

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Tesis de grado para optar el Título de Licenciada en Derecho**

**“Regulación de la Publicidad Comercial y su incidencia  
en la Violación a los Derechos Fundamentales”**

**Xiomara Luna Villegas**

**Ciudad Universitaria Rodrigo Facio**

**2002**

San José, 29 de noviembre del 2002

**Doctor**  
**Rafael González Ballar**  
**Decano**  
**FACULTAD DE DERECHO**

Estimado señor:

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del estudiante:

**XIOMARA LUNA VILLEGAS**

Titulado: **“REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”** que aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

**Presidente: DR. HUGO ALONSO MUÑOZ QUESADA**  
**Secretario: LIC. LUIS G. BONILLA H.**  
**Informante: DR. ROMÁN SOLÍS ZELAYA**  
**Miembro: DRA. NORA GARITA BONILLA**  
**Miembro: LICDA. ANA LORENA BRENES ESQUIVEL**

La fecha y hora para la **PRESENTACIÓN PÚBLICA** de este trabajo se fijó para el día **lunes 13 de enero del 2003**, a las **11 horas** (Sala de Juicios).

Atentamente,

  
**DR. DANIEL GADEA NIETO**  
**DIRECTOR**

Cc: archivo

SAN JOSE, 05 de noviembre del 2002.

Doctor

Daniel Gadea Nieto

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Quien suscribe, Doctor Román Solís Zelaya, por este medio, le informo que, Revisado el Trabajo Final de Graduación de la egresada **XIOMARA LUNA VILLEGAS**, portadora del carnet universitario 942000, titulado "**REGULACION DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**", éste es un tema de vanguardia en el Derecho Constitucional, que viene a coadyuvar en la protección y respeto de las personas y particularmente de la niñez.

Considero además, que la investigación llevada a cabo por Xiomara, ha cumplido a cabalidad con los fundamentales y requisitos necesarios exigidos para optar el Grado de Licenciatura en Derecho, por lo cual me es grato concederle la correspondiente aprobación.

Atentamente,

  
Dr. Román Solís Zelaya

San José, 14 de noviembre del 2002.

Doctor  
Daniel Gadea  
Area de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Habiendo revisado y analizado, el Trabajo final de graduación titulado “Regulación de la Publicidad Comercial y su incidencia en la Violación de los Derechos Fundamentales”, de la estudiante egresada Xiomara Luna Villegas, carnet 942000, para optar por el Título de Licenciada en Derecho, en mi condición de lectora; el mismo cumple con los requisitos necesarios en cuanto a la forma y el fondo.

De tal forma, que habiendo evaluado su contenido, le doy mi aprobación final

De usted respetuosamente,

  
f. Doctora Nora Garita

San José, 13 de noviembre del 2002

Licenciado  
Daniel Gadea González  
Director  
Area de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

He revisado, en mi calidad de lectora, el trabajo final de graduación para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la egresada Xiomara Luna Villegas, carné 942000, titulado *“Regulación de la publicidad comercial y su incidencia en la violación de derechos fundamentales”*.

Considero que éste cumple con los requisitos pertinentes, tanto de forma como de fondo, que ameritan darle mi aprobación. Se trata, además, de un estudio serio y sistemático del tema en estudio.

Queda de usted muy atentamente,



Ana Lorena Brenes Esquivel

Dando gracias al Creador por la fuerza, paciencia y sabiduría que me ha regalado cada día.

Con todo mi amor, a mi hijo, que ha sido mi fuerza y mi ilusión.

A mi madre y a mi familia, quienes han contribuido de forma especial para cumplir con esta meta.

**LUNA VILLEGAS, Xiomara. "REGULACION DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACION A DERECHOS FUNDAMENTALES".**

Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2002.-

**LISTA DE PALABRAS CLAVES:** Derecho Constitucional, Derechos Fundamentales, Publicidad Comercial, regulación legal de la Publicidad Comercial, Límites constitucionales a su ejercicio.

**RESUMEN DEL TRABAJO:** La Publicidad Comercial en Costa Rica, no goza de una regulación legal expresa, dejando ciertos derechos fundamentales de sectores que por su condición pueden ser vulnerados con su proyección, tales como la niñez, la adolescencia, la familia y los derechos de los consumidores. Estudios científicos evidencian la posibilidad de que la mente del ser humano pueda ser moldeada y manipulada con fines eminentemente comerciales tanto de anunciantes como agencias de publicidad, en niveles que se encuentran por debajo de la conciencia, representando esto un peligro verdadero contra presupuestos naturales que le garantizan al ser humano la posibilidad de desenvolverse en un ámbito de libertad. Realizando una aplicación de disposiciones constitucionales, normativa internacional y regulación legal de nuestro ordenamiento, así como, tomando en consideración los importantes criterios que sobre la materia ha esbozado la Sala Constitucional, resulta que existen criterios suficientes para afirmar la existencia de límites expresos a la Publicidad Comercial, en atención a la protección de derechos fundamentales que son violentados con ésta.

## INTRODUCCION

En la actualidad, nos encontramos sumergidos en un mundo flanqueado por el fenómeno de la globalización, con el cual se ha dado un rompimiento prácticamente absoluto de las fronteras entre países, no precisamente las fronteras territoriales, sino fronteras comunicacionales, ideológicas, culturales, sociales, económicas, etc.

Es debido a este rompimiento que constantemente somos abordados por una incalculable cantidad de información emanada de los distintos medios de comunicación, oral y escrita, entre ellas y la que ahora atañe, la Publicidad Comercial.

La publicidad comercial emanada de los distintos medios de comunicación, bombardea al ser humano de forma consciente e inconsciente, por medio de mecanismos o técnicas publicitarias subliminales, así como técnicas donde se explora el aparato psíquico del ser humano, para persuadir, educar, informar o deformar, al provocar curiosidad y despertar intereses sobre el producto o servicio que pretende publicitar, creando en ocasiones necesidades inexistentes.

Es de tal magnitud la importancia en la vida cotidiana de la publicidad, que forma opiniones, valores, seres humanos e incluso puede llegar a deformarlos, atentando esto contra derechos fundamentales protegidos tanto por la legislación interna de nuestro país, como por la normativa internacional acogida por nuestro ordenamiento jurídico y la cual es de acatamiento obligatorio.



Los Derechos Fundamentales han sido garantizados a todos los seres humanos por los distintos ordenamientos jurídicos, y respaldados por convenios y tratados internacionales. A los derechos humanos se les caracteriza por ser inmutables, universales y absolutos, acompañan al ser humano desde el nacimiento de su existencia misma, no nacen con el Estado mismo, sino que deben ser protegidos por éste.

Estos derechos tienen la necesidad de gozar de la protección jurídica por parte del Estado y por organismos internacionales destinados a esa finalidad, debido a la vulnerabilidad del ser humano frente al Estado mismo y frente a otros hombres, como serían las posibles violaciones a esos derechos fundamentales por parte de las empresas publicitarias que cumplen una función meramente económica y comercial. Función que en ocasiones se realiza sin importar las consecuencias en otros seres humanos, vulnerables ante la proyección de la publicidad comercial.

Un ejemplo de ello, sería el caso de los niños, quienes tienen un derecho fundamental a crecer en un ambiente sano (este término no solamente se refiere a salud física, sino también a una salud mental, emocional, etc.). Ambiente sano que en muchas ocasiones se ve influenciado por la constante violencia que se transmite en los medios, por publicidad con gran contenido sexual, que puede ocasionar confusiones en mentes que se encuentran en un importante proceso de formación educacional, mental, social, fisiológica, etc. En igual forma, por aquella publicidad que insta de forma indirecta a la niñez y en la adolescencia, el terrible hábito de consumo de licor y cigarrillos, procurando mostrarlo como un hábito que traerá gratificaciones tales como status social, amistad, satisfacciones.

Los estudiosos en el campo psicológico, han determinado que las experiencias sociales de los primeros años en la vida del ser humano son fundamentales en la conformación básica de las estructuras subjetivas del individuo. Es en estos períodos donde se estructuran sus esquemas de conocimiento y un marco valorativo de referencia, por medio del cual se selecciona, evalúa, y procesa cualquier información recibida, al configurar lo que va a ser aceptado como real en su vida.

De igual forma existen otros sectores que pueden verse vulnerados con la publicidad tal como la familia como núcleo importante, la mujer como parte integrante de la familia y la sociedad misma, así como los consumidores a quienes se les han considerado, en los últimos tiempos, sus derechos como derechos fundamentales.

La constante inquietud que genera este tema, radica en la importancia que tienen los medios de comunicación masiva para el ser humano en general; esto por cuanto forma identidades y valores inherentes a cada individuo.

Estudios importantes llaman la atención sobre los mecanismos publicitarios con técnicas subliminales donde se explora el cerebro humano con fines eminentemente comerciales. Invaden la intimidad de la persona, el pensamiento inconsciente, considerado por algunos como un derecho humano fundamental e inherente a la condición de ser humano.

Dichas técnicas subliminales explotan de manera cruel los deseos, necesidades, miedos, y ansiedades de forma que se puede denominar incontrolable dentro de cada uno, obstruyendo el pensamiento y manipulando

nuestra voluntad hacia los fines por ellos perseguidos. En el caso de la publicidad, dichos fines van dirigidos a que el individuo consuma los bienes y servicios por ellos publicitados, procurando crear en el receptor de la publicidad metas materialistas, ya sea mostrando visiones de lujo o metas que al individuo le resultan inalcanzables. Más sin embargo, esta manipulación de la voluntad por términos de consumo, es un recuerdo constante de lo que falta, estimula impulsos de logros que probablemente sean coartados, puede ocasionar en un país subdesarrollado, en el cual la economía de la sociedad en general alcanza primordialmente para la subsistencia, grandes frustraciones en el individuo, sentimiento que según estudios realizados por especialistas, puede desembocar en distintos tipos de violencia dependiendo de las circunstancias propias del individuo (sociales, económicas, demográficas, étnicas, etc.)

Es en razón de los argumentos esgrimidos, que se hace necesario el estudio de la regulación de la publicidad comercial, así como de las implicaciones que la publicidad tiene en el campo jurídico, justificando y encontrando sustento legal de sobra para establecer limitaciones a la actividad publicitaria, con el fin de resguardar y proteger esos valores y principios inherentes al ser humano, tomando en consideración el importante criterio que ha venido desarrollando la Sala Constitucional sobre el tema en cuestión.

Por otra parte se analiza si la Publicidad como tal debe ser consagrada dentro de la Libertad de Expresión, o si por ende, debe considerársele como Libertad de Comercio, tomando en cuenta los elementos y características particulares de la publicidad.

Por último se extrae del desarrollo del trabajo de investigación, las justificaciones que hacen más que necesaria la protección de los sectores vulnerables a quienes se dirige la publicidad, y sobre los cuales recaen los principales efectos.

Es de suma importancia hacer ver que el desarrollo de la técnicas publicitarias, tanto las que utilizan mecanismos subliminales en sus mensajes como aquella que explota otros mecanismos del ser humano, son bastas y complejas, así que lejos de pretender agotar este tema solamente se consideran de forma general, con la finalidad de abrir las mentes de los lectores sobre lo peligrosa que puede ser la publicidad mal utilizada.

Sobre este orden de ideas se propone como **objetivo general** para la presente investigación:

*Analizar la regulación legal de la Publicidad Comercial y la justificación a las limitaciones a la Publicidad Comercial, para evitar violaciones a los Derechos Fundamentales en los siguientes ámbitos: la niñez, la adolescencia y la familia (bases de la sociedad), y a los consumidores, que se presentan en la proyección de la Publicidad Comercial, tanto a nivel nacional como internacional.*

Los **objetivos específicos** propuestos para la presente investigación, se enumeran los siguientes:

1. Determinar algunos aspectos, herramientas y técnicas subliminales que utiliza la propaganda comercial y/o publicidad para persuadir al público y convertirlo en consumidor.

2. Indicar los posibles efectos jurídicos, psicológicos, sociológicos, que puede ocasionar en el ser humano el uso de técnicas subliminales en la publicidad.
3. Determinar cuáles valores promueve la publicidad comercial con el fin de contribuir con un mejor desarrollo de la familia como núcleo esencial de la sociedad, la niñez y la adolescencia.
4. Analizar en el derecho comparado y en el caso de nuestro país (legislación, doctrina y jurisprudencia), cómo es abordada y regulada la Publicidad Comercial, cómo parte de la Libertad de expresión e información; ó bien como parte de la Libertad Comercial.
5. Señalar la protección que tienen los derechos fundamentales en relación con la publicidad comercial al integrar la diferente normativa que existe sobre la materia a nivel internacional y nacional.
6. Analizar los límites establecidos en el ordenamiento jurídico costarricense a la publicidad comercial, como protección a los derechos humanos.
7. Realizar una búsqueda de casos concretos de publicidad que violente derechos humanos, con el fin de determinar cómo dichas técnicas publicitarias pueden dañar a la familia, la niñez y la adolescencia.
8. Precisar la prevalencia que existe para el derecho internacional y para la Ley 5811, entre las posibles lesiones que pueda producir la publicidad comercial.

La investigación se dividió en dos Títulos, el primero de ellos es el marco de referencia tanto teórico como científico, que proporciona los parámetros sobre la Publicidad. Este Título se divide a su vez, en dos Capítulos, el primero se refiere a el Fenómeno Publicitario, con una Primera Sección donde se establecen las

precisiones sobre la Publicidad, su definición y consideración doctrinaria, así como una breve reseña histórica sobre la evolución de la publicidad. La Sección Segunda, expone brevemente los distintos alcances que tiene la publicidad en la vida diaria. En el Capítulo Segundo se analizan las distintas técnicas publicitarias, en la Sección primera se hace el desarrollo detallado de las mismas; en la Sección segunda se hace el desarrollo de la utilización de técnicas subliminales por parte de la publicidad, las teorías científicas aplicables, y su implicación y relación con el sexo, el licor, tabaco, niñez, la mujer, así como su influencia en los procesos de socialización del individuo.

Por su parte, el Título Segundo trata sobre los aspectos jurídicos de la publicidad. El Capítulo Primero, desarrolla el acto de publicidad; determinándose en la Sección primera los aspectos generales del acto de publicidad, sus elementos característicos, los sujetos que intervienen y los principios a los cuales debe atender. En la Sección segunda se analiza los fundamentos jurídicos de la protección a la publicidad como libertad de expresión ó libertad de comercio, tanto en el ordenamiento costarricense como en el derecho comparado. El Capítulo Segundo hace un desarrollo de los límites de la Publicidad Comercial como respeto a los derechos humanos, estudiándose en su sección primera las consideraciones generales sobre los límites a derechos fundamentales; y en la Sección Segunda los límites establecidos en la Constitución Política a la Publicidad Comercial, con el objetivo primordial de respetar los derechos humanos que se ven influenciados con su proyección.

La Metodología empleada en este trabajo consiste en utilizar el Método de investigación inductivo, para que, por medio del análisis de las distintas fuentes empleadas a lo largo de la investigación y puesta en práctica del Plan de Trabajo, atendiendo a los objetivos propuestos, pueda arribar a conclusiones y recomendaciones para enmendar los posibles daños que el uso indiscriminado de la publicidad comercial, carente de controles legales, causa en los ámbitos escogidos, a saber: la niñez, la adolescencia y la familia en general, ejes angulares sobre los cuales se basa el concepto de sociedad, e igualmente, la protección de que gozan los derechos de los consumidores. Así mismo, se utiliza el análisis comparativo, al tener como punto de referencia, las regulaciones existentes en otras legislaciones, principalmente la española, sobre la actividad publicitaria.

Como **HIPOTESIS** del presente trabajo me planteo lo siguiente: La Publicidad Comercial, así como mensajes con un alto contenido de violencia y sexualidad, como supuesto, violenta derechos humanos en la niñez, la adolescencia y la familia, que al entrar en el inconsciente del ser humano pueden llegar a violentar su voluntad consciente y por la tanto violar derechos inherentes a su condición.

## TITULO PRIMERO

### ASPECTOS GENERALES DE LA PUBLICIDAD

En este Título Primero se explican los fundamentos científicos y teóricos de la actividad publicitaria, el análisis de estos fundamentos servirá para determinar posteriormente las implicaciones en el ámbito jurídico, tanto de la publicidad en sentido general, como aquella publicidad que recurre a la utilización de estímulos subliminales.

Se dividió este Título en dos Capítulos, el primero de ellos destinado a determinar aspectos generales de la publicidad, su concepto, una reseña histórica, así como la importancia de los alcances en la vida diaria. En el Segundo Capítulo expondré las técnicas utilizadas en la publicidad con el objetivo de estimular al individuo, asimismo se desarrollan las teorías psicológicas sobre como funciona la publicidad en la mente del ser humano, sus efectos, estudios realizados sobre la aplicación de estas teorías en el ser humano. También la relación de la publicidad con el sexo, el licor y el tabaco, el papel que juega frente a la niñez, adolescencia y la mujer; finalmente como interviene en los procesos de socialización del individuo como miembro integral de la sociedad.



## **CAPITULO PRIMERO. FENOMENO PUBLICITARIO**

En este Capítulo, se desarrollarán los temas generales acerca de la actividad publicitaria, las distintas concepciones y consideraciones que giran alrededor de la publicidad, una breve reseña histórica, así como su importancia en distintos ámbitos de la vida diaria, tanto social, económico y jurídico.

### **SECCIÓN I. PRECISIONES SOBRE LA PUBLICIDAD**

En esta Sección, se hará una referencia sobre las distintas definiciones o conceptos acerca del término Publicidad, asimismo, una breve reseña histórica de la evolución que ha tenido este fenómeno dentro de la historia de la humanidad. Asimismo, pretendo señalar los alcances sociales, económicos, jurídicos, entre otros, de la publicidad dentro de la sociedad.

#### **A. Concepto de Publicidad**

Sobre el concepto de Publicidad, resultan ser innumerables las definiciones aportadas por distintos autores, dependiendo del punto de vista enfocado, y la disciplina de estudio. Por lo cual, se hace necesaria la mención

de las definiciones más significativas y con mayor aporte para este trabajo de investigación.

Publicar viene del latín “publicare”, que significa exponer en plaza pública. Se utiliza para denotar cuando algo es expuesto a una determinada cantidad de personas, es dar a la luz pública, a la gente una información sobre algo.

Se dan definiciones simples como aquella que señala la Publicidad como un proceso de “dar a conocer”<sup>1</sup>, agregando, alguna cosa, objeto, bien o servicio.

La Ley General de Publicidad de España, No. 34/1988 de 11 de noviembre<sup>2</sup>, define la Publicidad como:

“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, publica o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

José Luis García, hace una crítica a dicho concepto en los siguientes términos:

“El elemento informativo es ignorado, y se sustituye por la comunicación en general. El resultado es un concepto más amplio, que comprende no sólo

---

<sup>1</sup> GILL (Leslie E.), Publicidad y Psicología, Buenos Aires, Editorial Psique, 1980, p. 11.

<sup>2</sup> Ley General de la Publicidad, España, No.34 de 11 de noviembre de 1988, [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/adminis/ley34\\_88/ley34\\_88\\_t4.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/adminis/ley34_88/ley34_88_t4.htm)

mensajes escritos y orales, sino imágenes y sonidos; en otro sentido, más reducido, pues se mantiene el elemento persuasivo (promover), aunque con menos nitidez de lo deseable, y se suprime la información. Con ello se ignora la realidad, se dificulta que la información limite la dosis de persuasividad de los mensajes publicitarios, y la fijación de reglas que impongan unos contenidos mínimos informativos<sup>3</sup>.

Existe acuerdo en la doctrina mercantil y el marketing, en que las comunicaciones publicitarias contienen como elemento principal la persuasión, y otro elemento informativo. De ahí, la crítica que García Guerrero, haga al concepto de la Ley General de Publicidad donde se deja fuera dicho elemento informativo y se sustituye por la comunicación en general.

José María De la Cuesta Rute, da una definición de lo que debe considerarse correctamente como publicidad:

"Toda forma de comunicación remunerada, informativa y/o persuasiva, realizada por cualquier persona con objeto de favorecer directa o indirectamente su actividad comercial, industrial, artesanal, o profesional"<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> GARCIA GUERRERO (José Luis), Publicidad como una vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, No.50, mayo – agosto, 1997, pp.86-87

<sup>4</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Régimen Jurídico de la Publicidad, Madrid, Editorial TECNOS, 1974, p.87.

