, y el Reglamento N° 11235-G del diez de octubre de mil novecientos setenta. Intervinieron también en el proceso Farid Beirute Brenes, en representación de la Procuraduría General de la República y Alejandra Rivera Hernández, Directora del Departamento de Control de Propaganda del Ministerio de Gobernación y Policía.

Resultando:

1. Alegan los accionantes que los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12, y 14 de la Ley número 5811, denominada "Ley de Control de Propaganda", y el Reglamento N° 11235-G de 10 de octubre de 1979, son inconstitucionales por violentar los derechos estipulados en los artículos 7, 28, 29 y 40 de la Constitución Política y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sostienen que en el ejercicio de la libertad de expresión, en su caso, la Libertad de Prensa, y en el entendido de que está prohibida totalmente la censura previa, salvo el único caso de los espectáculos públicos para el ingreso de menores de edad-, el medio informativo que representan publica anuncios de línea personal y de películas exclusivamente para mayores de edad. Por diversos telegramas la Oficina de Control de Propaganda ordenó que dichos anuncios no fueran publicados, amenazando a su vez con decomisar y destruir el material aludido mediante la ayuda de la Guardia Civil o Guardia de Asistencia Rural, invocando el espíritu de la Ley No. 58112 y los artículos 12 y 18 del reglamento No. 11235-G. Consideran que el hecho de que un funcionario público mediante la aplicación de una ley abiertamente inconstitucional, o interpretándola inconstitucionalmente, pueda establecer en Costa Rica una prohibida censura previa en un tema que no lo puede autorizar la ley, y menos mediante la amenaza abiertamente ilegal de decomisar y destruir material impreso -cualquiera sea su contenido- con ayuda de la Fuerza Pública, y en cumplimiento de un simple reglamento ejecutivo sin ningún valor constitucional para legislar en esa forma. Alegan que la Sala ha sido enfática en las sentencias N°1739-92 de las 11:45 horas del 1 de julio de ese año en el sentido de que los funcionarios públicos deben respetar los principios consagrados en los artículos 28, 29 y 41 de la Constitución Política y el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el 7° de la Constitución, que le confiere rango superior a la ley y a los reglamentos ejecutivos, pues en Costa Rica no puede existir censura previa –salvo el específico caso de espectáculos públicos para regular el ingreso de los menores de edad- y

menos bajo amenaza de decomiso y destrucción de material impreso cuyo resguardo les compete por el ejercicio de sus cargos. Señalan también que es inconstitucional la atribución que la ley impugnada y su reglamento conceden a una oficina adscrita al Ministerio de Gobernación, de impedir de modo absoluto la propaganda a que se refiere el artículo primero de dicha ley, salvo aprobación previa del Ministerio del ramo, "conforme a las prevenciones del reglamento respectivo..."N°17235-G. Pues los órganos públicos sólo pueden intervenir en la regulación de esas materias mediante una ley formal, válida exclusivamente en el caso que se lleve a cabo dentro de los precisos y específicos requisitos previstos en el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución Política, y en resguardo preferente de los menores de edad. Ello no autoriza, sin embargo, a la Oficina de Control de Propaganda a introducir parámetros personales -como eliminar párrafos a su antojo-. Señalan que, además, el artículo 28 de la Constitución Política, rectamente interpretado en relación con el artículo 29 ibídem, es terminante en el sentido de que las acciones que por medio de una ley formal correctamente emitida por la Asamblea Legislativa, se estimen contrarias a la moral o las buenas costumbres, o produzcan daños a terceros, nunca podrán ser prohibidas y menos mediante una inconstitucional censura previa de corte administrativo -salvo en el caso de los espectáculos públicos para el ingreso a los menores de edad-, pues únicamente se autoriza a legislar para castigar esos actos, después de su realización y previo un debido proceso.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señalaron que invocaron la inconstitucionalidad de las normas impugnadas como medio razonable para amparar sus derechos en el recurso de amparo N°2108-96, en el que se cuestionan los diversos telegramas mediante los que la Oficina de Control de Propaganda ordenó que unos anuncios que publica el Periódico que representan no sean publicados, amenazando en caso de no sujetarse a dicha intimación, con proceder de acuerdo con los artículos 12 y 18 del Reglamento N°11235-G –decomisar y destruir el material aludido.

3.- Por resolución de las ocho horas del diez de julio de mil novecientos noventa y seis (visible al folio 19 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República y a la Directora de la Oficina de Control Nacional de Propaganda del Ministerio de Gobernación y Policía (folio 19).

4.- Farid Beirute Brenes, Procurador General Adjunto de la República, contestó la audiencia conferida y manifestó que el término "censura previa" tiene una carga emotiva negativa en un régimen democrático, pero el control preventivo que realiza el Ministerio de Gobernación a través de la Oficina de Control y Propaganda con fundamento en la ley impugnada dista mucho de serlo. Consideró que la discusión planteada gira en torno a si puede existir un control preventivo del exceso en la propaganda comercial por parte del Estado, en virtud de derechos también tutelados en la Constitución Política. Considera la Procuraduría que la propaganda comercial no es un fin en sí mismo, sino un medio para ejercer la libertad de comercio, y en ese sentido está relacionada con los numerales 28 y 46 de la Constitución Política. El primero de ellos establece como límite a las libertades públicas la moral, el orden público y las buenas costumbres y el daño a terceros y, la potestad de fiscalización y tutela es reconocida para hacer imperar cualquiera de los límites antes señalados. Por su parte el artículo 46 establece otra serie de derechos fundamentales

que deben ser tutelados, además del derecho a hacer propaganda comercial, que de ningún modo es irrestricto y debe ser limitado por el legislador ordinario en virtud de los artículos 28 y 46 de la Constitución Política. Claro está la limitación debe tener por objeto evitar un peligro real contra la sociedad, y ser proporcionada y razonable, lo cual ocurre en el caso de la limitación a la libertad de expresión para realizar propaganda contenida en la Ley N°5811. La actividad de realizar propaganda comercial tiene relación con varias libertades y derechos, los de los compradores u oferentes –artículo 46 constitucional- y los relacionados con el orden público, la moral y el daño eventual a terceros –artículo 28-. El artículo 1 de la ley impugnada establece que la propaganda comercial que ofenda la dignidad y el pudor de la familia y utilice la imagen de la mujer impudicamente para promover las ventas, será controlada por el Ministerio de Gobernación. A juicio de la Procuraduría existen varias razones de interés público que permiten limitar la propaganda comercial de manera razonable y proporcionada, con el propósito de evitar un exceso en el ejercicio de la actividad propagandística que pueda afectar la esfera de otros derechos igualmente tutelados constitucionalmente (la dignidad del ser humano, el pudor de la familia, el uso de la imagen de la mujer impudicamente, la salud física y mental y el orden público). A juicio de la Procuraduría el uso en la publicidad comercial del estereotipo de la mujer como mero objeto, es un irrespeto a su dignidad y degrada su imagen. Dicho control preventivo en última instancia no dejará sin contenido a la libertad fundamental, dado que su ejercicio no se impide. Finalmente, consideró que el control del Estado sobre la propaganda comercial debe admitir la posibilidad de que se realice el decomiso material de la propaganda, con el fin de evitar el daño previsto. Concluyó que las normas impugnadas son constitucionales, por lo que estima que la acción debe ser declarada sin lugar.