Debe quedar claro, que el ámbito material dentro del cual se desenvuelve la actividad publicitaria, se encuentra compuesto por actividades comerciales, industriales, artesanales o profesionales; lo cual viene a centrar dicha actividad en el ámbito económico mercantil.

En un mismo sentido, De la Cuesta Rute, define la Publicidad como “el conjunto de medios destinados a informar al público y convencerlo de la necesidad de adquirir un bien o servicio”<sup>5</sup>.

Como podemos observar, lo que se pretende resaltar en estas definiciones, es la promoción y fomento en los consumidores por la adquisición y contratación de determinados bienes y servicios, ofrecidos por un anunciante a través de la actividad publicitaria, considerando la información como elemento principal, al punto que como se verá posteriormente, la publicación de información falsa sobre determinado bien o servicio acarrea responsabilidades para el anunciante.

Sin embargo, existen otras definiciones de Publicidad que nos dejan ver como punto de referencia la persuasión que se hace de las personas. Entre estos autores se encuentra Seyfert, quien señala la Publicidad como “la forma de influir que pretende sugerir la aceptación, el cumplimiento, la divulgación del fin ofrecido en ella misma”. En igual sentido, para Glasser consiste en “la

---

<sup>5</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op.Cit., p. 52.

utilización de medios de comunicación de masa para informar, persuadir y facilitar la venta”<sup>6</sup>.

Por su parte, el jurista argentino Jorge Mosset, indica que la publicidad es el medio por el cual se procura mostrar el producto o el servicio de una manera persuasiva, poniendo de resalto sus ventajas y virtudes<sup>7</sup>. Sin embargo, la Publicidad descriptiva que resalta las cualidades y ventajas de un producto o servicio, es solamente una técnica aplicada por la Publicidad pero no abarca toda la generalidad de mensajes comerciales.

Sobre el tema de la persuasión, Jonh W. Crawford, señala que “la publicidad es el arte de persuadir a las personas para que realicen con frecuencia y en gran número algo que se quiere que hagan”<sup>8</sup>.

De estas definiciones, se puede concluir que la Publicidad es un medio por el cual un sujeto (empresa, anunciante) pretende que otros (masa a la cual va dirigida), desplieguen una actitud (contratación de bienes y servicios) para obtener un fin determinado (fin de lucro).

---

<sup>6</sup> DURAN (C.), Los medios publicitarios, Barcelona 1986, pp. 5-6, citado por DIEZ DE CASTRO (Enrique Carlos), MARTIN ARMARIO (Enrique), Planificación Publicitaria, Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1993, p. 21.

<sup>7</sup> MOSSET ITURRASPE (Jorge), LORENZETTI (Ricardo Luis), Defensa del Consumidor, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, p. 78.

<sup>8</sup> CRAWFORD (John W.), Publicidad, Mexico, Unión Tipográfica Editorial, Primera Edición, 1972, p.4, citado por JACOB ALDI (Antonio), Publicidad Subliminal: Necesidad de una Regulación, San José, Tesis para optar el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998, p. 2.

Resulta importante, señalar la noción sobre Publicidad que se extrae de una sentencia de la Sala Constitucional:

**“La propaganda es la publicidad desarrollada para propagar o difundir un producto, servicio, una materia, un espectáculo, etc.;** consisten 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”<sup>9</sup>. (El resaltado no es original).

Como se aprecia, la Sala hace una distinción entre Propaganda y Publicidad, y en cierto momento llegan a confundirse, razón por la cual es importante aclarar este punto, con base en distinciones que ha hecho la doctrina al respecto, toda vez que la mayor de las veces estos términos son utilizados como sinónimos.

Ambas, Publicidad y Propaganda, resultan ser formas de llamar la atención, difundir conceptos, persuadir al público, más sin embargo, el campo de acción de cada una de ellas es, en esencia distinto.

---

<sup>9</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No. 8196 de 15H. 08 de 13 de setiembre de 2001. Acción de inconstitucionalidad contra Ley 5811.

Zavala Rodríguez<sup>10</sup>, hace referencia al tema, mencionando las diferencias básicas, así:

- a. Publicidad debe perseguir siempre un fin comercial. La Propaganda en cambio, se reserva a terrenos como el político, económico, electoral, social, religioso, etc.
- b. Publicidad es un término reservado a fines mercantiles, en cambio, la propaganda es una publicidad aplicada a un fin noble, elevado, desinteresado, difusión de ideas.
- c. La Publicidad es una propaganda para intereses privados, y la propaganda una publicidad para intereses generales.

El Diccionario de la Real Academia Española, conceptúa la propaganda como "acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o consumidores"<sup>11</sup>. En esta definición se encuentra un elemento informativo "acción o efecto de dar a conocer una cosa"; se presenta también el elemento persuasivo (atraer), con dos finalidades: la atracción de adeptos (estos pueden ser dentro de distintos ámbitos, político, religioso, filosófico, etc.), o compradores (necesariamente es dentro de un ámbito comercial).

---

<sup>10</sup> En este sentido ver, ZAVALA RODRIGUEZ (Carlos Juan), Publicidad Comercial: su régimen legal, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1947, p. 3, DE LA CUESTA RUTE (José María), Op.Cit., p. 42.

<sup>11</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima edición, 1984, citado por GARCIA GUERRERO (José Luis), Op.Cit., p. 85.

La diferencia entre propaganda y publicidad, por ende, se encuentra determinada por el ámbito dentro del cual actúan y por la finalidad que cada una de ellas persigue.

Como base para el presente tema de investigación sin dejar de lado las anteriores citadas se considera la Publicidad como:

**"el arte de ejercer una acción psicológica sobre el público con fines comerciales y se vale de las motivaciones para crear nuevas necesidades en el consumidor"<sup>12</sup>.**

## **B. Reseña Histórica de la Publicidad**

**"La publicidad como se conoce hoy día, es de vida reciente, sin embargo sus orígenes se adentran en los anales de la historia del hombre mismo"<sup>13</sup>.**

El origen de la publicidad, se remonta al momento en el cual se hizo necesario para el hombre el intercambio de sus mercancías, de los productos cultivados por aquellos otros hombres que no realizaban esta labor, razón por

---

<sup>12</sup> DELGADO CASTILLO (Jorge), Seducción Subliminal en los mensajes publicitarios, San José, Memoria del Seminario Figuras en el Hielo, Ministerio de Gobernación, 1999, p. 27.

<sup>13</sup> LAO LARGAESPADA (Jorge), Publicidad y Promoción, San José, Editorial EUNED, Primera Edición, 1982, p. 22.



la cual fue necesario hacer inventos, crear formas para atraer la demanda de sus artículos y llamar la atención de los posibles compradores.

El método utilizado era básicamente el lenguaje (la comunicación oral), la utilización de algún tipo de símbolo escrito y la exhibición de los productos. Estos recursos contribuían al intercambio de mercancías o su venta.

Reseñaremos el desarrollo de la publicidad, tomando en consideración tres elementos: la comunicación oral, los símbolos utilizados, y por último, la comunicación escrita<sup>14</sup>.

### **B.1. Comunicación oral**

En Grecia, el grito como forma de comunicación, tuvo gran importancia, era utilizado por comerciantes nómadas, de este modo, su presencia era más que manifiesta, pregonando sus productos haciendo acompañar su voz, con algún instrumento de viento o percusión. La comunicación oral, tuvo su máximo éxito en la Edad Media, debido a los altos índices de analfabetismo, existentes en ese momento, el lenguaje se convierte en la única forma de contacto entre el poder, la Iglesia y el pueblo. Los comerciantes pregonaban sus productos en las ferias y mercados.

---

<sup>14</sup> En este sentido ver, SANCHEZ GUZMAN (José Ramón), Breve Historia de la Publicidad, Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1976. LAO LARGAESPADA (Jorge), Op.Cit., pp. 22-26.

Los pregoneros eran funcionarios al servicio del poder, quienes acallaban a las muchedumbres, pero en ocasiones, realizaban labores para los comerciantes, con el fin de publicitar sus productos.

## **B.2. Comunicación por medio de símbolos**

En cuanto a la utilización de símbolos para el comercio, en Grecia, existían los “establecimientos”, como lugares destinados para el comercio o bien para el esparcimiento, razón por la cual se utilizaba “el emblema o enseña”, para identificar su ubicación y destino.

En Roma, los emblemas se utilizaron como representación simbólica de un producto (ejemplo, una cabra para indicar una lechería), representación simbólica para indicar el destino comercial de un local (ejemplo, un molino para una panadería, o un ánfora para indicar la venta de aceite), o bien eran utilizados por la mitología, como la utilización de la corona de hiedra del dios Baco para representar la existencia de una taberna.

## **B.3. Comunicación escrita**

La comunicación escrita, fue utilizada en Grecia primeramente, por medio del “cartel”. Así, se tiene como el primer anuncio publicitario el papiro de Tebas donde se proclama la huida de un esclavo, su texto dice así:

"Habiendo huido el esclavo Shem de su patrono Hapu, el tejedor, éste invita a todos los buenos ciudadanos de Tebas a encontrarle. Es un hitita, de cinco pies de alto, de robusta complexión y ojos castaños. Se ofrece media pieza de oro a quien de información acerca de su paradero. A quien lo devuelva a la tienda de Hapu, **el tejedor, donde se tejen las más bellas telas al gusto de cada uno**, se le entregará una pieza entera de oro".(El resaltado no es original)

En Roma, por su parte, se encuentran aportes a la publicidad escrita, en dos medios:

- Los "álbum", que eran superficies blanqueadas con cal donde se escribía en rojo y negro los comunicados necesarios para información o cumplimiento del pueblo. Si bien eran utilizados por el poder, también en ocasiones se hacía publicidad de eventos como: espectáculos de circo, ventas de esclavos, etc.
- El "libellus", era un cartel escrito en pergamino que se colgaba de las paredes. Cuando se hacían anuncios sobre algún espectáculo, se incluían dibujos o figuras que asociaran el evento. Éste se puede considerar el precursor del affiche.

En la Edad Media, como se mencionó anteriormente, los niveles de analfabetismo eran tan altos, que la escritura era un privilegio del cual gozaban únicamente la Iglesia y los poderosos.

Así en el Siglo XV, año 1497, con la creación de la imprenta de Gutenberg, se da paso a una de las etapas más importantes en la historia de la publicidad, porque va a permitir la producción masiva de textos y carteles<sup>15</sup>. El peligro evidente que significaba para la Iglesia, hace que ésta rápidamente tome el control de la imprenta.

La publicidad, tal y como se conoce actualmente, surge con la revolución industrial, con el auge del capitalismo y la producción en masa de bienes. Por una lado, viene a nacer la imperiosa necesidad de los medios de producción de publicitar sus productos, y por otro lado, las necesidades de libre expresión de los medios de comunicación, lo cual da como resultado la simbiosis perfecta de la publicidad como elemento financiador de la prensa.

Con el descubrimiento de la litografía, se hace posible la utilización de colores, como producto de ello, se crean carteles importantes que aún en la actualidad son reproducidos, como por ejemplo, La Goule en el Moulin Rouge du France.

En el año 1841, Volney Palmer, estableció en Filadelfia, una oficina destinada a gestionar publicidad para ciertos periódicos, luego se establecen sucursales en Boston, New York, y Baltimore. Posteriormente, surgen nuevas

---

<sup>15</sup> El primer cartel impreso, por medio de una imprenta es el anuncio "El gran persón de Notre Dame de París", cerca del año 1482. El primer periódico semanal dirigido a anuncios es del año 1657 y se llamó Public Adviser, en este país se crea uno de los primeros periódicos de opinión como lo fue el Spectator (1711). Todas las publicaciones en estas épocas tenían un fuerte control estatal.

oficinas con el mismo destino. De ahí nace la Agencia de Publicidad como existe actualmente.

En el período comprendido entre la segunda década del siglo XX y el fin de la Segunda Guerra Mundial, se da el auge del marketing y la publicidad comercial.

"Después de esos años, pasando por los ochenta, y hasta nuestros días, poco a poco, con el desarrollo de las modernas tecnologías comunicativas y de la informática, la publicidad entra en una época de cambio y logra un desarrollo que rompe las barreras de la imaginación, convirtiéndose en un fenómeno social que, de una u otra manera, afecta a todas las personas"<sup>16</sup>.

## **SECCION II. ALCANCES DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA**

La importancia que goza la publicidad en la actualidad, como elemento que forma parte integrante del quehacer diario de la humanidad, ha llegado al punto de tener un acceso directo a partes íntimas de nuestra vida personal, familiar, social, etc.

La publicidad es dirigida a un determinado público, con el único y específico propósito de promover la adquisición de bienes y servicios,

---

<sup>16</sup> JACOB ALDI (Antonio), Op.Cit., p. 6.

tomando en cuenta el ámbito material dentro del cual se desenvuelve su actividad, y su finalidad.

“... la importancia de la publicidad estriba en su función impulsadora de las ventas, en su forma de comunicar un mensaje a un determinado grupo y la persuasión que logra al hacerlo”<sup>17</sup>.

Para la realización de esta actividad, se hace necesario recurrir a agencias de publicidad dedicadas a la realización de anuncios comerciales, así como a los diferentes medios de comunicación, principalmente, la televisión, radio, prensa escrita, debido a que su grado de especialización representa para el anunciante una garantía de éxito.

Dichos anuncios como bienes inmateriales surgidos de la actividad profesional intelectual, están destinados a un público general, quien como destinatario de éstos, se encuentra expuesto constantemente a su fuerte influencia persuasiva, lo cual deviene en consecuencias que por su naturaleza influyen en la vida diaria del ser humano.

Debido a esto, se han considerado los alcances de la publicidad comercial en el campo social, económico, y jurídico.

---

<sup>17</sup> LAO LARGAESPADA (Jorge), Op.Cit., p. 26.

### A. Alcances Sociales y Económicos:

La importancia social de la publicidad deviene de la propia naturaleza a quien va dirigida, sea una masa abstracta de individuos que componen el grupo de consumidores.

Si tomamos en consideración la utilización necesaria por parte del anunciante – empresa, de los medios de comunicación masiva, como anteriormente se mencionó, resulta inminente la referencia al campo social. No obstante, el aspecto social tiene una relación sumamente estrecha con los alcances económicos de la actividad publicitaria.

Durkheim nos indica que la publicidad como tal, puede enmarcarse dentro del concepto de hecho social, como: “Toda manera de hacer, fijada o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior”<sup>18</sup>.

Existen diversas posiciones sobre la importancia social que tiene la actividad publicitaria, detractores y defensores. Entre sus defensores, podemos encontrar quienes afirman de una forma muy optimista que “la Publicidad no produce efecto nocivo en el consumidor y por ende en la sociedad”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> DURKHEIM (Emilio), Las Reglas del Método Sociológico, Buenos Aires, Editorial DEDALO, Primera Edición, 1959, p. 40, citado por VELASCO ABREGO (René), El Acto Publicitario como Defensa del Consumidor, San José, Tesis para optar el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica p. 9.

<sup>19</sup> LAO LARGAESPADA (Jorge), Op. Cit., p. 19.

Desde un punto sociológico, encontramos defensores de la actividad publicitaria, como Leslie Gill, quien nos argumenta lo siguiente:

“Es un hecho irrefutable que el resultado acumulativo de toda esa literatura persuasiva e informativa es un acicate que despierta en el público el “deseo” de poseer más y mejores cosas para sí, sus familiares y hogares.

Por lo tanto, existe una tendencia en el promedio de los ciudadanos honestos a intensificar sus actividades de trabajo con el propósito de obtener esas cosas que tan ardientemente desean. El hecho de esa intensificación del trabajo es muy beneficioso para la nación, dado que, mientras más consagración se aplica a una tarea, más se acrecienta la productividad de la industria”<sup>20</sup>.

Con estas afirmaciones queda establecido como aspecto positivo de importancia el desencadenamiento de los procesos productivos, como consecuencia del aumento en la demanda de bienes y servicios, lo cual provoca un “beneficio social” para el país y la sociedad misma, toda vez que, no solamente crea fuentes de empleo para gran cantidad de individuos, procurando un beneficio económico, sino además procura ingresos económicos para el propio Estado, ya que los productores, distribuidores obtienen ingresos, de los cuales una parte se transforma en impuestos al fisco.

---

<sup>20</sup> GILL (Leslie), Op. Cit., p.13.



Sin embargo, como efecto colateral se señala sobre la producción de bienes en masa, toda la problemática ambiental de deterioro del planeta, debido a la contaminación, los desechos químicos e industriales, la destrucción de capa de ozono, todo ellos relacionado estrechamente con ese "beneficio social" resultado del desencadenamiento de la producción en masa.

Por otra parte, se encuentran detractores a ultranza de la Publicidad, quienes como Arnold Toynbee, nos señalan:

"La mecanización de la producción industrial ha llamado a existir a la industria de la publicidad comercial a causa del enorme costo de las plantas mecanizadas. La inversión inicial no puede dar beneficios a menos que la línea de producción se mantenga en movimiento, sin interrupción, a la máxima velocidad practicable. La producción intenta vencer a la demanda y este desafío se equipara mediante la inducción a comprar en exceso más allá de las inclinaciones naturales del comprador a adquirir. El deseo de adquirir deber ser pues, estimulado artificialmente mediante el recurso del pavo real. La triste realidad entonces debe ser disimulada tras una imagen seductora y si una imagen de tristeza debe ser seductora, tiene por fuerza que ser mentirosa"<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> MELNIK (Luis), Juicio a la Publicidad, Buenos Aires, sin fecha, pp. 30-31. Sobre la mención al efecto pavo real, el autor señala a manera de ilustración como "un pavo real despliega su gran cola, está tratando de inducir a creer o imaginar que él es un animal más grande y fino que lo que realmente es".

"... la presión ejercida por la publicidad dotando a los productos de atractivos maravillosos, han hecho de nosotros seres materialistas, sólo preocupados por adquirir"<sup>22</sup>.

Sea cual fuere, la posición que se adopte en relación con la Publicidad, es lo cierto, que nos encontramos inmersos dentro de ella, y asimismo, resultan innegables las implicaciones de ésta dentro de la sociedad, sean de orden ético, moral, psicológico, educativo, cultural, etc., razón por la cual se ha hecho necesaria su reglamentación.

#### **B. Aspectos Jurídicos:**

De la actividad publicitaria se derivan derechos y obligaciones al establecerse una relación entre los anunciantes (empresa) y los consumidores de estos bienes y servicios.

La Constitución Política en su artículo 46 establece los deberes que tienen los anunciantes – comerciantes, a fin de no causar un daño al consumidor, en relativo a la información que se brinda por medio de la publicidad comercial.

Existe en nuestro ordenamiento jurídico gran cantidad de normativa que regula las funciones propias de la actividad publicitaria en distintos ámbitos, como lo son las regulaciones sobre publicidad de cigarrillos, bebidas

---

<sup>22</sup> MELNIK (Luis), Op.Cit., p. 27.

alcohólicas, cosméticos, etc. Asimismo, resultan importantes las regulaciones sobre competencia desleal, en nuestro ordenamiento jurídico.

También existen relaciones jurídicas, entre los anunciantes y las agencias de publicidad quienes son las encargadas de realizar los anuncios publicitarios para ellos, como las obligaciones y responsabilidades derivadas de los contratos de servicios entre ambos. Estas agencias, también resultan ser los intermediarios entre las agencias de publicidad y los distintos medios de comunicación masiva, por medio de los cuales se publicitan los mensajes, de donde se derivan otro tipo de relaciones trascendentes en el ámbito jurídico.

Los aspectos relativos a las regulaciones sobre la actividad publicitaria, y sus implicaciones jurídicas sobre los individuos, serán retomadas posteriormente en el Capítulo Segundo de este trabajo, donde se evidenciará la vulnerabilidad de los individuos al recibir constantemente el torrente de información publicitaria.

## **CAPITULO SEGUNDO. TECNICAS UTILIZADAS EN LA PUBLICIDAD**

En el presente Capítulo, serán desarrolladas las diferentes técnicas de las cuales hace uso la publicidad, con el objetivo de estimular el ser humano para que actúe de acuerdo a intereses particulares; para esto se tomará en consideración la evolución tecnológica de la actividad publicitaria.

Del mismo modo, se expondrán detalladamente las distintas concepciones acerca de la persuasión subliminal, la forma en como actúa en el ser humano, estudios realizados sobre la aplicación de dichas técnicas, la regulación normativa de la publicidad subliminal en algunos ordenamientos jurídicos, así como, las críticas sobre la aplicación de estos métodos.