5.- Alejandra Rivera Hernández, Directora del Departamento de Control de Propaganda del Ministerio de Gobernación y Policía, contestó la audiencia conferida y manifestó que se ha evidenciado de modo innegable en el transcurso de los últimos años, la ofensa a la dignidad de las mujeres por medios de publicidad, propaganda en la prensa, pantallas cinematográficas y carteles, lo cual obviamente representa un problema en el ámbito mundial, se ha visto también afectada la inocencia de los niños y por ello surge a la vida jurídica la ley N° 5811, como tutela de esos intereses que hoy en día se han ido aceptando como conductas normales y que realmente afectan la moral pública. Con ella se pretende restringir el marco de libertad del individuo y sus intereses particulares -la promoción de productos o servicios mediante la utilización de la imagen de la mujer y sin importar que se ofenda la dignidad y el pudor de la familia. Afirma que es falso que se les haya aplicado el régimen de censura previa, debido a que primero se citó a los accionantes a una Audiencia ante el Consejo Asesor de Propaganda, a efectos de otorgarle el debido proceso, y que ejercieran su legítimo derecho de defensa. Aclara que la audiencia se dio con posterioridad a la realización de los actos propagandísticos o publicitarios y que no se dio censura previa, ya que pese a que el artículo 6 pareciera otorgar la posibilidad del control previa, el despacho se ha abstenido de ejercerlo en respeto de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, actuando siempre después de su pauta o publicación. Solicitó que se desestime la presente acción de inconstitucionalidad, pues como ha quedado demostrado, aún cuando pareciera que la ley faculta al despacho para ejercer un control a priori, la acción no se ha desplegado, antes bien se ha actuado a posteriori en respeto del orden constitucional.

6.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 140, 141 y 142, de los días 23, 24 y 25 de julio de 1996 (folio 22).

7.- La audiencia oral y pública prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se celebró el veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

8.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta la magistrada **Calzada Miranda**; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. El artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que para interponer una acción de inconstitucionalidad es necesario que exista asunto pendiente de resolver en los tribunales o un procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. En el presente caso, el asunto previo que legitima a la parte accionante, es el recurso de amparo N°96-002108-007-CO en el cual se impugnan los telegramas dirigidos por la Oficina de Control de Propaganda al Gerente del medio de comunicación que representan los accionantes, así como el oficio OCNP 060-96 de 22 de abril de 1996 en los cuales se indicó que el material de publicidad de la Línea Erótica no puede ser publicada y que, de no sujetarse a esa intimación, se procederá a decomisar y destruir el material, con fundamento en las disposiciones impugnadas.

II.- Objeto de la impugnación. Cuestiona el accionante la constitucionalidad de los artículos 1,2,3,4,5,6,9,11,12,13 y 14 de la ley N° 5811, denominada " Ley de Control de Propaganda" del 10 de octubre de 1975 y del Reglamento N° 11235-G del 10 de octubre de 1975. Considera que las normas impugnadas son inconstitucionales por violar los artículos 7, 28, 29 y 40 de la Constitución Política y el numeral 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues establecen una censura previa en una materia que no puede autorizar la ley, salvo el específico caso de los espectáculos públicos para regular el ingreso de los menores de edad. Asimismo acusan que con fundamento en las normas impugnadas se les ha amenazado con el decomiso y destrucción del material, impidiéndoles en el futuro aquellas publicaciones. Aducen que de acuerdo con los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, las acciones que por medio de ley formal se estimen contrarias a la moral, a las buenas costumbres o produzcan daños a terceros nunca podrán ser prohibidas, y menos mediante censura previa, salvo la excepción señalada para el ingreso de menores de edad a espectáculos públicos, pues sólo autoriza a legislar para castigar esos actos después de su realización.

III.- La Ley impugnada estatuye una regulación y control preventivo de todo tipo de propaganda comercial que ofenda la dignidad, el pudor de la familia y que utilice la imagen de la mujer impudicamente para promover las ventas, a través de la Oficina de Control de Propaganda del Ministerio de Gobernación. Prohíbe de manera absoluta la propaganda a que se refiere el artículo primero, si no ha sido previamente aprobada por el Ministerio de

Gobernación –artículos 3, 5, 7. Asimismo, entre establece que el Ministerio de Gobernación podrá ordenar la inmediata suspensión de la propaganda que no haya sido aprobada, o que no se ajuste a las estipulaciones reglamentarias, y en caso de rebeldía o desacato, podrá ordenar el decomiso y destrucción del material del que se trate –artículo 12-. Antes de analizar por el fondo las razones de inconstitucionalidad acusadas, para efectos de esta acción, es conveniente precisar los alcances de las libertades públicas que los accionantes consideran infringidas, así como los límites de aquéllas, para tener un concepto claro de términos tales como libertad de expresión, censura previa y propaganda comercial.

IV.- De la Libertad de Expresión. La doctrina caracteriza a la libertad de expresión como una libertad presupuesto del ejercicio de otras libertades, que opera como legitimadora del funcionamiento del sistema democrático y de la eficacia de sus instituciones y que jurídicamente adopta pluralidad de formas. La vinculación más clara se da con la libertad de pensamiento, que es la condición previa e indispensable para la existencia de la libertad de expresión. En ejercicio de ambas libertades, el individuo puede escoger o elaborar las respuestas que pretende dar a todas aquellas cuestiones que le plantea la conducción de su vida en sociedad, de conformar a estas respuestas sus actos y, comunicar a los demás aquello que considera verdadero, sin censura previa. El ámbito de acción de esas libertades es muy amplio, pues comprende las manifestaciones de los individuos sobre política, religión, ética, técnica, ciencia, arte, economía, etc. La libertad de expresión, entonces, implica la posibilidad de que el sujeto transmita sus pensamientos (ideas, voliciones, sentimientos), y comprende la libertad de creación artística o literaria, la libertad de palabra, la libre expresión cinematográfica y también las manifestaciones vertidas por medio de la prensa escrita, la radio y la televisión, en tanto son medios de difusión de ideas. Así también, de la libertad de expresión se infiere el derecho de dar y recibir información y el derecho a comunicar con propósito diverso ya sea económico, político, recreativo, profesional, etc., sin que se impongan medidas restrictivas que resulten irrazonables. La libertad de expresión no sólo protege al individuo aislado, sino las relaciones entre los miembros de la sociedad y es por ello que tiene una gran trascendencia, ya que contribuye a la formación de la opinión pública. Es a su vez presupuesto de la libertad de prensa y de la libertad de información, pues de la libertad de expresión derivaron en sucesión histórica la libertad de prensa (o de escritos periódicos dirigidos al público en general) y la libertad de información, que es como hoy día se denomina a la libertad de expresión concretada en los medios de comunicación social. La libertad de información entonces, comprende la prensa escrita, oral, audiovisual y por su naturaleza, se encuentra relacionada con el derecho de crónica, de crítica, a la industria o comercio de la prensa y al fenómeno de la publicidad. Este aspecto ha adquirido mucha importancia en las últimas décadas, pues debido al alto costo de instalación y mantenimiento de los medios de comunicación colectiva, cuando son propiedad privada sólo pueden subsistir por el uso intensivo de la publicidad. Asimismo, existe el fenómeno del derecho social a la información, que reside precisamente en la comunidad y en cada uno de sus miembros, y que les da la posibilidad de ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos, para la toma de decisiones y a la vez cumple una función de integración, ya que unifica una multitud de opiniones particulares en una gran corriente de opinión, estimulando así la integración social.

V.- Una de las principales garantías que protegen la libertad de expresión es la prohibición de censura previa, ocurriendo así, que cualquier control debe darse a posteriori. Como censura previa entiende esta Sala aquel control, examen o permiso a que se somete una publicación, texto u opinión, con anterioridad a su comunicación al público, mediante el cual se pretende realizar un control preventivo de las manifestaciones hechas por un medio de comunicación colectiva, ya bien sea radiofónico, televisivo o impreso. Este concepto no sólo está plasmado en nuestra Constitución Política en el artículo 29, sino que también se incorporó en el Pacto de San José, cuyo artículo 13 inciso 2, dispone que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar ya sea el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. El artículo 29 de la Constitución Política consagra lo que parte de la doctrina califica como libertad de prensa, mientras que otra señala como libertad de información, y dispone:

"Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca."

La Sala se refirió a este tema en la sentencia No. 1292-90 de las horas del de mil novecientos noventa y dijo:

"La libertad de expresión contenida en el artículo 29 de nuestra Constitución, permite la comunicación de pensamientos de palabra o por escrito y su publicación sin previa censura, garantía que refuerza el artículo 28 del mismo cuerpo normativo al prohibir la persecución por el ejercicio de esa libertad. No obstante, como todo derecho, esa libertad no es absoluta, y tiene su límite, de tal forma que el abuso que se haga de ella hará incurrir en responsabilidad a su autor, según la legislación que rige la materia."