### **SECCION I. TECNICAS PUBLICITARIAS**

Las técnicas que hoy día se utilizan en la actividad publicitaria, no son las mismas empleadas en sus inicios, han sufrido cambios en la forma como se logra influenciar, persuadir o manipular al ser humano, para el logro de los fines específicos a los cuales va dirigido el mensaje publicitario, sea de una forma más o menos fuerte sobre el receptor o posible consumidor. Estas técnicas en la actualidad conllevan aparejados una serie de estudios sobre la estructura de la mente desde un punto de vista psíquico, el comportamiento humano, su necesidades, motivaciones, mecanismos de defensa, hábitos de

consumo, razón por la cual la industria publicitaria ha visto la necesidad de profundizar en estos aspectos, para lograr eliminar cualquier barrera existente entre el mensaje emitido y el receptor para que llegue de forma directa y nítida.

#### **A. Publicidad informativa o persuasiva<sup>23</sup>**

La publicidad informativa corresponde al período ubicado en el siglo XIX, donde no se encuentra una actividad publicitaria en un sentido técnico. Los anunciantes y/o publicistas, recurrían para el logro de sus objetivos a la experiencia, a la intuición o al propio ingenio proporcionado por el quehacer diario.

El consumidor era considerado como un ser razonable y consciente, de ahí que los mensajes publicitarios apelaran a la razón, al buen sentido sin dejar de lado su inteligencia. Los mensajes publicitarios, eran en esencia informativos, destacaban las cualidades y calidades esenciales del producto desde un punto de vista estrictamente objetivo.

El punto esencial de la publicidad, era encontrar una necesidad existente en el ser humano, resaltar esa necesidad y convencer al posible consumidor

---

<sup>23</sup> Para el análisis del presente apartado utilizaremos como referencia: DIEZ CASTRO (Enrique Carlos) MATIN ARMARIO (Enrique), Op.Cit.; JABOB ALDI (Antonio), Op.Cit.; SANCHEZ GUZMAN (José Ramón), Op.Cit.

de que el producto publicitado, era el más apto para satisfacerla. Como parte de la función realizada por el anunciante, se proporcionaban pruebas convincentes al consumidor de que las cualidades del producto iban efectivamente a satisfacer sus necesidades<sup>24</sup>.

En esta etapa de la actividad publicitaria se va utilizar uno de los más antiguos esquemas del proceso publicitario, el cual en orden de secuencia se estructura en tres fases:

- Informativa: se considera como la publicidad es la única y gran fuente de información de cierta parte de la población sobre los productos comercializados por distintas empresas. Provoca en el individuo un tránsito del estado de ignorancia al de conocimiento de un producto.
- Afectiva: es en esta etapa donde los consumidores generan sus convicciones y toman una actitud frente a los productos anunciados.
- Comportamiento: superadas las fases anteriores y como consecuencia de la repetición publicitaria, se desencadena un comportamiento o respuesta por parte de los receptores del mensaje, dicho comportamiento puede ser de compra o no del producto publicitado.

Como ejemplo de los métodos utilizados en esta etapa, podemos encontrar el modelo A.I.D.A., el cual significa:

- A.= Captar la atención

---

<sup>24</sup> FOUCAULT (Michael), La Verdad y las Formas Jurídicas, México, 1983, citado por JACOB ALDI (Antonio), Op.Cit., p. 8.

- I.= Conseguir el interés
- D.= Suscitar el deseo
- A.= Acción: Provocar el comportamiento de compra

Esta tradicional técnica, es un modelo popular de marketing, especialmente utilizado como técnica de venta personal. De acuerdo con esta técnica los objetivos señalados deben ser alcanzados de forma secuencial, se señala a modo de comparación, como este modelo se asemeja a una escalera en donde la atención ocupa el nivel más bajo, y así sucesivamente hasta llegar al último peldaño; peldaño que equivale a la acción de compra por parte del sujeto receptor del mensaje<sup>25</sup>.

Las críticas contra la publicidad informativa, surgen a consecuencia del desarrollo de la psicología en campos como el estudio de conductas humanas, donde se demuestra que la decisión de compra de un consumidor o sujeto objetivo, no se encuentra vinculada a aspectos meramente racionales, sino por el contrario, entran en juego impulsos afectivos, reacciones emocionales, presiones sociales, así como que la justificación racional del acto de compra, se presenta a posteriori de la compra.

---

<sup>25</sup> Sobre la aplicación en marketing de este modelo, ver DURAN PICH (Alfonso), Psicología de la publicidad y de la venta, Barcelona, CEAC, 1982; DIEZ DE CASTRO (Enrique Carlos) MARTIN ARMARIO (Enrique), Op.Cit.

Surgen asimismo, otros aspectos que vienen a poner en tela de duda el elemento práctico de la utilización de técnicas basadas fundamentalmente en el realce de las cualidades del producto y la apelación a la razón e inteligencia del consumidor. Por su parte, la estandarización de productos, donde resulta difícil basar la competencia en elementos puramente objetivos. Es así como, los consumidores empiezan a dudar de la veracidad de la información publicitada en los mensajes, lo cual se transforma en una resistencia a dejarse persuadir de forma consciente para tomar una decisión libre; haciendo necesario que los publicistas y anunciantes recurran a técnicas exógenas que permitan facilitar esa labor.

Es en este punto donde se hace necesario acudir a la ayuda de la ciencias humanas, especialmente la psicología, para que ésta pueda encontrar métodos mucho más efectivos a utilizar en los mensajes publicitarios.

La psicología de la publicidad, se desarrolla y trata fundamentalmente, de los fenómenos psíquicos esperados y producidos, así como el sistema de condicionamientos que afectan a la publicidad<sup>26</sup>.

Ilustra sobre la importancia social de la publicidad, sugiere modos y arbitrios mediante los cuales es posible lograr que los avisos resulten más productivos, no solamente la forma más eficaz y efectiva de llegar al sujeto

---

<sup>26</sup>Ver BENESCH (Hellmuth), Psicología de la actividad comercial, Madrid, Ediciones Rialp, 1966, p. 125; y GILL (Leslie), Op.Cit., p. 8.



objetivo que es el consumidor, sino la forma de hacerlo administrando correctamente los recursos<sup>27</sup>.

Como derivación de este tipo de publicidad, en 1940, la agencia Ted Bates and Company, crea la publicidad denominada UPS (Unique Selling Proposition): Proposición única de venta. Actualmente esta técnica se encuentra superada, sin embargo, representó un gran aporte a la actividad publicitaria. Se utilizaba el concepto de "poder de convicción" de un anuncio, determinado fundamentalmente por el argumento utilizado en las ventas.

Según esta teoría, un anuncio es más poderoso, cuanto menos se encuentre compuesto por ilustraciones superfluas, explicaciones aclaratorias, mensajes inútiles, que perjudiquen o distraigan la atención del receptor. Por consiguiente, "la publicidad debe buscar un mensaje único que permita ofrecer beneficios concretos al consumidor, eligiendo la mejor característica del producto y basando sus argumentaciones en dichas características"<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Vale la pena aclarar, que la publicidad no solamente recibe ayuda de la psicología, sino por el contrario, ha visto la necesidad de recurrir a otras ramas científicas, así, la Psicología contribuye a la publicidad ha comprender los motivos implícitos que originan la conducta del consumidor. Por su parte, la antropología, ayuda a comprender mejor y a tener un discernimiento sobre las diferencias de la herencia cultura, variaciones regionales, acontecimientos de la vida y cambios en los papeles culturales. La sociología, como ciencia que estudia las relaciones humanas, ayuda a reconocer que las influencias de grupos desempeñan papeles principales en el uso de los medios de comunicación, adopción de nuevas ideas; por ello la publicidad busca el apoyo de la sociología para hacer pronósticos de probabilidad de que varios grupos de consumidores consuman determinado producto o servicio.

<sup>28</sup> SANCHEZ GUZMAN (José Ramón), Op. Cit., p. 139.

## B. Publicidad Mecanicista o Mecánica:

Esta nueva forma de publicidad, se basa en la teoría sobre reflexiología condicionada de Pavlov, así como en la teoría del behaviorismo de Watson y Jan<sup>29</sup>.

La publicidad mecanicista como aplicación de las teorías del condicionamiento, representa un progreso notable en las técnicas de creación de mensajes publicitarios. El objetivo principal era buscar a través de la repetición de frases e imágenes, la creación de una motivación inconsciente que condicionara de modo reflejo al consumidor para comprar un determinado producto.

La teoría del condicionamiento de Pavlov, sostiene que parte del comportamiento del ser humano no es racional sino volitivo, responde a un automatismo provocado por el condicionamiento, el olvido y el reforzamiento. Siendo así, el hombre puede encontrarse propenso a una intervención eficaz sobre su comportamiento, debiendo provocarse para ello una serie de comportamientos y reforzamientos externos.

Con la aplicación de la teoría del condicionamiento reflejo, en un determinado grado, ayudaron a vencer las resistencias del público en relación con la publicidad, les proporcionaba la sensación de una libre elección, sin

---

<sup>29</sup> Sobre el tema ver, SANCHEZ GUZMAN (José Ramón), Op. Cit., PAVLOV (I.P.), Autobiografía, España, Fontanella, 1973.

influencias de los vendedores, tal y como ocurría en el primer estadio de la publicidad informativa, donde el contacto directo entre vendedor y consumidor era fundamental, sin que se enterará de la motivación inconsciente de que era objeto.

La utilización de dicha teoría en la práctica publicitaria, persigue impresionar al consumidor, antes de convencerlo, apoyándose en un especie de obsesión inconsciente causada por la repetición de slogans e imágenes violentas; "al lector, al viandante, despersonalizados y reducidos a la categoría de objetos, no les resta más que la elección entre la pasividad y la resistencia, entre la rendición y la huida"<sup>30</sup>.

Sobre la teoría del condicionamiento los neurólogos, esbozaron una teoría de la conducta humana. Según esta teoría, las neuronas del córtex están relacionadas unas con otras formando hilos de conducción, de tal modo, que si no existieran resistencias, la transmisión de un estímulo sería al azar. Si la conducta es motivada, implica que existen resistencias, entonces, la energía electroquímica que recorre las neuronas se transmite por la ley del mínimo esfuerzo. De aquí se concluye que, la conducta más que una acción es una reacción (resistencia), y por consiguiente, el fenómeno del hábito adquirido (reflejo condicionado) puede contemplarse como una reducción de la resistencia permanente o temporal que provoca un comportamiento.

---

<sup>30</sup> SANCHEZ GUZMAN, Op. Cit., p. 140.

La publicidad mecanicista utilizó los movimientos reflejos para llevar al receptor del mensaje o consumidor hacia la decisión de compra, mediante una concatenación de hechos:

1. Utilización de un símbolo publicitario, el cual debía ser fácilmente perceptible y reconocible; para esto se utilizan formas claras y sencillas, símbolos gráficos, slogans breves y originales.
2. Posteriormente, el receptor del mensaje debe asociar el símbolo con un punto de referencia fijo (slogans, siglas, logotipos).
3. Luego, el estímulo debe reforzar el condicionamiento asociativo por medio de un carácter de orden imperativo (grandes dimensiones, colores vivos)
4. Finalmente, la asociación refleja definitiva se produce entre el slogan por una parte, y la acción de consumo, por otra, esto por intermedio de una labor de repetición regular.

Con la aplicación de esta teoría basada en el condicionamiento reflejo, se llega a considerar como la publicidad pasa de un estado artesanal a uno industrial, a causa de los grados de tecnicidad y profesionalidad adquiridos.

Como críticas a la aplicación de esta teoría, se arguye la pasividad provocada en el sujeto receptor, llevándolo a una especie de estado de inercia. Este estado, por su parte, no era propicio para el establecimiento de la actividad de forma duradera, dicho estado es temporal.

Según estas críticas, el error de dicha teoría radica en el hecho de considerar al subconsciente como un banco de memoria en blanco, elástico y

adaptable a impresiones exteriores, cuando se ha demostrado la existencia de un mecanismo dinámico interno. Al subconsciente puede proponérsele una imagen o mensaje, pero no una conexión refleja establecida.

La publicidad mecanicista pretendía aplicar la teoría del condicionamiento pavloviano del animal. Pavlov, por medio de un estudio científico logró crear dicho condicionamiento reflejo en un perro, el cual llegó a asociar el sonido emitido por un carrito de helados, con el helado mismo. A punto de lograr niveles de salibación en el animal al escuchar la campanilla del carrito de helados. Igualmente se procuró establecer condicionamientos reflejos en el cerebro del consumidor, cuyo propósito era que el consumidor de forma automática ante el estímulo, reacciona con un efecto determinado de antemano, como lo es la acción de compra. Según los detractores de esta teoría, este hecho es de por sí imposible.

### **C. Publicidad Sugestiva:**

Como consecuencia de las críticas hechas a la publicidad mecanicista, las investigaciones en este momento van a ser orientadas hacia otra forma de hacer publicidad más efectiva, así se da paso a la publicidad sugestiva, que encuentra su apoyo en la teoría psicoanalítica.

Se va a entender el término sugestión, como "esa influencia que opera sobre los pensamientos y acciones de una persona, influida a su vez por otra

persona agente. El objeto adopta cierta actividad mental, o sigue una deliberada línea de acción, sin invocar sus propios poderes de autocrítica<sup>31</sup>.

Como se observa, con la sugestión se provoca en el sujeto una determinada conducta o acción, sin que aparentemente el sujeto haga reflexión alguna, debido a que la sugestión "consiste en una reacción psíquica dinámica que presupone la percepción de algún influjo externo y hace despertar actitudes preexistentes y una nueva integración de actitudes, pudiendo lograrse por medio de este proceso, como resultado final, un efecto de compra por parte del sujeto receptor"<sup>32</sup>.

Por medio de la sugestión se induce a un sujeto a pensar o actuar de una forma determinada por medio de estimulaciones sin un fundamento lógico – racional. Este efecto se consigue por medio de la influencia ejercida sobre el cerebro inconsciente de un sujeto, influencia que por su naturaleza no puede ser controlada ni percibida por el nivel consciente.

Los procesos sugestivos son conseguidos de forma sencilla por medio de la hipnosis, donde la persona queda en un estado de adormecimiento. La publicidad, si bien es cierto, no puede hipnotizar a su sujeto - objeto, pretende lograr ese mismo efecto en la masa indeterminada de consumidores a quienes va dirigido el mensaje publicitario. A consecuencia de la imposibilidad

---

<sup>31</sup> GILL (Leslie), Op.Cit., p. 141.

<sup>32</sup> GEMELLI (A.) ZUNINI (G.), Introducción a la Psicología, España, Editorial Miracles, 4ta Edición, 1968, pp. 165-189.

de anular al consumidor y ponerlo en este estado de adormecimiento, se ha recurrido a la aplicación de técnicas que permitan determinar y llegar a conocer los sentimientos, motivaciones y necesidades de los consumidores, con el fin de sugerirles la satisfacción de sus necesidades por medio de descargas simbólicas e inconscientes.

Para determinar y llegar a conocer esas motivaciones, necesidades y sentimientos de los consumidores se ha recurrido en la actualidad a la aplicación de las llamadas investigaciones motivacionales.

Los creadores de la investigación motivacional como técnica publicitaria fueron Ernest Dichter presidente del Instituto de Investigación Motivacional, y Louis Cheskin director del Color Research Institute of America. Asimismo sobresalen otros nombres como Pierre Martineau y James Vicary.

Existen tres etapas sobre la aplicación de investigaciones motivacionales a la actividad publicitaria:

- Elaboración de técnicas de investigación del consumidor
- Encaminadas a descubrir las motivaciones y frenos que inducen o retiran al consumidor del acto de compra
- Para introducir las conclusiones obtenidas en la creación del mensaje publicitario.

Para la aplicación de investigaciones motivacionales, se utilizan recursos tales como entrevistas en profundidad, test disimulados o indirectos, y por último, se recurre a la hipnosis como método de investigación y a su vez,

como método de motivación, es en este caso, donde se han realizado variados experimentos por medio de la utilización de efectos subliminales.

La mejor aplicación de la investigación motivacional, es la teoría del eje psicológico desarrollada por H. Joannis. Esta teoría busca la definición del eje psicológico que influye en los actos de compra, como elemento motor de los mecanismos de compra que, sometiendo al sujeto a una presión publicitaria, hará inclinar éstos mecanismos al máximo a favor del producto publicitado. **El eje psicológico es una satisfacción que al ser evocada y verse realizada en el consumidor, lo impulsa a actuar.**

La búsqueda de este eje psicológico implica un cuidadoso proceso, en el cual se deben tener en cuenta dos fuerzas contrapuestas que influyen en el acto de compra: positiva = motivaciones, negativa = frenos.

Por ello resulta de suma importancia para la publicidad encontrar la motivación adecuada, la cual debe ser universal y fuerte, para responder al objetivo perseguido.

Sobre la motivación, se han propuesto distintas teorías a las cuales puede recurrirse en la utilización de técnicas publicitarias, ellas son: hedonista, del instinto, cognitiva y del impulso<sup>33</sup>:

---

<sup>33</sup> Ver DURAN PICH (Alfonso), Op. Cit., pp. 35-37.



- **Teoría hedonista:** Señala que la motivación primaria del hombre es buscar el placer y evitar el dolor. Se indica como las decisiones del hombre son cálculos conscientes para mantener un simple equilibrio entre el placer y el dolor. Insiste en que aquellas personas que al parecer buscan el dolor o eviten el placer (masoquistas, puritanos, suicidas) sienten realmente placer en el dolor, con lo cual no se estaría desvirtuando esta teoría.
- **Teoría del instinto:** Asume que el hombre es motivado tanto por lo que hereda fisiológicamente como por lo que aprende a medida que crece. El organismo nace con algunas reacciones instintivas como bagaje genético, el alimento, agua, dolor y sexo.
- **Teoría cognitiva:** Atribuye al hombre la capacidad racional para elegir. Se considera al hombre como un ser racional, el cual es consciente de sus necesidades y deseos.
- **Teoría del "drive" o impulso:** sostienen que cuanto más poderoso es el instinto, más fijo y persistente será el hábito de conducta asociado con él. Se clasifican en *vegetativos* (conducirá a buscar las sustancias químicas que precisamos para nuestra existencia), de *emergencia* (mueven al hombre a actuar cuando se siente amenazado), *reproductivos* (involucran la actividad sexual), y *educacionales* (implican para el hombre curiosidad y exploración).

La publicidad sugestiva, recurre a la utilización de muy variadas opciones por medio de la relación, como colores, formas, olores, imágenes, etc., los cuales de una forma inconsciente llevan un mensaje implícito para modificar la conducta del ser humano, estos elementos pueden ser implícitos, o bien explícitos, en cuanto a estos últimos, por no ser evidentes para el sujeto receptor, se llaman subliminales.

Dado el grado de complejidad en la utilización de técnicas subliminales en la publicidad, se hará una exposición más detallada de su influencia en el ser humano, con el fin de determinar si con ello se encuentran en riesgo de ser violentados derechos y valores fundamentales del ser humano.

## **SECCION II. UTILIZACION DE TECNICAS SUBLIMINALES EN LA PUBLICIDAD**

En la presente Sección, se desarrollarán conceptos importantes para el entendimiento de técnicas subliminales en la publicidad, los objetivos claves de la publicidad a través de la conciencia, los estímulos subliminales a los cuales se ve sometido un ser humano y la forma en como influyen esos estímulos.

## A. Nociones Generales sobre Publicidad Subliminal

La utilización de técnicas de persuasión subliminal, hace que se envíen estímulos al cerebro a través de motivos publicitarios sin que puedan ser percibidos conscientemente por el individuo. Una vez que el cerebro capta estos estímulos se distribuyen por el sistema nervioso, provocando un bloqueo en la conciencia del individuo, a modo de mecanismo de defensa, es en este momento donde intervienen las sensaciones y las percepciones.

En primer lugar, la publicidad subliminal puede ser definida como “una técnica que se utiliza para enviar estímulos psicológicos - por debajo del umbral - al ser humano de manera inconsciente”<sup>34</sup>.

El objetivo primordial de la utilización de técnicas subliminales es llegar a la conciencia del individuo, lugar donde se encuentran ubicadas las sensaciones y las percepciones.