El artículo 29 de la Constitución Política se complementa con las disposiciones contenidas en los Convenios Internacionales aprobados por Costa Rica, por ejemplo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José-, que indica: "1-. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o, b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4.

Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional." (ver además el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ahora bien, a pesar de la gran libertad de que goza el individuo para formar opiniones basado en criterios personales y a su vez comunicarlas con toda amplitud, no debe pensarse que el ejercicio de estas libertades no tiene límite alguno, pues la libertad de expresión, al igual que el resto de las libertades públicas no es irrestricta: sus límites vienen dados por el mismo Orden Constitucional, y así lo consideró esta Sala en la sentencia N° 3173-93, al indicar que "II.- Los derechos fundamentales de cada persona, deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos "moral", concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros-, y "orden público", también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. VI- No escapa a esta Sala la dificultad de precisar de modo unívoco el concepto de orden público, ni que este concepto puede ser utilizado, tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones en nombre de los intereses colectivos a los derechos. No se trata únicamente del mantenimiento del orden material en las calles, sino también del mantenimiento de cierto orden jurídico y moral, de manera que está constituido por un mínimo de condiciones para una vida social, conveniente y adecuada. Constituyen su fundamento la seguridad de las personas, de los bienes, la salubridad y la tranquilidad." Asimismo, en la sentencia N° 3550-92 de las dieciséis horas de veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, este Tribunal desarrolló el tema de los límites legítimos a las libertades públicas y se refirió al principio de reserva de ley enfatizando que "solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-."

VI.- Hechas las anteriores consideraciones, es preciso referirse a la propaganda comercial, objeto de regulación en la ley cuya constitucionalidad se cuestiona, y que, según se indicó, está relacionada con la libertad de expresión, que calificamos antes como el género y con su especie la libertad de información. La propaganda es la publicidad desarrollada para propagar o difundir un producto, servicio, una materia, un espectáculo etc.; consiste en el conjunto de acciones que, técnicamente elaboradas, utilizando principalmente los medios de comunicación colectiva, pretenden influir en determinados grupos humanos para que éstos actúen de cierta manera. La actividad persigue ejercer influencia en la opinión y la conducta de la sociedad, con el fin de que adopte determinadas decisiones. La propaganda

comercial es hoy en día una de las principales herramientas de quienes pretenden vender bienes y servicios, pues les permite dirigir su mensaje comercial a la mayor cantidad de personas con el fin de que los adquieran. Si bien puede difundirse a través de medios de comunicación colectiva, como periódicos, radioemisoras o canales de televisión, es una actividad cuyo objetivo principal es disuadir y convencer a los consumidores de la conveniencia o necesidad de adquirir un bien o servicio determinado, por lo que a juicio de este Tribunal es una actividad que, fundamentalmente, se relaciona con la libertad de empresa. El contenido esencial de esta libertad, consagrada en el artículo 46 de la Constitución Política, involucra la libre escogencia de la actividad empresarial, la determinación de la estructura de la empresa, así como de los medios necesarios para la consecución de los fines escogidos, entre los cuales es de singular importancia obtener un lucro razonable. Es por ello que el ejercicio del derecho de hacer propaganda comercial está sujeto a limitaciones, también de rango constitucional, cuyo fundamento se encuentra en el numeral 28 constitucional, que establece como límite general a las libertades públicas la moral, el orden público y el daño a terceros, y en el artículo 46 párrafo último de la Constitución, que consagra el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, del medio ambiente, de la seguridad e intereses económicos, así como el derecho de recibir información adecuada y veraz, a elegir libremente y recibir un trato equitativo. Asimismo, es constitucionalmente legítima la restricción de la propaganda comercial, en atención a la protección de valores y principios también de primer orden, como la dignidad de las personas, y el bienestar de la familia y de los menores de edad, que gozan de reconocimiento expreso en varios instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento costarricense, a los que se hará referencia más adelante.

VII.- Los Estados se han preocupado por dictar normas protectoras de la dignidad de las personas en materia de medios de comunicación y de propaganda, porque a pesar de los avances logrados en las últimas décadas en el respeto a la dignidad de todos los seres humanos independientemente de su sexo, religión o raza, los medios masivos de comunicación, en general, tienden a reproducir el sistema de ideas y valores establecidos, entre los cuales se encuentran los roles o papeles tradicionalmente asignados a mujeres y hombres, en una sociedad que trata de superar la desigualdad social y la discriminación por razones de raza, sexo y etnias. Se produce la proyección constante de imágenes negativas y degradantes de la mujer en los medios de comunicación, entre otras cosas, utilizando su imagen como consumidora y objeto de venta en la publicidad comercial, lo cual distorsiona además el proceso de formación de los adultos del mañana, a los que les tocará conducir las riendas de la sociedad en un futuro cercano. Foros tan importantes como la plataforma de Beijing 94, han señalado que *"Hay que suprimir la proyección constante de imágenes degradantes de la mujer en los medios de comunicación, sean electrónicos, impresos, visuales o sonoros. Los medios impresos y electrónicos de la mayoría de los países no ofrecen una imagen equilibrada de los diversos estilos de vida de las mujeres y de su aportación a la sociedad en un mundo en evolución."* Las disposiciones adoptadas en los diversos organismos internacionales se inspiran en el principio cristiano de la dignidad esencial de todo ser humano, que informa todo el orden social, colocando los seres en un plano de igualdad, y repudiando toda discriminación irrazonable. Dicho principio está contemplado en el artículo 11 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que dispone:

"Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad"

la obligación de respetar ese derecho primario alcanza a quienes realizan propaganda comercial, quienes deben tener en cuenta la condición de sujetos de todos los seres humanos, sin utilizar abusivamente su imagen como medio para promover las ventas de un producto o servicio. La publicidad comercial tiende a utilizar la imagen de la mujer con el objeto de llamar la atención de los compradores o usuarios y promover las ventas del producto publicitado, y el ejercicio abusivo de esa técnica publicitaria contribuye a difundir patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, así como prejuicios que se basan en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualesquiera de los géneros, o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer, que legitiman o exacerban la violencia y constituyen prácticas discriminatorias contra ellas. El fenómeno ha sido considerado de tal importancia, que la "Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", en la que los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra ella, y que fuera aprobada por Ley N°6968 de dos de octubre de 1984. En su preámbulo, establece que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, es necesario modificar sus papeles tradicionales en la sociedad. Su artículo 2 obliga a los Estados partes a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer y el numeral 5 los compele a: *"modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres"*. En el mismo sentido, la "Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer", proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2263 de 7 de noviembre del 1967 establece en el artículo 3 que deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para educar a la opinión pública y orientar las aspiraciones nacionales hacia la eliminación de los prejuicios y la abolición de prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad de la mujer.

VIII.- Por su parte, la Ley de Control de Propaganda aquí cuestionada, establece la regulación y control preventivo de la propaganda que utilice la imagen de la mujer impudicamente para promover las ventas -la falta de pudor se refiere a la ausencia de un sentimiento de reserva hacia lo que tiene o puede tener relación con el sexo-. Así se prohíbe el recurrir en forma abusiva a la anatomía y sexualidad femeninas, y utilizarlas únicamente como imán de la atención de los destinatarios de la publicidad comercial. El legislador consideró que esa utilización, que hace parecer a la mujer un objeto, afecta sin duda su pudor, su dignidad y su papel dentro de la familia y la sociedad. La limitación a la publicidad comercial que incurra en abusos de esta naturaleza encuentra fundamento en la dignidad del ser humano y en el artículo 10 de la Convención ya citada, que obliga a los Estados Partes a adoptar medidas necesarias para asegurar la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza. Los medios de comunicación colectiva influyen decididamente en la opinión pública, especialmente en las personas en proceso de formación, como los menores

de edad, por lo que los mensajes que difundan influirán en la percepción que éstos tengan de la sociedad y de sus diferentes integrantes, por lo que el control establecido en la ley, que tiene por objeto evitar los abusos en la utilización de la imagen de un ser humano, es compatible con el Derecho de la Constitución.