El término conciencia será entendido como “la facultad general de sentir y percibir del yo. Todo lo que nos llama la atención o que voluntariamente se contempla en el mundo es un objeto para la conciencia, donde se encuentran nuestras sensaciones, percepciones, juicios, nociones y sentimientos”<sup>35</sup>.

En la conciencia se encuentran contenidas las sensaciones y percepciones, las primeras son “simples procesos elementales de la mente:

---

<sup>34</sup> DELGADO CASTILLO (Jorge), Op.Cit, p. 27.

<sup>35</sup> Ibid., p. 28.

las unidades menores de experiencias mentales (...) Todo conocimiento llega a la mente, en primer lugar, adoptando la forma de una sensación<sup>36</sup>. Por medio de estas se identifica el color, sabor, olor, forma, ubicación y sentimientos.

La percepción es concebida como un proceso físico por medio del cual el ser humano recibe estímulos a través de sus sentidos e interpreta esas captaciones. Wolff considera la percepción como "el acto físico de recibir impresiones sensoriales, es decir, registrar la reflexión de la luz o, para ser más exacto, las ondas luminosas, de registrar las ondas sonoras, de responder con una sensación cuando se tocan las llaves que marcan "frío", "calor", o "dolor". Pero el acto de percepción es mucho más complicado. El cerebro no es solamente una registradora sino que al mismo tiempo que registra interpreta el sentidos de las impresiones<sup>37</sup>.

Por ende, la percepción de estímulos subliminales se ha conceptualizado como la aprehensión de la realidad mediante la recepción de impresiones sensoriales por parte de los sentidos, registrándose dichas percepciones a un nivel inconsciente, es decir, la percepción subliminal implica el registro e interpretación de aquellos impulsos que se comunican con el inconsciente del individuo<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> GILL (Leslie), Op. Cit., p. 49.

<sup>37</sup> WOLFF (Werner), Introducción a la Psicología, México, Fondo de Cultura Económica, 1953, p. 50, citado por JACOB ALDI, Op. Cit., p. 15.

<sup>38</sup> Ver GEMELLI (A.) y ZUNINI (G.), Op.Cit., p. 454.

Del mismo modo, se considera percepción subliminal a las fuerzas sensoriales del sistema nervioso humano que lo rodean o son reprimidas por la conciencia consciente, o más sencillo, fuerzas que se comunican con el inconsciente<sup>39</sup>.

Se llama subliminal, por cuanto la percepción es recibida por estímulos que se encuentran debajo del umbral de la conciencia, sea del conocimiento consciente, racional o lógico.

La percepción inconsciente de estímulos, es un fenómeno normal, cotidiano, al punto que se ha llegado a afirmar que en el medio natural del ser humano se encuentran estímulos no percibidos por la mente consciente, pero sí son identificables por el inconsciente. En estos términos se expresa Bryan Key, en el libro titulado "Seducción Subliminal"<sup>40</sup>, donde supone la existencia de dichas percepciones sobre el medio ambiente, de las cuales el ser humano difícilmente se da cuenta, en estos términos:

"Tanto en nuestro ambiente natural como el creado por el hombre están llenos de influencias percibidas a este nivel subliminal; muchas de ellas continúan siendo subliminales solo por ser comunes y corrientes, aspectos cotidianos de nuestras vidas que pasan conscientemente inadvertidas (...). Sin duda, los estímulos subliminales parecen ser

---

<sup>39</sup> BRYAN KEY (Wilson), Seducción Subliminal, Mexico, Editorial Diana, 1983, p. 48.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 30-32.

normales, y quizás hasta necesarios, en la supervivencia y adaptación humanas. Aparentemente estas percepciones invisibles suministran importancia a los seres humanos en un mundo que de otra manera sería inseguro e inestable.<sup>41</sup>.

La conciencia con sus contenidos, sensaciones y percepciones, recuerdos, juicios, pensamientos, sentimientos, etc., se encuentran sujetos a la actividad cerebral, ocurrida dentro de la psiquis o mente.

La mente o psiquis le da conciencia al individuo de lo que lo rodea, permite reconocer el medio al cual pertenece y sus compuestos, enriquece las experiencias y recuerdos, lo hace sentir, etc., en general da razón y sentido a lo que se denomina vida.

En general, se concuerda que la mente está dividida al menos en dos niveles:

- **Consciente:** se encuentra todo lo que percibimos, y estamos capacitados para interpretar, así como darle significado consciente.
- **Subconsciente:** se encuentra fuera de la conciencia, es a lo que no se le puede dar significado consciente, al punto que un estímulo al hacerse perceptible para el consciente, deja de pertenecer al inconsciente.

---

<sup>41</sup>BRYAN KEY (Wilson), Op.Cit., p. 49.

Estos dos niveles en los cuales funciona la percepción, constantemente se relacionan de forma recíproca, en ocasiones pueden operar conjunta y/o independientemente, y algunas veces funcionan en franca oposición. Un ejemplo de esto es señalado por Bryan Key al mencionar que; un hombre joven podría desear conscientemente una experiencia sexual con tanta vehemencia que no podría pensar en nada más. Sin embargo, en un nivel inconsciente se encuentra aterrado ante la perspectiva de cualquier contacto sexual. En este caso, al operar los dos niveles al mismo tiempo podrían eventualmente traer al individuo infelicidad y hasta una posible impotencia.

Las manifestaciones subliminales de la actividad cerebral continúan aún cuando la persona está inconsciente, dormida o en estado de coma. Más aún, teóricos sostienen como el pensamiento consciente simplemente se adapta a un programa básico establecido en el inconsciente; ninguna creencia o actitud significativa llevada a cabo por un individuo es hecha aparentemente sobre la base de datos percibidos de forma consciente. Las consideraciones conscientes, los raciocinios, así como la importancia que un ser humano les da son simples adaptaciones del inconsciente.

La actividad llevada a cabo a nivel cerebral es de tal magnitud, que percibe enormes e incalculables cantidades de información, al punto que los impulsos viajan por el cuerpo a través de las neuronas a una velocidad de sesenta metros por segundo; razón por la cual es dable pensar, que la información

percibida de forma consciente representa solamente una pequeña parte del total percibido.

Para comprender un poco más lo anterior, se hace la siguiente analogía: en el proceso de hablar, el cerebro acumula más o menos un par de palabras para colocarlas adelante o atrás de las previamente reunidas, se estima que en promedio son siete vocablos. En el proceso escrito, se considera que el cerebro del autor está en realidad de cinco a nueve palabras delante de la máquina de escribir o teclado.

#### **B. Aplicación de Teorías Psicológicas sobre Subliminalidad a la Actividad Publicitaria.**

La aplicación de técnicas psicológicas a la actividad publicitaria, debe su razón de ser a la ineficacia de los métodos tradicionales, basados en el convencimiento y la descripción de características de los productos, así como la satisfacción de necesidades existentes del consumidor, motivo por el cual se acude, tal y como se mencionó anteriormente, a ramas de la ciencia que fueran capaces de encontrar formas más efectivas de romper las barreras creadas por el consumidor para resistirse al influjo de la publicidad.

Es así como se llega a estudiar la forma como opera el aparato psíquico del ser humano, descubrimiento llevado a cabo por Sigmund Freud en su



teoría sobre el Psicoanálisis, vigente en su aplicación para la actividad publicitaria.

La escuela psicoanalítica considera que parte importante de la realidad humana se encuentra constituida por una confluencia de motivaciones inconscientes y afectivas.

A continuación se detallará de la forma más clara posible, la aplicación de esta teoría a la actividad publicitaria, tomando en consideración lo profundo y técnico del tema.

### **B.1. Estructura psíquico – mental del ser humano:**

En un inicio se llegó a considerar que todo organismo poseía un centro directivo el cual realizaba la función de ordenar y dirigir toda la actividad. De ahí la suposición que el ser humano se encontraba dirigido por una fuente única conductora de todas las acciones humanas, así como sus pensamientos.

De esas afirmaciones se concluía que el ser humano es totalmente racional y sus conductas se realizan por procesos inductivos o deductivos de análisis al actuar de determinada forma<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> WHITTAKER (James O.), Psicología, Estados Unidos, Segunda Edición, sin fecha, p. 5.

Mediante la teoría del psicoanálisis de Freud, se rebate esta concepción, ya que según la teoría freudiana, la estructura mental se encuentra dividida en tres partes fundamentales<sup>43</sup>:

- **El ID ó ELLO:** en él se encuentran reservados los instintos, los impulsos biológicos básicos que motivan al ser humano (hambre, sed, impulsos sexuales, supervivencia o placer). Contiene todo lo que es heredado, lo que está presente en el momento del nacimiento como parte de la constitución del individuo.

La función del ello, es conseguir la satisfacción y llenar los deseos sin medir las consecuencias. Obedece a impulsos de placer, los procesos mentales son primitivos e inconscientes. No lo gobierna ninguna ley de la razón ni de la lógica, atiende a sentimientos hedonistas.

- **El EGO ó YO:** se encuentra adaptado para la recepción y exclusión de estímulos, se encuentra en contacto con el mundo exterior. Dirige y controla al ELLO, exigiéndole que busque su satisfacción dentro de las reglas socialmente aceptadas. Es la actividad mental e intelectual dirigida a calcular las consecuencias de cualquier conducta premeditada. La mayoría de las acciones del YO son conscientes, algunos se encuentran

---

<sup>43</sup> Para el análisis de este tema se tomo como base:

DURAN PICH (Alfonso), Op.Cit.; PUIG J. (Jaime), La Publicidad: historia y técnicas, Editorial MITRE, sin fecha.; GILL (Leslie), Op.Cit.; SANCHEZ GUZMAN (José Ramón, Op.Cit.

en el preconscious y otras en el inconsciente. Su meta principal es la seguridad, obedeciendo al principio de realidad.

- **El SUPEREGO O SUPERYO:** es la fuerza interna que adquiere los valores e ideales de la sociedad, prolonga la influencia paternal recibida durante la infancia. Se encuentra más en el terreno del deber ser que en el terreno del ser (realidad). Presiona al YO para que responda a sus metas morales socialmente aceptadas y no a aquellas que gratifican impulsos. Es percibido como lo que anteriormente se ha venido llamando conciencia.

Uno de los aportes más importantes de la teoría freudiana es considerar como la conducta humana tiene una motivación esencialmente inconsciente. Se da una doble percepción: el YO recibe todo lo ya percibido y elaborado previamente por el ELLO, y modifica y amolda esa opinión y los deseos previos con la ayuda del SUPERYO, para que en el mundo externo y consciente se dé una justificación razonada y adaptada a las exigencias de este mundo.

Jacob Aldi, señala claramente cuál ha sido el aporte de la teoría freudiana, "por una parte, que cuando el ser humano toma una determinada decisión ésta es producto de todo un proceso donde los instintos, deseos de placer y otras fuerzas, pueden enfrentarse a la represión y exigencias morales impuestas y que se pueden ubicar tanto en un nivel consciente como inconsciente. Ambas posiciones son calculadas por el ego que, partiendo de

lo que la magnitud de esas fuerzas le permitan, decidirá lo que sea más seguro de acuerdo con la realidad en que se desenvuelve”.

Es por ello que se ha considerado que el objetivo principal de la publicidad debe ser encontrar los mecanismos que le permitan llegar de forma directa al ELLO o a los instintos primitivos, sin que dichos estímulos sean identificados por el YO ó SUPERYO que actúan sobre bases racionales que bloquean los estímulos de la publicidad, de ahí la importancia de mantenerse vigilante y ser reflexivos sobre la utilización de dichas técnicas en la publicidad comercial.

## **B.2. Mecanismos de Defensa:**

El YO se encuentra atrapado entre los impulsos primitivos del ELLO y los controles estrictos del SUPERYO. Esta situación de tensión produce ansiedad y da lugar a que se desplieguen ciertos mecanismos de defensa, a saber: proyección, desplazamiento, racionalización y sublimación.

Estos mecanismos de defensa se consideran como falsas soluciones del YO debido a su situación de ansiedad, presenta dos características: la primera es negar, falsear o distorsionar la realidad; y la segunda es que estos mecanismos actúan en el ser humano sin que la persona tenga conciencia de su utilización.

PROYECCIÓN: proyectamos hacia otros lo que no queremos reconocer de nosotros mismos. Ejemplo, la persona que manifiesta que “no puede

confiar en nadie”, lo cual proyecta su impulso consciente de actuar de forma deshonesto con los demás.

DESPLAZAMIENTO: se produce cuando el objeto que gratificaría al impulso instintivo no resulta accesible y es reemplazado por otro.

SUBLIMACION: equivale a un fenómeno de desplazamiento pero en un sentido positivo, hacia un terreno espiritual o cultural, de ahí se explican la pasión por las artes, la música, etc.

RACIONALIZACION: por medio de este, se pretende encontrar una explicación lógica a nuestros actos, o bien sustituir las razones reales por las razones correctas. Es utilizada como un medio de tranquilizarse, cuando nuestra actuación choca con normas propias. Ejemplo, el hombre que golpea a su esposa, racionaliza su actuación diciendo que ella necesita de un hombre fuerte y agresivo.

Otro mecanismo de defensa ha sido analizado se denomina COMPENSACION INCONSCIENTE: es un proceso por medio del cual la estructura psíquica y mental del ser humano logra un equilibrio, a nivel inconsciente, entre las fuerzas primitivas y de deseo (ello); y las tendencias represivas (yo, superyo).

Sobre el particular, los análisis de psicología profunda han descubierto, como mientras sucede la compensación inconsciente, de forma consciente el individuo realiza un acto de reflexión, para justificar la decisión tomada por el inconsciente o fuertemente influenciada por éste.

Un ejemplo, cuando se decide comprar algo, conscientemente se busca como justificación argumentos lógicos como precio, tamaño, calidad, diseño, etc., pero lo que en realidad sucede es que el aparato inconsciente se decidió ya por dicho artículo, pero el YO necesita encontrar una justificación lógica superficial, para cubrir los impulsos primitivos y deseo que inconscientemente motivaron la compra.

Sobre la compensación inconsciente se han realizado experimentos interesantes, como el realizado por D.A. Laird, el cual consistió en escoger al azar a 250 mujeres las cuales debían elegir entre cuatro pares iguales de medias (tanto en el diseño, color, calidad, tejido), pero con el elemento particular que tres de ellos habían sido perfumados sutilmente con una esencia no percibida por el consciente. El resultado fue que solamente el 8% decidió elegir las medias no perfumadas, y el 92% restante eligió las medias perfumadas, aduciendo para su elección motivos como mejor calidad, tejido y textura<sup>44</sup>.

Estos experimentos son importantes para demostrar como en la toma de decisión en un acto de compra, son decisivos factores persuasivos no percibidos conscientemente sino únicamente en un nivel subliminal o por debajo del umbral de conciencia, para no verse sometido a los juicios y razonamientos excesivos del consciente, que crean barreras infranqueables

---

<sup>44</sup> HOLZSCHUER (L.F.), Psicología de la Publicidad, México, Ediciones Riapl S.A., 1975, pp. 51-53, citada por JACOB ALDI, Op.Cit., p. 28.

para mantenerse alejado de las estimulaciones subliminales para comprar o adquirir.

### **C. Aplicación de Estímulos Subliminales en la Publicidad**

“ Los fenómenos subliminales se aplican a todas la técnicas conocidas por la comunicación y millones de seres humanos somos seducidos y manipulados diariamente por los mass - media, la publicidad y las agencias de relaciones públicas, compañías: industriales y comerciales y hasta por los mismos gobiernos de países desarrollados como parte de la dominación cultural”<sup>45</sup>.

La publicidad subliminal tiene su base en una presuposición de que el público receptor no debe enterarse del contenido, por lo menos de forma consciente. Esto por cuanto, las decisiones del consumidor son afectivas e impulsivas; y deben estimularse un nivel mayor a la conciencia, por cuanto, como se mencionó anteriormente, en las decisiones de adquisición la razón no juega un papel importante y por el contrario, representa una barrera y un obstáculo para los fines de la Publicidad.

Las razones conscientes no siempre guardan una relación con los motivos reales de decisión, estos escapan a la lógica. En términos freudianos, los

---

<sup>45</sup> DELGADO CASTILLO (Jorge), Op. Cit., p. 30.

motivos conscientes son justificaciones posteriores del ello y superyo, para encubrir las acciones primitivas del yo.

Los ataques de información subliminal que contiene la publicidad, gozan de la habilidad de no solo persuadir, sino controlar, manipular y estimular el comportamiento humano para la consecución de objetivos comerciales, creando necesidades que se verán satisfechas con la adquisición del producto o servicio.

En palabras de Enrique de la Rica: "Está claro el mecanismo que se pretende desencadenar con los mensajes subliminales. Tras burlar el filtro inicial de los sentidos, se trataría de llegar directamente a subconsciente y allí dejar que nos interese. **De esta forma podríamos provocar deseos o angustias y en resumen, manipular la voluntad de los seres humano, colocando cargas de profundidad dentro de sus cerebros que se accionarían en las circunstancias preestablecidas**"<sup>46</sup>. (El resaltado no es original).

Anteriormente se indicó cómo las agencias de publicidad tienen como objetivo principal buscar y encontrar las motivaciones más efectivas de la conducta del consumidor, para luego implementar la estrategia adecuada e influir en dichas motivaciones, principalmente en un nivel inconsciente donde no se apele a razonamientos lógicos, creando una falsa ilusión en la mente

---

<sup>46</sup> DE LA RICA (Enrique), Publicidad Subliminal, <http://www.eseune.edu/PROTEGIDO/subind.htm-2>



del consumidor de que al fin y al cabo él goza de libertad para elegir de forma racional.

Las motivaciones apelan a las necesidades, instintos y deseos fundamentales del ser humano, ubicados fuera de la consciencia, sea en el estado más primitivo de la persona, generando en el individuo una tensión vinculada estrechamente con el producto promocionado. Luego de haber generado dichas tensiones, el mensaje publicitario cargado de estímulos subliminales, se presenta como el remedio para satisfacer dicha tensión y angustia<sup>47</sup>.

La publicidad debe utilizar un lenguaje adecuado con el que sus mensajes traten de reflejar lo que somos o quisiéramos ser<sup>48</sup>, o lo que los anunciantes nos persuaden para adquirir, sea las necesidades creadas. Por este motivo, se apela a argumentos como ofrecer mayores niveles de ahorro, seguridad, popularidad, prestigio social, respeto de los demás, mejores comodidades. Es más importante para la publicidad destacar los beneficios obtenidos al adquirir

---

<sup>47</sup> Sobre este tema DELGADO CASTILLO, Op. Cit., p. 35.

<sup>48</sup> Este aspecto guarda una estrecha relación con la aplicación de la psicografía en actividad publicitaria, está consiste en la describir las características humanas de los consumidores que pueden tener una influencia sobre su respuesta a los productos, envases y empaques, esfuerzos de la publicidad y de las relaciones públicas. Tales variables pueden abarcar un espectro que va desde el concepto de sí mismo y el estilo de vida hasta las actitudes, intereses y opiniones, así como las percepciones de los atributos del producto. DEMBY (Emanuel), Psychographics and from whence it came; D. ELLS (William), Life style and Psychographics, American Marketing Assosiation, 1974, p. 13, citado por DELGADO CASTILD, Op. Cit., p. 24.

un producto, que las ventajas del mismo. Hoy día, se afirma, el publicista moderno no vende cosméticos, vende belleza, atractivo e ilusión; al vender un automóvil el vendedor resalta además de las características mecánicas del mismo, la comodidad, seguridad y el prestigio social que le proporcionará al comprador.

La producción publicitaria, primordialmente de bebidas alcohólicas y cigarrillos, apela a instintos sexuales del ser humano como, el deseo sexual, relacionando el consumo de licor y cigarrillos, con la satisfacción de sus instintos y apetencias sexuales, logrando crear una identificación entre ambos. En otras palabras, el receptor percibe de forma inconsciente los estímulos sexuales, con lo que el producto al cual se asocia el anuncio desempeñará un papel de objeto sexual atrayente.

Otro método utilizado es el relacionado con las marcas registradas, las cuales le dan al consumidor la seguridad sobre el producto consumido. Tal es la importancia de la marca para el consumidor, que la publicidad sobre tabaco, la cual en algunos países principalmente europeos se encuentra prohibida, los publicistas se las ingenian para llevar el mensaje de los fabricantes de cigarrillos, de la forma más nítida posible por medio de toda clase de subterfugios. Ejemplo, disfrazar la marca del cigarrillo en otro producto, como relojes o ropa, mostrándolos pero indirectamente se ofrece el cigarrillo de determinada marca conocida la cual coincide con el nombre de la prenda.