IX.- Otro de los valores que se pretende proteger mediante el control preventivo establecido en la "Ley de Control de Propaganda" es el "pudor de la familia". La Ley somete a control y regulación la propaganda comercial que ofenda el pudor de la familia, es decir, que irrespete la concepción imperante en nuestra sociedad sobre lo adecuado, desde el punto de vista sexual, en relación con ella. La Constitución Política en su artículo 51 consagra que la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad, y como tal tiene derecho a la protección especial del Estado. Este Tribunal se ha referido a la importancia de la familia en la sociedad, indicando que *" es el vehículo ideal para lograr el desarrollo humano y la preparación de la vida en sociedad; es el marco en el cual le corresponde al individuo aprender –entre otras cosas-, a respetar los derechos y propiedades de los otros y es allí donde se forman los principios de cooperación y mutuo auxilio, base de la familia moderna, los que se trasladan de generación en generación dándonos la estabilidad social de la que gozamos."* (sentencia número 346-94 de las 15:42 horas del 18 de enero de 1994). Asimismo, el preámbulo de la "Convención sobre los Derechos del Niño" reconoce también que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, por lo que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Es así como la convención establece que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad:

"y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad."

Lo anterior obliga a procurar que los niños y adolescentes se desarrollen en un ambiente seguro, de manera que puedan crecer sanos de cuerpo y mente, por lo que la regulación de la propaganda comercial con el objeto de impedir que se difundan percepciones negativas que afecten el pudor de la familia, y obstaculicen la formación de los menores de edad de acuerdo con los valores recién citados, resultan también criterios razonables y constitucionalmente permitidos que legitiman el control preventivo que establece la Ley de Control de Propaganda.

X.- Por todas las anteriores consideraciones estima la mayoría de la Sala que la regulación preventiva establecida por el legislador ordinario para disciplinar el ejercicio del derecho a hacer publicidad comercial, tiene fundamento en la protección de principios o derechos similares reconocidos en la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por nuestro país. Asimismo, que las limitaciones son proporcionadas y razonables pues no impiden el ejercicio del derecho, y tienen por objeto evitar un peligro real contra la sociedad –ver sentencia 1944-95 de las 15:18 horas del 18 de abril de 1995-. En consecuencia no violan las normas impugnadas los numerales 7, 28 y 29 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Tampoco violan el artículo 40 constitucional -que prohíbe los tratamientos crueles o

degradantes, las penas perpetuas, y la pena de confiscación-, pues la atribución conferida al Ministerio de Gobernación para decomisar y destruir la propaganda comercial en caso de desobediencia a la orden de suspensión de la propaganda que no haya sido aprobada, o que no se ajuste a las estipulaciones reglamentarias, contemplada en el artículo 12 de la Ley de Control de Propaganda, pretende suministrar a la oficina encargada del control previo y fiscalización de la propaganda comercial una herramienta para evitar su difusión, si ofende los valores y derechos que se pretende proteger. Ello tiene plena justificación en razón del daño que la propaganda comercial puede causar, si se considera la amplia difusión que se le suele dar a este material en los medios de comunicación colectiva y que se dirige al público indiscriminadamente. Cabe señalar que las atribuciones dichas están establecidas en la Ley de Control de Propaganda y no en su reglamento, número 11235-G del 10 de octubre de 1970 por lo que tampoco se da una infracción del principio de reserva de ley, como alegan los accionantes. En suma, la medida resulta razonable y proporcionada y acorde con el orden constitucional.

XI.- Conclusión. Con fundamento en las argumentaciones anteriores, la Sala concluye que las normas impugnadas no son inconstitucionales, por lo que la acción debe ser declarada sin lugar. El Magistrado Piza salva el voto y declara con lugar la acción con sus consecuencias.

Por tanto:

Se declara sin lugar la acción.