Todos los métodos o mecanismos utilizados por la publicidad, para crear necesidades inexistentes, y atraer la atención de los consumidores, recurren a la estimulación inconsciente de información. Estudios científicos evidencian como el individuo reacciona a los estímulos percibidos de forma inconsciente.

Existen investigaciones sobre las reacciones del ser humano dependiendo del tipo de percepción que se trate<sup>49</sup>. Así se ha determinado con respecto a la conciencia que "la percepción consciente permite usar la información percibida para actuar en el mundo y producir efectos en este. Por contraste, la información percibida inconscientemente conduce hacia reacciones más automáticas que no pueden ser controladas por quien las percibe".

Según este estudio la distinción entre las consecuencias activas y pasivas de la percepción ha sido aprehendida en una cantidad de experimentos en los que se demuestra que los estímulos percibidos conscientemente permiten a los sujetos seguir instrucciones, mientras que los estímulos percibidos inconscientemente conducen a reacciones mucho más automáticas<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> DEBNER (J.A.), JACOBY (L.L.), Unconscious perception: Attention, awareness, and control. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 1994, No. 20, pp. 304 – 317; SEARLE (J.R.), The rediscovery of the mind, Cambridge, 1992; MERIKLE (P.M.) JOORDENS (S.) STOLZ (J.A.), Measuring unconscious influences, J.D. Cohen & J.W. Schooler, *Scientific Approaches to Consciousness*, 1995; citado en Memoria del Seminario Figuras en el Hielo, San José, Ministerio de Gobernación, 1999, p. 89.

<sup>50</sup> Este experimento me parece de suma importancia para demostrar como la percepción a nivel inconsciente produce efectos en la conducta del ser humano. Este experimento consistía en presentar una palabra individual en cada ensayo, y la cualidad de percepción de las palabras era controlada,

Asimismo, experimentos sobre estímulos percibidos por el inconsciente han sido documentados, como el conocido de James Vicary. En los años cincuenta, durante la proyección de una película en un cine de New Jersey, se intercalaban fotogramas en una máquina especial llamada Taquitoscopio<sup>51</sup>,

---

variando la duración en la exposición. La duración podía ser relativamente corta (850 msec) de manera que las palabras, en la mayoría de los casos, se percibieran inconscientemente, o un tanto más larga (150 msec), de modo que en la mayoría de los ensayos, las palabras fuesen percibidas conscientemente. Posteriormente, a los sujetos se les mostraban las primeras tres letras de la palabra que justo antes había sido presentada, y debían completar la raíz de la palabra, con otra que viniera a la mente con excepción de la que había sido previamente presentada. De este ensayo el resultado más importante fue que los sujetos tuvieron dificultades para seguir las instrucciones, cuando las palabras que precedían a las raíces se exhibían con una duración corta. No obstante que se mencionaran explícitamente las instrucciones de no usar dichas palabras para completar las raíces, de todas maneras la mayor parte de los sujetos usaba a veces tales palabras para completarlas. La incapacidad para excluir las palabras percibidas inconscientemente no fue causada por un deseo perverso de no colaborar. Por el contrario, al presentar las palabras con tiempos más largos, los sujetos excluyeron las palabras que eran presentadas inmediatamente antes de las raíces de las palabras. De este experimento se concluye como la **información percibida inconscientemente conduce a la ejecución de acciones automáticas no controlables por la persona que la percibe. Por el contrario, la información percibida conscientemente, el apercebimiento o conciencia sobre la información percibida le permitió a los individuos usar dicha información para guiar sus actos de manera que son capaces de seguir instrucciones.**

<sup>51</sup> El Taquitoscopio es un proyecto de película con un disparador de alta velocidad, el cual envía mensajes cada cinco minutos a 1/3000 de segundo. Dicho aparato fue creado por la Precon Process and Equipment Corporation, en el año 1962. Los mensajes a alta velocidad eran invisibles para el pensamiento consciente, pero introducían mensajes al subconsciente del observador. Cabe resaltar que el ojo humano es lento y solamente percibe conscientemente imágenes transmitidas a determinadas velocidades, también presenta otra característica llamada "Resistencia retiniana", consiste en que la última imagen que hemos visto se mantiene durante décimas de segundo en nuestra retina. Es gracias a esta característica del ojo humano que puede

con las siguientes palabras: “¿Tienes hambre? Coma palomitas, y “Bebe Coca –Cola”.

Como resultado del experimento se incrementaron las ventas de palomitas en un 57.7% en los días de proyección del mensaje, y un aumento del 18% en el consumo de Coca –Cola. En los meses siguientes a la realización del experimento se publicaron gran cantidad de artículos en diarios y revistas, criticando estas prácticas por atentar contra la libertad individual.

Con ocasión del auge económico (años cincuenta) se desencadena una fiebre consumista, que produjo una batalla entre empresas, con el fin de ponerse al día en técnicas persuasivas para colocarse a la vanguardia en la competencia. Es así como surgen los especialistas en investigaciones motivacionales, las cuales tratan principalmente de indagar los motivos que inducen a elegir.

Vance Packard, en su libro “Formas Ocultas de la Propaganda”, califica a dichos especialistas como “manipuladores de símbolos” y “psicólogos de las profundidades”, sujetos dedicados a bucear en el inconsciente, nuestras angustias, deseos, miedos escondidos, para utilizarlos en las campañas de publicidad. Existen gran cantidad de experimentos hechos en base a esas investigaciones, ejemplo,

---

existir el cine, el cual pasa imágenes fijas a una velocidad de 24 por segundo que proporciona una sensación ficticia de movimiento.

“El Instituto de Investigación del Color, quiso comprobar la influencia que tenía el color de los envases de detergentes sobre la decisión final de adquirir uno u otro producto. Se reunió a un grupo de amas de casa y se les ofrecieron tres cajas distintas que contenían el mismo detergente, pidiéndoles que los usaran durante varias semanas y después digieran cuál consideraban el mejor para los lavados delicados.

En el diseño de la primera caja predominaba el amarillo, color que los expertos creían que era el mejor para los escaparates y las estantería por su fuerte impacto visual.

En la segunda caja, el azul era el color fundamental sin nada de amarillo; y la tercera era azul con trozos amarillos.

En sus contestaciones, las amas de casa coincidieron en señalar que el detergente de la caja amarilla era demasiado fuerte, y hasta en algunos casos se quejaron de que había estropeado su ropa. En cuanto al detergente de la caja azul, las amas de casa consideraron que dejaba sus ropas con aspecto sucio. La tercera caja, que según el Instituto tenían un equilibrio perfecto de colores, recibió una respuesta abrumadoramente positiva.

Las mujeres encuestadas dedicaron palabras como "hermoso" y "maravilloso" para describir el efecto del detergente de esta caja, sobre sus ropas...<sup>52</sup>.

Sobre las investigaciones motivacionales y profundas, Vance Packard hace la siguiente crítica: "Tales investigaciones y manipuleos tienen sus aspectos constructivos y divertidos; pero también creo que es justo decirlo contienen muchas cosas que van en contra de los principios humanistas. Gran parte de esos manejos representan una regresión más que un proceso para el hombre, en su larga lucha por convertirse en un ser racional y autodeterminado",<sup>53</sup>

En igual forma un periódico estadounidense, New Yorker dijo:

**"Hemos llegado a la penosa era en que pueden ser violadas y penetradas tanto las cosas como las mentes".**

En un mismo sentido ha manifestando la misma preocupación Phillis Battelle del diario New York Journal American crítico:

**"A parte de mi fundamental horror frente a la idea de ser estimulado a actuar sin mi consentimiento... Me imagino el anuncio invisible como una ruta directa al desenfreno"<sup>54</sup>.**

---

<sup>52</sup> PACKARD (Vance), Formas Ocultas de la Propaganda, Editorial Sudamericana, sin fecha, p. 35.

<sup>53</sup> PACKARD, Op.Cit., p.12.

<sup>54</sup> DE LA RICA (Enrique), Op. Cit., p. 3.

Los experimentos realizados con la utilización del Taquitoscopio determinaron la posibilidad de proyectar imágenes invisibles para el ojo humano, el siguiente paso era determinar si esos mensajes eran captados por el cerebro, el cual se ha determinado puede recibir y almacenar imágenes a mucha más velocidad. Es aquí donde resultan importantes las aportaciones de O. Poetzle, quien va a afirmar que de las 100.000 fijaciones que hacen los ojos del hombre por día, sólo una pequeña cantidad de la información recibida es captada conscientemente y la inmensa mayoría es percibida de forma inconsciente.

Poetzle, propone la "teoría de la exclusión", el psicólogo afirma que los sueños se encuentran compuestos por el material percibido inconscientemente. Los detalles excluidos de la percepción consciente son aquellos que pueden causar angustia o temor, y que sin son liberados durante la noche, se elimina gran parte de la carga negativa percibida. Ya Aristóteles, hace 2.500 años había adelantado algo de esta teoría, cuando afirma: "Si los Impulsos que tiene lugar durante el día no son demasiado fuertes y poderosos pasan inadvertidos debido a impulsos altamente despiertos. Pero mientras dormimos tiene lugar lo contrario, entonces los pequeños impulsos parecen grandes. Esto aclara lo que pasa en el sueño. Cuando sólo hay ecos débiles en sus oídos los hombres creen que se trata de algo relampagueante y extraordinario. Cuando sólo pasa una gota de flema por su garganta, ellos creen que está disfrutando de miel y dulces flores".



De la exposición de los estudios científicos acerca de la aplicación de técnicas, métodos, motivaciones por la publicidad, se evidencia la influencia de toda esta información en el comportamiento del ser humano. El ser humano se ha convertido en una especie de marioneta que los publicistas y su equipo especializado de profesionales, mueven de acuerdo a sus objetivos. El individuo reacciona a la información publicitaria no atendiendo a criterios racionales como lo hacen pensar, sino influenciado por mecanismos que manipulan al individuo para actuar dentro de los objetivos meramente económicos de los anunciantes.

A continuación se hace una relación entre elementos exaltados y promovidos por medio de la publicidad, los cuales a la postre serán considerados como posibles violaciones a derechos fundamentales. Derechos Fundamentales inalienables del ser humano, cuyas consecuencias no solamente quedan en el ámbito reflexivo, sino entran en juego aspectos jurídicos que transforman las consideraciones hasta ahora realizadas.

### **C.1. SEXO Y PUBLICIDAD SUBLIMINAL**

Este tema es desarrollado ampliamente, por Bryan Key, en su libro "Seducción Subliminal", donde pone en evidencia la utilización de técnicas empleadas para producir mensajes subliminales con contenidos altamente sexuales.

Un caso resonado por lo impactante de las revelaciones, se trata de un anuncio de la ginebra Gilbey's London Dry, publicado en 1971 en la Revista Play Boy. En una investigación realizada por Key sobre este anuncio publicitario, se analizaron varios cientos de personas, a los cuales se les pidió que observaran la página del anuncio, y posteriormente, expresaran de forma escrita las sensaciones o sentimientos que les producía este anuncio, sin entrar a profundizar en el contenido.

Los resultados fueron escandalosos, solo un 33% percibió una botella y un vaso con hielo, pero, un 62% describió sentimientos de satisfacción, sensualidad, romance, estímulo, excitación, agitación y hasta lujuria<sup>55</sup>.

En la práctica de anuncios publicitarios con utilización de estímulos subliminales, puede hacer una diferenciación entre imágenes y sonidos subliminales puros, los cuales en ningún caso pueden ser captados por el consciente, que por tanto, deben ser elaborados con técnicas especiales. Y aquellos otros que están escondidos, con la intención de que sean captados

---

<sup>55</sup> El autor hace el siguiente análisis sobre el anuncio: " Vamos a fijar nuestra atención en los cubos de hielo. Observemos el tercero, empezando por arriba. ¿Pueden ver dos gruesos trazos paralelos? ... No cuesta demasiado trabajo descubrir una letra E... Ahora fijémonos en el cubo de más arriba... Sigamos con los ojos la unión de la raja de limón y el hielo. Aunque resulta más difícil de ver, puede adivinarse una letra S... y ahora vamos al cubo de abajo. Observaremos con toda nuestra atención, un pequeño triángulo en la parte inferior y trataremos de buscar los trazos que parecerían formar un aspa... Aunque está más oculta, intenten encontrar una letra X. ¿Ven ustedes la palabra SEX camuflada entre las sombras e irisaciones de los cubos de hielo?... " BRYAN KEY (Wilson), Op. Cit., p. 33.

únicamente de forma inconsciente, aunque si se advierte de ellos o son buscados pueden descubrirse y observarse con claridad.

Existen para ello objetos ideales para imbuir palabras o símbolos, como nubes, líquidos en botellas, pliegues de vestidos, brillos sobre la superficie de agua, asignándole generalmente, significados relacionados con aspectos sexuales, que despierten el instinto sexual del ser humano para atraer su atención.

La utilización de estímulos subliminales relacionados con el sexo, se manifiesta igualmente, a través del lenguaje corporal de modelos, sus movimientos ensayados cuidadosamente comunican algo, la dirección del contacto de una mirada con otro cuerpo, el tacto, los contactos y direcciones del dedo y la mano. Estas imágenes son transmitidas constantemente hacia los consumidores, quienes no perciben los estímulos subliminales, debido a que sobre los ojos se proyectan flashes subliminales con palabras como cáncer o sexo. De esta forma la pupila del individuo se contrae al recibir la palabra subliminal, lo cual evoca inequívocamente una tensión por parte del sujeto receptor.

La utilización de estímulos subliminales sexuales, parte de que dichos impulsos sexuales con fuerzas primitivas, naturales y poderosas si se logran despertar llevan a las personas a moverse hacia aquello que se asocia con la gratificación sexual.

Los problemas achacados razonablemente a este tipo de técnicas son varios, la condenación por la manipulación de la voluntad de las personas, así como los riesgos que comporta para la salud mental de los individuos.

## **C.2. LICOR - TABACO Y PUBLICIDAD:**

La industria tabacalera constantemente recurre a la implementación de nuevas formas para llamar la atención hacia el consumo del tabaco, sin embargo, debido a la dificultad de reclutar consumidores en edades media a madura, donde se presenta una tendencia a dejar de fumar por recomendación médica. Se hace necesario para la supervivencia económica de la industria, buscar nuevos sustitutos de los consumidores que dejan el hábito o mueren por causas relacionadas al consumo de tabaco. Para ello el mejor público potencialmente hablando, se encuentra representado por la población de los jóvenes debido a su carácter predominantemente influenciable.

La edad promedio en la cual se inicia el fumado oscila entre los 15 años; sin embargo, se presentan actualmente campañas donde el objetivo se rebaja hasta los 13 años. Evidencia de ello fue la campaña publicitaria creada para los cigarrillos Camel, donde el logotipo del cigarrillo era un simpático camello

llamado Joe Camel. Con este personaje de dibujo animado se crearon aventuras transmitidas por televisión, publicaciones y vallas callejeras<sup>56</sup>.

Asimismo, la actividad publicitaria de bebidas alcohólicas y tabaco, constantemente apela a estímulos subliminales relacionados con la muerte. Los psicoanalistas explican su utilización debido a que la persona que fuma o bebe lo hace como efecto de frustraciones o fracasos no superados, buscando acelerar el proceso de autodestrucción. Partiendo de esta idea, se estimula inconscientemente este impulso para ver aumentado el consumo de estos productos<sup>57</sup>.

En un análisis sobre la publicidad de bebidas alcohólicas en Costa Rica, realizada por el Departamento de Investigación del Instituto de Farmacodependencia<sup>58</sup>, se analizan anuncios publicitarios de bebidas alcohólicas, donde se evidencia la tendencia de las agencias publicitarias a recalcar aspectos clásicos en este tipo de anuncios, así de nueve comerciales seleccionados, tres de ellos aluden a un status, cuatro presentan connotaciones sexuales, dos incitan explícitamente al consumo de la bebida, y solamente uno es neutro.

---

<sup>56</sup> Dirección de Internet: <http://www.la-banca.com>, [http://www.db.separ.es/cgi-bin/yyd/bcgi.exe/separ/pkg\\_noticias.articulo?p\\_id\\_articulo=29](http://www.db.separ.es/cgi-bin/yyd/bcgi.exe/separ/pkg_noticias.articulo?p_id_articulo=29).

<sup>57</sup> MOIX QUERALT (Jenny), Mensajes que no llegan a la consciencia, La Vanguardia, p. 2.

<sup>58</sup> BEJARANO (Julio) BLANCO (Hubert), Análisis de la Publicidad de Bebidas Alcohólicas en Costa Rica, San José, Unidad de Publicaciones del IAFA, 1993, p. 22.

En otro análisis realizado en el año 1995, por estudiantes de la Escuela de Ciencias de la Comunicación Colectiva de la Universidad de Costa Rica, está vez, enfocado a los spots publicitarios de un determinado producto, en este caso la Cerveza Imperial, campaña Aguila, con la cual se busca como objetivo principal posicionar a esta cerveza como la "única águila de Costa Rica". En el análisis se llegan a determinar los valores exaltados con esta campaña publicitaria, los cuales permiten describir situaciones gratificantes relacionadas estrechamente con el consumo del producto<sup>59</sup>:

- **SER COSTARRICENSE:** la función expresa de la cerveza es resaltar el ser costarricense. Imperial la Cerveza de Costa Rica.
- **IDENTIDAD NACIONAL:** se evidencia la exaltación del ser nacional, como la evocación realizada a las fiestas populares de Zapote, celebradas cada fin de año.
- **ECOLOGIA:** en estos anuncios es de suma importancia resaltar el contacto con aspectos naturales, como bosque, manantiales, playa.
- **AMISTAD:** evoca a que las actividades gratificantes, divertidas y placenteras se hacen alrededor de un grupo de amigos.

---

<sup>59</sup> CHANTO (Rodrigo) PEÑA CUBILLO (Leopoldo), Análisis de Spots Publicitarios de Cerveza Imperial, Campaña Aguila, Universidad de Costa Rica, Escuela de Ciencias de la Comunicación Colectiva, 1995, p.12.

Como recursos psicológicos aplicados en la campaña, se utiliza el modelo funcional de persuasión el cual señala que el hombre desarrolla actitudes favorables hacia cosas que le produzcan satisfacción (hedonismo). En los comerciales se presentan situaciones con las cuales se obtienen gratificaciones como la amistad, fiesta, diversión, relacionadas con el consumo de cerveza, con ello se procura demostrar que la actitud de tomar cerveza Imperial conduce a la satisfacción esperada con el consumo de esta.

Para lograr una aceptación del mensaje, se busca hacer asociaciones en el sentido que la satisfacción de las necesidades de autoestima, reconocimiento social, alegría, se pueden obtener con el consumo del producto.

En relación con la publicidad de tabaco, se realizó un análisis sobre algunos comerciales sobre publicidad de cigarrillos, estudio realizado por el Departamento de Investigación del I.A.F.A. A continuación se expondrá de forma somera el resultado del análisis realizado a la publicidad de marcas específicas de cigarrillos.

1. **MARLBORO:** la características principal de estos anuncios es la referencia directa al status, así como el mantenimiento de una imagen masculina del producto, aspecto que se ve reforzado por la presencia de vaqueros a la usanza estadounidense. Se crea una alusión al tema de la libertad, representado por un escenario natural donde no existen

fronteras, asociado al tema de trabajo. Aunque sus efectos van dirigidos a la población masculina, madura; en Estados Unidos se han realizado encuestas donde se ha demostrado que una gran parte del consumo de esta marca de cigarrillos es realizada por mujeres, quienes pretenden reforzar una imagen de mujer fuera de los parámetros tradicionales, para buscar una equivalencia con el hombre.

2. BELMONT: el objetivo de la campaña va dirigida al público joven, masculino y femenino, para lo cual se crea en la campaña elementos asociados al deporte, la recreación en la playa, donde el fumado se presenta como una práctica capaz de deparar las más codiciadas satisfacciones. Igualmente se destacan elementos relacionados con el sexo, y se exalta la idea de la libertad sin límites.
3. DELTA: sobre este producto se analiza un mensaje donde se utiliza a un motociclista. El Departamento de Investigación del I.A.F.A. determino como este anuncio representa una clara violación al Reglamento de Control de la Publicidad de Cigarrillos, el cual prohíbe la asociación del consumo de cigarrillos con una práctica deportiva. Se destacan valores como la fuerza, destreza, audacia, masculinidad y libertad.



### C. 3. NIÑEZ Y PUBLICIDAD:

El pensamiento de un niño, tiene ciertas características que lo hacen particularmente vulnerable ante la publicidad, razón por la cual debe ser protegido y respetado, entre dichas características se encuentran las siguientes<sup>60</sup>:

- **Receptivo:** las características fisiológicas del cerebro de un niño, lo hacen especialmente receptivo a cualquier estímulo. La curiosidad es una característica fundamental de esta etapa, lo hace un ávido receptor de todo tipo de información, incluida la publicitaria.
- **Sincretismo:** mezcla de elementos objetivos y subjetivos trae como consecuencia, que el niño no pueda abstraerse del espectáculo que le cautiva y es incapaz de determinar la diferencia entre realidad y fantasía, aceptando por ello, cualquier cosa que se le presente como una verdad. La credulidad del niño lo pone en franca desventaja ante los fenómenos publicitarios.
- **Narrativa:** el niño presenta una necesidad de relatar más que explicar, se traduce en la reiteración de palabras como "entonces" y "después" en sus narraciones.

---

<sup>60</sup> HORANDE (Bernardo), La Publicidad: ¿Una influencia mayor sobre el menor?, Caracas, Venezuela, 1990, dirección en internet: <http://www.webmediaven.com/influencia/>

- Respeto la autoridad del adulto y la tendencia a creer de forma ciega a lo que éste diga. Este hecho aunado a la aplicación de técnicas de persuasión, utilizando el criterio de autoridad, trae serias consecuencias para el niño.

De las anteriores características psicossomáticas de la edad evolutiva y su relación con las técnicas publicitarias absolutamente persuasivas, se afirma que la publicidad ejerce una gran influencia en los niños y jóvenes.

Se ha considerado que el verdadero peligro de esta situación, es la gran cantidad de material informativo del cual el niño dispone para organizar y dar una interpretación a sus experiencias, como consecuencia de esto podría crear una noción de mundo absolutamente errada en cuanto a sus interpretaciones.

Bernardo Horande nos explica la forma en que la publicidad actúa en los niños:

**"Si bien es cierto que tanto los adultos como los niños introducen en su situación de espectadores un conjunto diferente de intereses, creencias, conceptos y conocimientos que actúan como filtros de información, existen áreas vitales donde actitudes y valores no ha sido perfectamente determinados y que son susceptibles, en consecuencia, de alteración o modificación por efecto de la publicidad, sobre todo cuando se trata de**

niños, que están en un período de formación, tanto intelectual, afectiva como moral”<sup>61</sup>. (El resaltado no es original).

El punto de discusión acerca de la influencia de los efectos de la publicidad sobre el niño, se encuentra representado por la etapa en la cual el niño se encuentra, donde necesita desarrollar una noción de mundo real, encontrar orden al caos natural existente en los seres humanos a su edad, separarse de la naturaleza y de los otros, hacer diferencias entre lo real y la fantasía. La información requerida para cumplir esos objetivos naturales, necesariamente es extraída del contexto, de su alrededor.

Carolina Miramontes, directora de cuentas para Walter Lambert en la división de Adams, manifiesta que los niños son el mejor público: “los niños te pueden recitar un comercial, a ellos se les llega basándose en impactos. Todo lo contrario con los adultos, ya que a ellos se les llega por repeticiones y explicaciones precisas de lo que el producto ofrece”<sup>62</sup>.

Para explicar el comportamiento del público joven ante la acción publicitaria, sobre esquemas publicitarios, el propuesto por Derbaix llamado “esquema afectivo”<sup>63</sup>. Las reacciones de los niños frente a la radio y la televisión son fundamentalmente de tipo emocional, su preferencia es por

---

<sup>61</sup> HORANDE (Bernardo), La Publicidad: ¿Una influencia mayor sobre el menor?, Venezuela, 1990, dirección en Internet: <http://www.webmediaven.com/influencia/>.

<sup>62</sup> Horande, Op.Cit.

<sup>63</sup> DIEZ DE CASTRO (Enrique Carlos) MARTIN ARMARIO (Enrique), Op.Cit., p.414.

motivos sentimentales a determinadas marcas, más que a los productos. El comportamiento de compra que se origina en este estado afectivo es indirecto, pues los niños actúan como prescriptores frente a los mayores, quienes toman la decisión de compra. El contacto con el producto dará lugar, posteriormente, a un cambio y paso al nivel cognitivo.

Si tomamos en consideración que los niños son el mañana, nuestro futuro por lo tanto, debemos sembrar los valores y principios morales, sociales y espirituales con los cuales nos desarrollamos, que hacen al ser humano una persona con sentido común, capaz de determinar en la mayor parte de las ocasiones la diferencia entre el bien y el mal. Podemos reflejar una señal de esa madurez, al procrear hijos cuyas actitudes deriven de normas muy personales adquiridas por medio de la educación y no a normas, reglamentos y costumbres impuestos.

La publicidad puede contribuir con esa misión, por ser el instrumento idóneo debido a sus cualidades particulares, para lograr una mejor calidad de vida, fomentar ideas constructivas, como luchar en contra del consumo de las drogas en lugar de fomentar en la niñez y la adolescencia el consumo de bebidas alcohólicas y cigarrillos, únicamente atendiendo a ambiciones particulares de los anunciantes.

#### C.4. MUJER Y PUBLICIDAD:

Desde los orígenes de la publicidad se ha considerado a la mujer como un objetivo meta importante, así como el mejor medio para el logro de sus objetivos, esto en un doble sentido<sup>64</sup>:

- Como destinataria de los productos que se pretenden vender: mujer como ama de casa, esforzada por la limpieza de su hogar, desde pisos relucientes hasta blanco impecable de la ropa. Por otro lado, se le garantiza a la mujer el éxito en el campo sexual con la utilización de unos pantalones, así como la necesidad de que sea siempre joven, bella y esbelta aún después del paso de los años, y sus naturales consecuencias.
- Como adorno bello y vehículo persuasivo para promocionar los distintos objetos de consumo, desde bebidas alcohólicas hasta automóviles, cigarrillos, prendas íntimas masculinas, etc.

---

<sup>64</sup> Entre otros ver: BUSTAMANTE DE RIVERA (Tirza), El respeto a la dignidad de la mujer y la ley 5811, Memoria del Seminario "Respeto a los derechos humanos en la Propaganda Comercial", San José, 2001, p.9; LOPEZ SULLIVAN (Eva), La Imagen de la Mujer en los Comerciales, Revista Ceiba, Colegio Universitario Tecnológico de Ponce, No.17, año XII, enero – diciembre de 1988, p. 14; MANRIQUE (Iliana), Publicidad e Imagen de Mujer, Revista del Centro Feminista de Información y Acción, 1990, p. 28; BONILLA (Katherine), Formas de violencia a la mujer en la Publicidad, Revista Mujer/Fempres, No. 25, marzo – setiembre de 1998, p. 31; GUZMAN (Dolores), La Mujer Invisible: Una lectura disidente de los mensajes publicitarios, España, dirección en internet: <http://www.comunicar.es.org/Novedades2.htm>.

Es a causa de estas consideraciones acerca de los papeles que juega la mujer en la publicidad, que se le ha considerado como un complemento del hombre, debe cumplir con ciertos roles establecidos por la sociedad, amante, servidora, adorno, pieza de caza, su trofeo, digna madre, ama de casa, preocupada por conseguir joyas, superactivos detergentes, pañales absorbentes, minúsculas y exóticas prendas íntimas, vestidos de última moda.

Los objetivos perseguidos por la publicidad comercial en relación con la imagen que se proyecta de mujer, violentan su condición de tal a causa de la forma en que pretenden alcanzar dichos objetivos<sup>65</sup>. Estas formas se encuentran representadas por las siguientes situaciones:

- a. Asignación de roles rígidos asignados a la mujer como ama de casa sin una participación real e íntegra de la familia en esos quehaceres. Esta asignación de roles trae como consecuencias la explotación de la mujer por un trabajo muy pocas veces remunerado, limitación de la mujer al ámbito doméstico, subordinación económica al jefe de hogar.
- b. La creación de estereotipos de mujer ideal, dentro de cuyos propósitos se encuentra el estar siempre joven y bella, lo cual trae como consecuencias inevitables un condicionamiento social de la mujer de ser siempre bella y joven, condicionamiento que es fomentado principalmente por los medios publicitarios, lo cual a la postre se representa en una desvalorización de

---

<sup>65</sup> BONILLA (Katherine), Formas de violencia a la mujer en la publicidad, Revista Mujer / fempress, Op.Cit., pp.31-33.

ésta al dejar de ser consideradas sus cualidades humanas por la valoración excesiva de sus atributos físicos. El condicionamiento social viene a traer como consecuencia la explotación sexual de la mujer al ser considerada un objeto sexual de ventas; y posteriormente llevará como último efecto a su frustración, debido a que los estereotipos de mujer importados no coinciden con la realidad de su medio o entorno.

- c. Las limitaciones intelectuales que le son impuestas. En la publicidad estas limitaciones se presentan de una forma implícita, como por ejemplo, la poca presencia femenina en publicidad de tipo económica, a nivel de grandes industrias y comercio, siendo relegada al ámbito del hogar como administradora de la economía familiar. La imposición de limitaciones intelectuales a la mujer trae como consecuencias la proyección simplista de la imagen de mujer a nivel intelectual, y limita las expectativas y aspiraciones profesionales e intelectuales.

Considerando la influencia que posee la publicidad comercial en los procesos de socialización de los individuos en la sociedad, de lo cual depende en gran medida la asignación de roles a los distintos miembros que la integran, es difícil considerar la posibilidad de procurar a la mujer una participación real y diferente a la hasta hoy asignada, dejando de ser ama de casa por una parte y objeto sexual de ventas por otra. De ahí la importancia de una toma de conciencia seria de los medios de comunicación y de manera

muy especial las agencias de publicidad que crean los mensajes publicitarios, para evitar continuar enviando mensajes implícitos que acentúen los papales tradicionales a los que se ha visto sometida la imagen de la mujer.

### **C.5. SOCIALIZACION Y PUBLICIDAD:**

Se habla de procesos de socialización para denominar los procesos por medio de los cuales el ser humano aprende e interioriza, a lo largo de su vida, elementos socioculturales de su medio ambiente, los integra a su personalidad mediante las experiencias, para finalmente, llegar a adaptarse al entorno social dentro de cual va a vivir.

Las ideas y comportamientos del ser humano no son producto de su naturaleza biológica, sino el resultado de todo ese proceso de aprendizaje, proceso que se repite generación tras generación, con el cual la sociedad garantiza su existencia, y la existencia de los valores que la integran.

Dada la influencia que la publicidad ejerce no solamente sobre el individuo como ser aislado, sino como integrante de un determinado grupo social, por medio de la utilización de técnicas de dominación y manipulación, con las cuales no solamente se crean necesidades, sino además y más grave aún, crea valores sociales y culturales, moldea o transforma los existentes, e incluso los elimina.



Se habla por eso de el papel que juega la publicidad en una sociedad. Es sin duda alguna, un papel que contribuye con los procesos de socialización del individuo o grupo social, permite que el individuo se haga sensible ante los estímulos sociales, lo hace partícipe de presiones, responsabilidades y obligaciones de la vida dentro de su grupo, aprende a armonizar su conducta y comportarse como los otros dentro de su grupo social o cultural.

Si este proceso de socialización es positivo contribuirá a la integración del individuo en la sociedad, o por el contrario, si sus efectos son negativos, puede llegar a crear un ser alienado, o sea que se encuentra fuera de sí.

Tanto la publicidad como los medios de comunicación de masas, dominan culturas y sus elementos, como costumbres, tradiciones, normas y valores, incluso las formas de comportamiento de los individuos. Así se puede llegar a afirmar, como **"la publicidad es un factor alienante que no le permite al ser humano tomar sus propias decisiones, bloqueando su pensamiento y manipulando su voluntad"**<sup>66</sup>. (EL resaltado no es original)

Cómo puede la publicidad influenciar al ser humano y cambiar el proceso de socialización? Bueno a esta pregunta se le ha dado respuesta a lo largo de este Capítulo, dejando ver claramente las distintas formas por medio de las cuales se envían estímulos percibidos inconscientemente por el ser humano, provocando reacciones involuntarias, que dependiendo de la intensidad e

---

<sup>66</sup> DELGADO CASTILLO (Jorge), Op.Cit., p. 42.

intención del publicista pueden llegar a manipular su voluntad para transformar valores morales, sociales, espirituales e ideológicos, en atención a sus propios intereses.

En un medio como el de Costa Rica, donde constantemente somos bombardeados e influenciados por rasgos propios de otras culturales, es posible entender porque se habla de dominación cultural, dada las facilidades modernas para acceder no solamente a gran cantidad de información, adoptar modas, música, idiomas, costumbres, comidas, estereotipos, ideologías de sociedades de países desarrollados como si fueran nuestros, o bien siempre hubieran estado allí.

Si por una parte, hablamos de procesos de socialización donde el individuo interioriza y adapta las cosas percibidas a su alrededor como parte integrante de su personalidad; y por otra parte, asumimos como propias conductas extrañas a nuestra cultura o la forma de ser de nuestra sociedad, a causa de la enorme influencia que ejercen las formas de publicidad en el ser humano, no podemos sino hacer un reproche a la publicidad; publicidad, que nos vende normas y conductas sociales como normales y correctas, las cuales en lugar de construir positivamente la personalidad del ser humano, lo convierte en una máquina alienada al servicio de intereses particulares y egoístas, representados en el consumismo, creación de adicciones a drogas (legales o no), estereotipos de género, antivalores, que ponen en grave peligro nuestra niñez como base de la sociedad futura.

## TITULO SEGUNDO

### PUBLICIDAD Y DERECHO

#### CAPITULO PRIMERO. EL ACTO DE PUBLICIDAD

En el presente Capítulo se expondrá el concepto de acto de publicidad, cómo se encuentra constituido, para esto se desarrollarán los elementos integrantes tanto objetivos como subjetivos, los sujetos o partes que intervienen en la actividad publicitaria, así como los principios sobre los cuales deben encontrarse encaminada esta actividad, señalando su regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico.

#### SECCION I. EL ACTO DE PUBLICIDAD

Velasco Abrego, da una noción acerca de lo que debemos considerar como Acto de Publicidad, a saber: "... toda comunicación, a través de cualquier medio de difusión, que tenga por objeto crear una actitud favorable en el público hacia el consumo de determinados bienes o servicios"<sup>67</sup>.

Enmarca el acto de publicidad en la categoría de actos jurídicos, debido al hecho de que crea efectos jurídicos, tal y como lo define Gabino Fraga es un

---

<sup>67</sup> VELASCO ABREGO (René), Op.Cit., p. 22.

"acto de voluntad cuyo objeto es producir un efecto de derecho, es decir, crear o modificar el orden jurídico"<sup>68</sup>.

Si bien es cierto, la publicidad como actividad fundamentalmente empresarial, va dirigida a una masa indefinida de individuos, con el principal objetivo de que se conviertan en consumidores de determinados bienes y servicios, éstos al tomar una decisión de compra, su conducta se va a traducir eventualmente en un contrato que trasciende de la esfera meramente patrimonial a la esfera del ordenamiento jurídico, creando relaciones jurídicas o modificando las existentes.

En este sentido, el Estatuto de la Publicidad española, en su artículo 2º, establece "será considerada como actividad publicitaria toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio, con el fin de promover de modo mediano o inmediato su contratación"<sup>69</sup>.

De ahí se puede señalar, la necesidad de que el acto de publicidad, llámese mensaje publicitario, vaya dirigido a crear una influencia persuasiva en el individuo para llamar su atención hacia la obtención de determinado bien, servicio o actividad, que le produzca al anunciante un beneficio.

---

<sup>68</sup> FRAGA (Gabino), Derecho Administrativo, Mexico, Editorial PORRUA, Cuarta Edición, 1948, p. 29, citado por VELASCO ABREGO (René), Op.Cit., p. 22.

<sup>69</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op.Cit., p. 37.

Dicho mensaje publicitario, es considerado por Velasco Abrego, como el Objeto del Acto de Publicidad, por que “es lo que se comunica, lo que se ofrece o propone al destinatario para que decida o modifique su elección”<sup>70</sup>.

El acto de publicidad, no se define específicamente, en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, existen regulaciones que de forma indirecta y en relación al ámbito que regulan definen la actividad publicitaria. Así, el Decreto Ejecutivo No. 26213 – MOPT, que es Reglamento de Publicidad Exterior frente a Vías Públicas, define como anuncio:

“Todo letrero, escritura, impreso, pintura, emblema, dibujo u otro medio colocado sobre el terreno, estructura natural o artificial, cuyo propósito sea hacer una propaganda comercial o llamar la atención hacia un producto, artículo o marca de fábrica o hacia una actividad comercial o negocio, servicio, recreación, profesión u ocupación domiciliario que se ofrece, vende o lleva a cabo en un sitio distinto de aquel donde aparece el anuncio”<sup>71</sup>.

En ese mismo sentido, el Reglamento sobre el Control de la Publicidad y el Fumado de Cigarrillos, en su artículo 1º, nos indica que la Publicidad de Cigarrillos es:

---

<sup>70</sup> VELASCO ABREGO (René), Op.Cit., p. 23.

<sup>71</sup> Reglamento de Publicidad Exterior frente a Vías Públicas, Decreto Ejecutivo No. 26213 – MOPT, de 17 de julio de 1997, artículo 1.

“Cualquier mensaje transmitido por la televisión, la radio, el cine o publicado por la prensa o en revistas, panfletos, afiches y vallas, con el objeto de promover marcas de cigarrillos”<sup>72</sup>.

Resulta importante señalar ciertas características que le son propias a la actividad publicitaria, y que por ende, la diferencian de otras formas de comunicación, a saber:

- Es información pagada, difundida a través de los medios de comunicación de masas;
- Es información persuasiva, dirigida indiscriminadamente a los consumidores potenciales del producto o servicio anunciado; y
- Es un intento de inducir a una acción beneficiosa para el anunciante<sup>73</sup>, representada en el ánimo de lucro.

#### **A. Elementos del Acto de Publicidad**

José María de la Cuesta Rute, nos proporciona una clasificación completa de los elementos que intervienen en el acto de publicidad, desde dos perspectivas: objetivos y subjetivos.

---

<sup>72</sup> Reglamento sobre el Control de la Publicidad y el Fumado de Cigarrillos, Decreto Ejecutivo, No. 20196 de 13 de diciembre de 1990.

<sup>73</sup> FERRER ROSELLO (Clemente), El consumidor frente a la publicidad, Madrid, Editorial INDEX, Primera Edición, 1980, p. 37-38, citado por VELASCO ABREGO (René), Op.Cit., p. 6.

La descripción de estos elementos proporcionará una visión más completa de los aspectos importantes del acto publicitario, razón por la cual es necesario su análisis para este trabajo de investigación.

### **A.1. Elementos Subjetivos**

Son aquellos que "se encuentran en el acto de publicidad desde el ángulo o perspectiva del anunciante"<sup>74</sup>.

#### **A.1.1. Comunicación**

La naturaleza propia del acto de publicidad, implica una necesaria comunicación hacia un público, que por lo general no se encuentra determinado por cuanto es la generalidad de posibles consumidores de bienes o servicios.

Esta comunicación es necesario diferenciarla de una comunicación informativa por medio de la cual se expresen ideas o juicios, ya que la actividad publicitaria va más allá de esta función, al pretender lograr en el individuo una conducta determinada, que equivaldría a la conclusión de un contrato.

---

<sup>74</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op.Cit., p. 37.

Para que la comunicación llegue en forma eficaz al destinatario final, se recurre a una serie de mecanismos, que emplea la publicidad con el fin de llegar de la forma más directa al público, por cualquiera de los medios de comunicación masiva existentes, llámense estos radio, televisión, prensa escrita; así como la necesidad de buscar otros recursos como vallas, rótulos, volantes, afiches, brochurs, etc.

### **A.1.2. Instrumentalidad**

La publicidad, no pretende ser solamente una información o comunicación acerca de la promoción de los bienes o servicios publicitados, sino busca provocar una actitud en el público a quien va dirigido. De esto se puede concluir, que los mensajes publicitarios son simples medios o instrumentos utilizados por el anunciante, para llamar la atención de los posibles consumidores y crear en ellos la necesidad de consumir.

Claramente, la intención del mensaje publicitario es señalada de la siguiente forma:

“La producción en sí no es un fin, no es una riqueza más que cuando hay hombres para absorberla. El elemento motor de toda prosperidad no es,



pues, la producción sino el consumo. Una economía floreciente es aquella en la que se consume al máximo<sup>75</sup>.

En palabras de De la Cuesta Rute, el mensaje publicitario busca un proceso de "respuesta"<sup>76</sup> en el público, el autor establece que dicha respuesta se ubica dentro del campo económico, propio de la naturaleza comercial del anunciante, y el ámbito material dentro del que se enmarca esta actividad.

El autor establece aquí otra diferencia con la información propiamente dicha, ya que según él, la información - en principio - se encuentra al servicio de un interés general de toda la comunidad, no importa si este interés es público o privado, para la propagación de ideas religiosas, políticas, sociales. Al contrario, el mensaje publicitario, se ordena a favor del interés particular del anunciante, quien puede ser el productor del bien, el que presta el servicio, o simplemente la persona quien pone a disposición del público los bienes y servicios.

"Toda publicidad constituya o no una transmisión de información es siempre una comunicación persuasiva por su esencial tendenciosidad"<sup>77</sup>.

De aquí, que resulte tan importante la aplicación de técnicas persuasivas en la actividad publicitaria, toda vez que dichas técnicas pueden eventualmente entrar en esferas del individuo muy personales, como su

---

<sup>75</sup> GUERIN (Robert), La Publicidad es una violación, Madrid, Editorial Sagitario S.A., p. 77.

<sup>76</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op.Cit., p. 39.

<sup>77</sup> Ibid., p.40.

psiquis (mente) y causar daños al individuo, violentando garantías fundamentales, consagradas en distintos cuerpos normativos, tanto en nuestro ordenamiento como en instrumentos internacionales.

### A.1.3. Intencionalidad

La publicidad persigue dos fines: uno inmediato cual es la llamada de atención al público y persuadirlo atendiendo a los intereses particulares del anunciante. Por otra parte, el fin mediato se determina por el resultado final que haya producido el mensaje publicitario. Este resulta en esencia, ser el fin primordial e indiscutible que busca la actividad publicitaria.

En este sentido Robert Guerin, nos señala "Toda buena publicidad es un diálogo en el cual el público toma parte. De aquí el gran éxito de las emisiones "Lo toma o lo deja" en que el auditor llega a entrar en juego. El anuncio mudo de Hathaway deja algo en suspenso; es *una invitación a una respuesta mental y la obtiene*"<sup>78</sup>. (El resaltado no es original).

De la Cuesta Rute, indica: "El acto de publicidad es un acto de atracción de otros hacia la conclusión de contratos"<sup>79</sup>.

Ninguna publicidad puede considerarse como neutra, ya que todas llevan la intención que por medio del mensaje, pretende comunicar el anunciante y

---

<sup>78</sup> GUERIN (Robert), Op.Cit., p. 68.

<sup>79</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María); Op.Cit., p. 41.

no es otra que la compra de los bienes y servicios ofrecidos por el anunciante<sup>80</sup>.

La intención del anunciante, debe ser clara, con el objetivo de que el posible consumidor pueda comprenderla y diferenciarla en su caso, de aquella publicidad que no tiene fines comerciales.

Así lo establece la Ley General de la Publicidad Española, cuando en su artículo 11, señala como obligación de los anunciantes "develar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios"<sup>81</sup>.

Como se puede ir desprendiendo de los señalamientos que hasta ahora se han hecho, resulta necesaria la conjunción de los elementos analizados, para poder hablar de actividad publicitaria, y no se encuadre dentro de la actividad informativa strictu sensu.

"Sin que sea posible desvincular los actos que estructuralmente sean informativos, strictu sensu, por una lado, y aquellos que no lo sean. Siempre que un acto comporte la intencionalidad que el artículo 2º, señala y se manifieste como susceptible de ser conocida esa intencionalidad por un grupo indiscriminado de destinatarios, es un acto de publicidad en sentido legal (...)"<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> VELASQUEZ RESTREPO (Carlos Alberto), Instituciones de Derecho Comercial, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, Primera Edición, 1995, p. 247.

<sup>81</sup> Ley General de la Publicidad, España, Op.Cit., artículo 11.

<sup>82</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op.Cit., p. 45.

#### **A.1.4. Voluntariedad**

“Consiste este elemento subjetivo en la conciencia implícita según la cual, el acto se hace para llamar la atención, para que el posible consumidor le examine en su contenido. El acto de publicidad no está hecho para pasar inadvertido, debe lograr que el consumidor lo perciba y causar un proceso reflexivo en él, motivándolo a tomar una decisión favorable respecto a lo ofrecido”<sup>83</sup>.

#### **A.2. Elementos Objetivos**

Se relacionan con el contenido del acto de publicidad y se manifiestan como bienes y servicios susceptibles de ser constituidos como objetos de un contrato.

Como objeto del acto publicitario se encuentran los bienes de consumo que en un sentido amplio, comprenden cualquier bien existente en el mundo físico, susceptible de convertirse en objeto de un contrato.

De la Cuesta Rute, acepta la posibilidad de que la persona humana pueda ser objeto de la actividad publicitaria, llamando la atención sobre sí misma, si la finalidad es incrementar el volumen de sus operaciones negociales<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> VELASQUEZ RESTREPO (Carlos Alberto), Op.Cit., p. 248.

<sup>84</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op.Cit., p. 47.

En nuestro ordenamiento jurídico esto no sería posible, por cuanto el artículo 44 del Código Civil, establece que "Los derechos de la personalidad están fuera del comercio"<sup>85</sup>.

Del mismo modo, también se consideran objetos de la actividad publicitaria los factores de la producción, por cuanto son objetos de la vida.

## **B. Sujetos del Acto de Publicidad**

Debemos recordar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la noción de sujeto de derecho implica la referencia necesaria a una persona, a quien residen potencialmente los derechos como tales, así como la facultad de ejecutarlos.

También se consideran sujetos de derecho, las personas jurídicas a quienes el Estado les reconoce su condición de tal, sin embargo, estas no asumen los atributos de la personalidad.

En el derecho publicitario, de acuerdo con la doctrina en general, intervienen una serie de sujetos, a saber son los siguientes: anunciante, agencia de publicidad, medios y el consumidor o persona a quien va dirigida la publicidad.

---

<sup>85</sup> Código Civil, Ley No. 63 de 28 de setiembre de 188, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., Quinta Edición, 1998, art.44.

## B.1. Anunciantes

La Ley General de Publicidad Española, define al anunciante como "aquella persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad"<sup>86</sup>.

Como se observa, el anunciante es la persona en cuyo interés se va a realizar la actividad publicitaria para difundir públicamente a la masa de posibles consumidores. Tan es así, que la Ley General de Publicidad Española, señala "El anunciante tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad"<sup>87</sup>.

De la Cuesta Rute, señala la posibilidad que el anunciante pueda ser o no comerciante, sin que dicho acontecimiento determine la naturaleza propia del acto publicitario, por cuanto el sujeto puede no ser comerciante, pero el acto a publicitar tiene por objetivo principal llamar la atención y persuadir a los receptores de ese mensaje para la conclusión de contratos favorables para el anunciante<sup>88</sup>.

El Reglamento para el Control de la Publicidad de Alimentos, define al anunciante como la "persona física o jurídica que se encarga del diseño de publicidad para los productos que comercializa"<sup>89</sup>. En este sentido, se estaría

---

<sup>86</sup> Ley General de Publicidad, Op.Cit., artículo 10.

<sup>87</sup> Ibid., artículo 12.

<sup>88</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op.Cit., p. 52.

<sup>89</sup> Reglamento para el Control de la Publicidad de Alimentos, Decreto Ejecutivo No. 30094-S de 5 de diciembre de 1990, artículo 3.

confundiendo anunciante, con la agencia de publicidad, encargada en la mayoría de los casos, de realizar los diseños, estudios de mercado, implementación de técnicas sobre la campaña publicitaria del productor a anunciar.

En este sentido, Velásquez Restrepo, define al anunciante como "toda persona que, según se dijo, origina inversión publicitaria, ya sea directa o a través de agencias de publicidad. Así las cosas, el único sujeto que directamente se vincula al anuncio es el anunciante, quien en definitiva es el que propone la comunicación, la instrumentalidad, la intencionalidad y la voluntad del acto"<sup>90</sup>.

En nuestro ordenamiento, el artículo 258 de la Ley General de Salud, se habla de "Las personas naturales o jurídicas que hagan difusión o propaganda sobre tópicos referentes a la salud de las personas o que puedan influir en ésta para afectarla"<sup>91</sup>. Estas personas deben cumplir con ciertos requisitos y obligaciones para la difusión de los mensajes, haciendo referencia implícitamente al sujeto que anuncia productos referentes a tópicos de la salud.

El Reglamento sobre el Control de la Publicidad y el Fumado de Cigarrillos, en su artículo 1º, se refiere a anunciantes como empresas o firmas como:

---

<sup>90</sup> VELASQUEZ RESTREPO (Carlos Alberto), Op.Cit., p. 248.

<sup>91</sup> Ley General de Salud, No. 5395 de 30 de octubre de 1973, artículo 258.

“Las empresas productoras o importadoras de cigarrillos, los agentes representantes de marcas de cigarrillos, así como sus distribuidores ya sea por mayor o por detalle”<sup>92</sup>.

Del mismo modo, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no define quien es anunciante, sin embargo, en su artículo 34, establece los requisitos a cumplir para publicitar los bienes y servicios, y el párrafo final indica:

“Al productor o al comerciante que, en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo, se le debe obligar a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados”.

Como se puede observar, no define quien es anunciante, pero sí admite que el productor o comerciante es quien promociona bienes y servicios, por tanto, entra dentro de lo que hemos sobre el anunciante, atendiendo a las definiciones que sobre tal se dan en otros cuerpos normativos.

En la legislación costarricense no existe un consenso acerca de lo que se entiende por anunciante en un sentido estricto, sino por el contrario, dependiendo del ámbito específico de la ley así se considera anunciante en un sentido u otro, pero en términos generales considero que anunciante es aquella persona que directamente o por intermedio de otra pretende publicitar

---

<sup>92</sup> Reglamento sobre Regulación y Control de Publicidad de Cigarrillos, Op.Cit., artículo 1.



un producto o informar sobre un determinado bien o servicio a un público indeterminado, con un ánimo de lucro o para obtener un determinado beneficio.

## **B.2. Medios:**

“Son los canales a través de los cuales los anunciantes comunican sus mensajes a los consumidores. Son dicho de otra manera, los soportes de la comunicación”<sup>93</sup>.

Por su parte, la Ley General de Publicidad Española, define los medios de publicidad como “las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten”<sup>94</sup>.

En Costa Rica, el Reglamento sobre el Control de la Publicidad y el Fumado de Cigarrillos, define como medio publicitario “Toda forma, sistema o técnica empleada para la comunicación colectiva”<sup>95</sup>.

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en su artículo 57, señala la posibilidad de recurrir a “un medio de

---

<sup>93</sup> VELASCO ABREGO (René), Op.Cit., p. 39.

<sup>94</sup> Ley General de Publicidad, España, Op.Cit., artículo 10.

<sup>95</sup> Reglamento sobre el Control de la Publicidad y el Fumado de Cigarrillos, Op.Cit, artículo 1.

comunicación social", para informar a la opinión pública, sobre una infracción que se haga cometido, y que atente contra la salud, seguridad de los consumidores, afecte el medio ambiente, etc.<sup>96</sup>.

La Ley General de Salud, considera como medio a la prensa, radio y televisión, dejando abierta la posibilidad de considerar como tales otros<sup>97</sup>.

En igual sentido, la Ley que Regula los Medios de Difusión y Agencias de Publicidad, en su artículo 3º, indica los requisitos de quienes pueden explotar los medios de difusión y las agencias de publicidad, así "las personas físicas o jurídicas, bajo la forma de Sociedades Personales o de capital con acciones nominativas. Tales sociedades deberán inscribirse en el Registro Público, y su capital deberá permanecer íntegramente a personas que cumplan con los requisitos (...)"<sup>98</sup>.

La legislación en este sentido no es clara, por cuanto no define de forma precisa, como la legislación española, que debe ser considerado como medio de difusión de publicidad. Si bien en las definiciones anteriormente reseñadas no se define claramente los medios, sí establece quienes son sus titulares, quienes como sujetos de derechos son capaces de hacer surtir efectos jurídicos relevantes para el derecho. En términos generales, los medios de

---

<sup>96</sup> Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Op.Cit., artículo 57.

<sup>97</sup> Ley General de Salud, Op.Cit.

<sup>98</sup> Ley de Propiedad de Medios de Comunicación Colectiva y Agencias de Publicidad, No. 6220 de 20 de abril de 1978, artículo 3.

difusión de la publicidad en general en nuestro país, se encuentran representados por los canales de televisión, prensa escrita, radio, publicidad exterior.

### **B.3. Agencias de Publicidad:**

Las agencias de publicidad resultan ser las intermediarias entre los anunciantes y los medios utilizados para la difusión o propagación de los mensajes.

Realizando una remisión nuevamente a la Ley General de Publicidad española, encontramos la definición de agencias de publicidad como "la persona natural o jurídica que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante"<sup>99</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Reglamento para el Control de la Publicidad de Alimentos, define en su artículo 3º, agencia de publicidad como:

"Toda persona física o jurídica que se encarga del diseño de publicidad para productos comercializados por terceras personas"<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Ley General de Publicidad, España, Op.Cit., artículo 10.

<sup>100</sup> Reglamento para el Control de la Publicidad de Alimentos, Op.Cit., artículo 3.

De la anterior definición, se desprende claramente la función de intermediación que tienen las agencias de publicidad.

El Anteproyecto de Ley de Publicidad de Venezuela, define como agencia o agente de publicidad, "las personas naturales o jurídicas, que se dediquen profesionalmente u de manera organizada a crear, preparar, programar, ejecutar y controlar mensajes de publicidad por cualquier medio de comunicación social, así como la contratación de espacios para su difusión, por si mismos o por cuenta de un anunciante, a título oneroso o gratuito"<sup>101</sup>.

En la actualidad, las agencias de publicidad, son empresas altamente especializadas en técnicas publicitarias, asistidas por un grupo de profesionales en diversas áreas, como por ejemplo, psicólogos, especialistas en mercadotecnia, sociólogos, analistas de mercado, etc.

De la Cuesta Rute, señala como características de las agencias:

"La primera, la de constituir una compleja organización de medios humanos y materiales indispensables a la instrumentalización del acto publicitario. La segunda, es la de que la finalidad de tal organización viene constituida por la instrumentalización de los actos en interés ajeno. Y, la tercera, en conexión con las dos anteriores, que a la instrumentalización de los actos se dedican de modo habitual, obteniendo de esa actividad un lucro"<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Anteproyecto de Ley de Publicidad, Venezuela, 1999, artículo 4.

<sup>102</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op.Cit., p. 108.

Las agencias de publicidad, son verdaderos sujetos de derecho, en virtud, de la compleja gama de deberes y obligaciones jurídicas que tiene en el desempeño de sus funciones, las cuales resultan de suma importancia para el Estado; dichas responsabilidades no son únicamente con los anunciantes y los medios, con quienes realizan contratos publicitarios de servicios, sino también con la sociedad en general, con los consumidores en su condición de tales, con las personas en general quienes observan diariamente los mensajes contenidos en los comerciales, donde entran en juego las limitaciones en el ejercicio de su actividad. Limitaciones constitucionalmente establecidas, que serán analizadas en el Capítulo II de este Título.

#### **B.4. Consumidores:**

El fin último de la actividad publicitaria, es la persuasión a los destinatarios del mensaje, para la posible conclusión de un contrato. Estos destinatarios, la doctrina en general los denomina, consumidores de bienes y servicios.

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, define al consumidor como "Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, disfruta o utiliza los bienes o servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano que adquiera

productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros".<sup>103</sup>

La Constitución Política, y la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, señalan el derecho del cual gozan los consumidores para reclamar el cumplimiento de los derechos que a su favor se consagran, tanto de forma individual, como la integración de agrupaciones u organismos para la defensa de estos derechos<sup>104</sup>.

### **C. Principios Publicitarios**

Con el fin de lograr un mejor desarrollo de la actividad publicitaria, la doctrina y legislación, han llegado al acuerdo de enumerar ciertos principios básicos, que sirvan como límites dentro de los cuales ha de encuadrarse esta actividad.

La Radiotelevisión Valenciana, al adoptar un documento que establece las normas básicas dentro de las cuales encauza su actividad, señala lo siguiente:

---

<sup>103</sup> Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Op.Cit., artículo 2.

<sup>104</sup> En este sentido ver, Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949, San José, Litografía IPECA S.A., 2001, artículo 46; igualmente, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Op.Cit., artículo 29 inciso g); Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, No.25234-MEIC, de 1º

"En defensa de estos valores se imponen determinadas restricciones al ejercicio de la publicidad. Restricciones expresamente en estas normas, si bien procurando, por un lado, reducir al mínimo aceptable las limitaciones, y por otro, tipificarlas. Con el fin de evitar declaraciones y prohibiciones generales e indeterminadas, que pudiesen dejar indefensos a los anunciantes ante los órganos encargados de decidir sobre la procedencia, o improcedencia, de los anuncios que se pretenden emitir".

Pedro Recuenco, nos señala que dichos principios son "...una limitación al libre ejercicio de la actividad publicitaria y una garantía para los consumidores y la comunidad al determinar una conducta a la que ha de atenerse la publicidad en virtud de la responsabilidad social en que incurren dichos profesionales"<sup>105</sup>

Dichos principios, se encuentran enumerados de forma más ordenada en algunos países de Europa, como por ejemplo España, donde con la promulgación de la Ley General de la Publicidad, quedaron indicados los siguientes: legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia.

---

de julio de 1996, artículo 41; Reglamento 26909-MEIC-G, de 20 de mayo de 1998.

<sup>105</sup> RECUENCO (Pedro), Normativa futura del profesional de la publicidad, Publitechia, Revista del Instituto Nacional de la Publicidad, Madrid, No. 53, enero – marzo de 1980, p. 50.

En nuestro país, como ya se ha podido ir desprendiendo del estudio realizado no existe una legislación que los establezca de forma ordenada, sino que se encuentran desperdigados en distintas leyes, las cuales tratan de uno u otro modo, temas relacionados con la actividad publicitaria.

En otros países, estos principios han sido recogidos, en Códigos de Ética de la actividad publicitaria de las distintas agencias de publicidad, que son básicamente normas de autorregulación, sin ninguna repercusión jurídica para sus miembros. Tal es el caso de Costa Rica, con la Asociación Costarricense de Agencias de Publicidad (ASCAP), como asociación privada, poseen una declaración de principios en su acta constitutiva, que sea vinculante su adopción, ni siquiera aún, la obligatoria pertenencia a la Asociación. En la actualidad solamente el diez por ciento de las agencias de publicidad de Costa Rica, se encuentran asociadas a ASCAP.

#### **1. Principio de Legalidad.**

Por principio de legalidad se entiende que la actividad publicitaria "debe respetar la dignidad de la persona así como los valores y derechos reconocidos en la Constitución especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer; también respetará las normas especiales



referentes a la publicidad y comercialización de determinados productos sanitarios, farmacéuticos, alimenticios, alcohólicos, etc.”<sup>106</sup>.

Este principio se encuentra establecido en el artículo 3º de la Ley General de Publicidad de España, cuando enumera los supuestos que se considerados como publicidad ilícita, sea contrarios al ordenamiento jurídico:

- a- La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, juventud y la mujer.
- b- La publicidad engañosa.
- c- La publicidad desleal.
- d- La publicidad subliminal.
- e- La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes actividades o servicios.

Del igual modo, la Radio Televisión Valenciana, en el documento “Normas básicas de publicidad”<sup>107</sup>, establece el principio de legalidad al indicar en su artículo 1º que “La publicidad respetará el Ordenamiento Constitucional, la Declaración Universal de Derechos Humanos y cuantos Tratados Internacionales hayan sido suscritos o se suscriban por España, El Estatuto

---

<sup>106</sup> JIMENEZ SANCHEZ (Guillermo J.), Derecho Mercantil, Buenos Aires, Editorial Ariel S.A., Primera Edición, 1986, p. 594.

<sup>107</sup> Normas Básicas de la Radio Televisión Valenciana, España, 1993, Dirección en Internet: <http://www.rtv.es/www/rtvv/normasv.htm>

de Autonomía de la Comunidad Valenciana, la Ley de Creación del Ente Público Radiotelevisión Valenciana y los Principio Básicos y Líneas Generales de Programación del mismo. Así como la Ley General de Publicidad y Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, así como las disposiciones legales que afecten la actividad publicitaria”.

Estos enunciados en términos generales, procuran ordenar la actividad publicitaria dentro de los parámetros de legalidad establecidos en el ordenamiento jurídico. En nuestro ordenamiento jurídico, de igual forma se encuentran límites expresamente señalados, como los establecidos en el artículo 28 de la Constitución Política, cuando señala el orden público, moral y no causar daños a terceros.

La publicidad debido a su naturaleza, así como a la gran cantidad de personas indeterminadas a quienes va dirigida, merece ordenar su actividad dentro de los parámetros establecidos, en primer lugar, a lo interno de la agencia a la cual se le encomienda la labor de realizar los mensajes publicitarios, y en segundo término, a los medios de comunicación social, quienes transmiten dichos mensajes, no obviando por supuesto, la responsabilidad del anunciante.

Se ha afirmado abundantemente, el hecho de que al establecer parámetros de acción a la actividad publicitaria, se hace con la finalidad de proteger al sujeto más débil en la cadena publicitaria, como lo es el posible consumidor, a quien se bombardea con la gran cantidad de publicidad recibida

por distintos medios, llámese radio, televisión, prensa escrita, anuncios, rótulos, etc.

Al enunciar este principio, se procura el debido cumplimiento de la normativa existente. Como se mencionó anteriormente, no hay en nuestro país una legislación sistemática que regule la materia publicitaria, sin embargo, dentro de toda la legislación existente, se encuentran algunas normas, que de una u otra forma hacen referencia a dicho principio. Así, la Ley General de Salud<sup>108</sup>, en su artículo 141, establece la prohibición de emitir propaganda de medicamentos o cosméticos dirigidos al público, que induzcan a error o sea contraria a las regulaciones establecidas sobre la materia.

La Ley de Radio<sup>109</sup>, prohíbe expresamente: el uso de lenguaje vulgar o contrario a las buenas costumbres, así como usar lenguaje injurioso que perjudique intereses personales, la transmisión o circulación de noticias falsas, señales o llamadas de alarma sin fundamento. De lo anterior se interpreta, que las transmisiones radiofónicas deben ir de acuerdo con la moral social, el orden público y con las buenas costumbres, y el ordenamiento jurídico en su totalidad.

El Reglamento de Publicidad frente a las Vías Públicas, establece en su artículo 16, que "Todos los anuncios o rótulos deberán presentar un satisfactorio aspecto estético y no contendrán expresiones obscenas o

---

<sup>108</sup> Ley General de Salud, Op.Cit., artículo 141.

<sup>109</sup> Ley de Radio, No. 1785 de 19 de junio de 1954, artículo 17, incisos b,d y e.

contrarias a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, ni términos que directa o indirectamente dañen o injurien los derechos consagrados en la Constitución o las leyes”<sup>110</sup>.

El artículo 1º de la Ley de Protección de la Mujer en la Publicidad, establece. “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”<sup>111</sup>.

Este artículo guarda importancia con el principio de legalidad señalado, por cuanto los derechos en este artículo garantizado gozan de protección en nuestro ordenamiento, tanto en la Constitución Política como en el ordenamiento internacional, la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad, la niñez, etc., y por ende, constituyen límites que dicha actividad debe tener en consideración por ser bienes superiores.

De la misma manera, el Reglamento de Control de la Publicidad de Alimentos<sup>112</sup>, establecen la posibilidad de regular la publicidad y propaganda de alimentos, atendiendo al fin de proteger los derechos de terceros y el orden público.

---

<sup>110</sup> Reglamento de Publicidad Exterior frente a Vías Públicas, Op.Cit., artículo 16

<sup>111</sup> Ley No. 5811 de 10 de octubre de 1975, artículo 1.

<sup>112</sup> Reglamento para el Control de la Publicidad de Alimentos, Op.Cit., artículo 4.

En relación con las restricciones a la publicidad de fumado, se establece en el artículo 9 del Reglamento de Fumado, la prohibición de emitir publicidad en los siguientes supuestos:

- a. Utilice a personas menores de edad.
- b. Su contenido se dirija especialmente a personas menores de edad.
- c. Mencione o insinúe efectos estimulantes de los cigarrillos o el tabaco.
- d. Emplee a deportistas, científicos, profesionales o modelos que representen a estos personajes.
- e. Utilice el testimonio de personas reconocidas o apreciadas públicamente.
- f. Contenga escenas evidentemente morbosas o de fuerte contenido erótico.
- g. Muestre personas fumando.

De este artículo se observa claramente la intención del legislador de proteger bienes de superior rango que los garantizados por la actividad publicitaria, con el objetivo de procurar no causar efectos dañinos a la población procurando resguardar el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Como las mencionadas, existen otras regulaciones en nuestro ordenamiento, que de forma indirecta consagran o pretenden encauzar el ejercicio de la actividad publicitaria dentro de parámetros tendientes a proteger de la forma más adecuada el ordenamiento jurídico, así como los miembros componentes de la sociedad quienes podrían eventualmente verse

dañados con la utilización desmedida y sin regulación expresa de parámetros legales claramente establecidos.

## C.2. Principio de Veracidad.

Este principio supone “que la publicidad no puede ser engañosa ni por acción ni por omisión: no puede contener falsedades que generen un error en sus destinatarios con el consiguiente perjuicio para ellos y los competidores ni tampoco puede silenciar aspectos fundamentales de los bienes, servicios o actividades ofrecidos”<sup>113</sup>.

El artículo 46 de la Constitución Política consagra este principio, al manifestar: “Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, **a recibir información adecuada y veraz**; a la libertad de elección, y a un trato equitativo...”. (El resaltado no es original).

El principio de veracidad busca principalmente, evitar que se le cause un daño al consumidor utilizando como gancho la buena fe de éste, con informaciones falsas o tendientes a exagerar las cualidades de un bien o servicio.

---

<sup>113</sup> JIMENEZ SANCHEZ (Guillermo J.), Op.Cit., p. 594.

Al respecto la Sala Constitucional, en el voto 5393-1997<sup>114</sup>, sobre el principio de veracidad ha manifestado lo siguiente:

“Se reconoce entre otros, que el principio de veracidad de la propaganda deber ser el de mayor transparencia, en el sentido de que debe respetarse la verdad del contenido del mensaje, evitando al máximo que se desnaturalicen los hechos o se haga incurrir al interlocutor comercial en error. Desde este punto de vista, la veracidad funciona en una doble vía para proteger la verdad del contenido publicitario y para amparar sobre todo al consumidor, que como destinatario final – según se ha dicho en párrafos anteriores – no puede ser sorprendido por una publicidad deformada”.

En nuestro ordenamiento la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en su artículo 29 establece como derechos del consumidor, relacionados a este principio:

- El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio,

---

<sup>114</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5393 de 15Hrs. 18 del 05 de setiembre de 1997.

- La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.

El afán de los anunciantes de vender sus bienes o servicios, en forma masiva y constante, los llevan a buscar en los mensajes publicitarios un medio rápido para ello, sin embargo en dicho afán, acuden a la utilización de argumentaciones persuasivas e ingeniosas. De esta forma el consumidor se ve envuelto en trucos publicitarios los cuales anuncian informaciones no veraces, en extremo exageradas, ambiguas, que los llevan a caer en el engaño a causa de la información recibida por medio de estímulos.

En los últimos años en nuestro país, la utilización de estos mecanismos ha visto un freno debido a la importancia que ha asumido la creación de la Comisión nacional de defensa del consumidor, ente adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, como órgano encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la cual protege al consumidor de los eventuales daños de que pueda ser objeto con la utilización de informaciones carentes de veracidad, exageradas, ambiguas, etc. Actualmente, se reciben en dicha Comisión gran cantidad de denuncias contra productos que no cumplen con las características publicitadas, informaciones falsas sobre las cualidades de determinados productos, servicios que son dados en forma deficiente, que han creado una conciencia entre los



productores y anunciantes sobre la responsabilidad que puede ser acarreada contra informaciones que causen daño a los consumidores (artículo 44 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor).

El anunciante, de acuerdo con esta normativa, tiene la obligación legal de ser exacto en la información brindada a los consumidores, ya que el consumidor puede hacer uso de los medios legales para reparar los agravios ocasionados como resultado de esta información.

En la Ley General de la Publicidad de España, se considera publicidad engañosa "la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que, silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios."<sup>115</sup>.

En la legislación española, se contemplan los presupuestos dentro de los cuales se puede considerar a un mensaje publicitario como publicidad engañosa, tomando en cuenta los elementos e indicaciones sobre:

- a- Las características de los bienes, actividades o servicios (calidad, cantidad, especificaciones, fecha de fabricación, presentación, resultados

---

<sup>115</sup> Ley General de la Publicidad, Op.Cit., artículo 4.

de su utilización, nocividad o peligrosidad, etc.). Precio o modo de fijación del mismo.

- b- Condiciones jurídicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o prestación de los servicios.
- c- Motivos de la oferta.
- d- Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante.
- e- Servicios de posventa.

Amén de las anteriores consideraciones esbozadas, cabe resaltar el criterio esgrimido por la jurisprudencia constitucional española, quien considera que la veracidad exigida a la actividad publicitaria, no es un límite al ejercicio de la misma, sino más bien, una exigencia intrínseca para obtener la tutela del derecho.

En la Ley General de Salud, en su artículo 382, se establece una sanción para quien haga uso de publicidad engañosa, así: "Será reprimido de veinte a sesenta días multa el que hiciere publicidad o propaganda engañosa o ambigua que pueda ser perjudicial para la salud de las personas o que pueda inducir a error al público en asuntos relativos a la conservación o recuperación de la salud, a menos que el hecho constituya delito". En el artículo 260 de la misma ley, se enumeran los supuestos dentro de los cuales se considera a una publicidad como engañosa o ambigua, sobre:

- a- La curación de enfermedades mediante tratamientos secretos, rituales, infalibles, de plazo cierto o de panaceas para el objeto.
- b- La calidad, potencia o eficacia curativa de medicamentos o la calidad nutritiva de alimentos de uso común o médico, sin la debida autorización o en disconformidad a la autorización obtenida o aduciendo encuestas o informes de autoridades o de centros de investigación falsos.
- c- La capacidad o potencia de cosméticos o de sistemas de operaciones especiales para modificar o mantener la apariencia física de personas, sin la debida autorización o en disconformidad a la autorización obtenida.
- d- El ofrecimiento de servicios profesionales en ciencias de la salud por personas sin título para hacerlo, o no autorizadas debidamente para ejercer tales profesiones, especialidades y oficios.

Este principio tiende básicamente a tutelar un interés público, debido a la importancia de los bienes protegidos, como son la salud, la seguridad e integridad de las personas y la confianza pública, las cuales pueden verse seriamente afectadas, en especial tratándose de la publicidad, la cual como se ha mencionado bastamente, acude a la utilización de técnicas eminentemente persuasivas. Es de tal importancia este principio que existen delitos tipificados en el Código Penal que protegen la salud pública, tal es el caso de los

artículos 261 y 162<sup>116</sup>, cuando se adultere, contamine, envenenen aguas o sustancias alimenticias o medicinales, que se encuentren destinadas al uso público o de una colectividad.

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico contempla otros delitos, relacionados con infracciones al principio de veracidad, como son los delitos de estafa cuando quien debe entregar un bien o prestar un servicio ofrecido públicamente en los términos establecidos en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no lo realice en las condiciones pactadas, sino que se valga de engaño o cualquier acción manipuladora (artículo 216 del Código Penal). En igual forma se tipifican los delitos de agiotaje (artículo 238 Código Penal), usura (artículo 236 Código Penal).

El Reglamento sobre el Control de Publicidad y el Fumado de Cigarrillos, en su artículo 2, indica: "La publicidad de cigarrillos deberá ser verídica y no conducir a engaño sobre las características de esos productos, su calidad y

---

<sup>116</sup> "Artículo 261.- será reprimido con prisión de tres a diez años, el que envenenare, contaminare o adulterare, de modo peligroso para la salud, aguas o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o de una colectividad.

Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de ocho a dieciocho años de prisión."

"Artículo 262.- Adulteración de otras sustancias. Será reprimido con prisión de uno a cinco años el que envenenare, contaminare o adulterare de modo peligroso para la salud, sustancias o cosas destinadas al uso público o de una colectividad, distintas de las enumeradas en el artículo precedente". Código Penal, Ley No. 4573 de 04 de mayo de 1970, San José, Editorial Porvenir, 13ª Edición, 1999, artículos 261 y 262.

técnicas de elaboración. La información que se dé sobre estos elementos debe ser objetivamente comprobable”<sup>117</sup>.

Igualmente, el Reglamento para el Control de la Publicidad de Alimentos, señala en su artículo 7, “La Dirección podrá solicitar al responsable, cualquier información o material que considere necesario para comprobar la veracidad del material publicitario. Además los medios de comunicación tendrán a disposición del Ministerio, el material publicitario del último mes”<sup>118</sup>.

De la misma forma, el Decreto sobre la Regulación del Fumado, establece en su artículo 1 “... el Poder Ejecutivo velará porque la información que se transmita por los medios de comunicación colectiva, sobre el consumo de tabaco y sus derivados, sea enteramente objetiva, no se dirija a las personas menores de edad y se difunda en los horarios establecidos en esta Ley”<sup>119</sup>.

En materia relativa a la defensa de los derechos de los consumidores, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, define la publicidad engañosa, así como los elementos que pueden inducir a error, engaño o confusión, al señalar:

“Publicidad engañosa: Todo tipo de información o comunicación de carácter comercial en que se utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o

---

<sup>117</sup> Reglamento sobre el Control de la Publicidad y el Fumado de Cigarrillos, Op.Cit., artículo 2.

<sup>118</sup> Reglamento para el Control de la Publicidad de Alimentos, Op.Cit., artículo 7.

<sup>119</sup> Regulación del Fumado, Decreto Ejecutivo No. 7501 del 5 de mayo de 1995, artículo 5.

descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión, puedan inducir a engaño, error o confusión al consumidor ...<sup>120</sup>.

La normativa en nuestro ordenamiento sobre este principio es basta, su objetivo primordial es constituir una garantía contra los posibles abusos que pueda cometer un anunciante, considerando la posición de ventaja en la cual se encuentra el anunciante.

Pero en última instancia, lo importante es fomentar una conciencia tanto en los anunciantes, como en las agencias de publicidad, de evitar prácticas que contravengan los parámetros de este principio, ya que de no ser así, tendrá consecuencias legales posteriores, así como una posible desventaja traducida en el hecho de que los consumidores crearan conciencia de las falacias dentro de las cuales se han visto envueltos, lo cual se reflejará en una disminución sustancial en la adquisición de bienes y servicios, con lo cual se da un efecto contraproducente.

### **C.3. Principio de Autenticidad.**

El contenido principal de este principio requiere que el destinatario del mensaje publicitario pueda percibir y distinguir tal mensaje como lo que es, sin necesidad de un esfuerzo intelectual o sensorial considerable, así como, toda

---

<sup>120</sup> Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Op.Cit., artículo 2.

actividad tendiente a confundir el mensaje publicitario, con el mensaje informativo (entendiendo este como aquel mensaje objetivo y no encaminado a fomentar la contratación de un producto).

De la Cuesta Rute, recalca la importancia de este principio por "... el hecho de que un mensaje publicitario se manifieste inequívocamente como tal comporta la aplicación por parte de los destinatarios de un coeficiente de reserva o desconfianza, en el que se encuentra una de las más firmes defensas de la comunidad frente a las informaciones tendenciosas que se le suministran"<sup>121</sup>.

No es frecuente encontrar este principio dentro de la legislación, más sin embargo, eso no significa que no sea necesario respetar su contenido. Los ejemplos más claros de dicha regulación la tenemos en el derecho comparado, específicamente en la Ley General de la Publicidad española, cuando establece que "Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios".

En un mismo sentido, el documento denominado "Normas Básicas de Publicidad de la Radiotelevisión Valenciana", señalar en su artículo 15: "La emisión de publicidad se hará de manera diferenciada de la programación. Se

---

<sup>121</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op. Cit., p. 178.

presentará por bloques identificados por señales visuales y sonoras en TVV o sonoras en el Canal Nou, a excepción de la publicidad de patronazgo o sponsorización, la sobreimpresa y la estática en las diversas retransmisiones. Queda prohibida la publicidad subliminal.<sup>122</sup>

Tomando en consideración el importante papel que juegan los medios de comunicación social, como formadores de la opinión pública de los ciudadanos, este principio de autenticidad es relevante con el único fin de guardar el crédito de dichos medios informativos. Un descrédito tendría repercusiones importantes en distintos campos, no solamente en el más importante como lo es el económico, sino el campo social debido al descrédito ante la población.

En Costa Rica, no se encuentra una norma que de forma directa o indirecta haga referencia a este principio, dicho principio, queda relegado más bien al ámbito de la ética y de la moral de la actividad publicitaria, en la forma de declaraciones de principios sobre el ejercicio de la actividad publicitaria.

#### **C.4. Libre competencia.**

El principio de libre competencia lleva su razón de ser, como garantía para una libertad consagrada a favor del ser humano, como lo es la Libertad de

---

<sup>122</sup> Normas Básicas de Publicidad de la Radiotelevisión Valenciana, de 20 de enero de 1993, artículo 15.



Comercio. Libertad que se encuentra consagrada en el artículo 46 de la Carta Magna.

La libre competencia entre comerciantes es el fundamento en el cual encuentra justificación la actividad publicitaria, toda vez, que ésta es solamente un instrumento para ejercer la libertad de comercialización, y su respectivo derecho de competir con otros comerciantes en el mercado. Esta acción de los anunciantes, debe ser adecuada y correcta a las costumbres comerciales, para no causar indefensión y desventaja a los demás.

La libre competencia entre anunciantes por los mecanismos normales, se traduce en un beneficio para el consumidor, por cuanto le provee de mejores criterios para una mejor elección de acuerdo a sus necesidades y a las distintas alternativas del mercado.

Esto supone una manera de actuar de los anunciantes correcta, honesta, sana, leal, para no caer en el campo de la competencia desleal, entendida ésta, de acuerdo con la Ley General de la Publicidad de España:

\*1. La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos o servicios o actividades. 2. La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como ha que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y

buenos usos mercantiles. 3. La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado”.<sup>123</sup>

La competencia desleal, trata de perjudicar directamente no solamente a otras empresas, sino a los consumidores, trayéndolos a engaño y confusión. Las técnicas de publicidad desleal, pueden llevar a un consumidor a adquirir determinado bien o servicio que en condiciones normales, no hubiera adquirido. Si bien es cierto, la finalidad principal es desplazar la clientela de los demás anunciantes en su provecho, los consumidores resultan ser afectados por cuanto las condiciones anormales en las cuales se presenta este tipo de publicidad, quebrantan a su vez los principios de veracidad y legalidad, por tanto, dichas prácticas resultarían contrarias con el ordenamiento jurídico.

Dada la importancia de las repercusiones de la competencia desleal, es que se hace necesaria la intervención del Estado, para poner orden y resguardar los intereses de los miembros de la sociedad. Sobre el cuestionamiento que se hace sobre el sujeto a quien se protege por medio de la prohibición del ejercicio de la competencia desleal, De la Cuesta Rute considera que “... cuando el acto de competencia es publicitario su calificación

---

<sup>123</sup> Ley General de la Publicidad, Op. Cit. Artículo. 6.

de desleal se mide por la lesión a la competencia misma en cuya custodia los consumidores están interesados (...), la potencialidad del daño a un concurrente se subordina a aquél prevalente interés general"<sup>124</sup>.

La competencia desleal se manifiesta por medio de la utilización de las siguientes técnicas publicitarias<sup>125</sup>:

- a. Confusión: por medio de esta se procura crear en el consumidor un estado de imposibilidad para distinguir entre un producto o servicio y otros que le son similares.
- b. Denigración: busca el desprestigio de un producto, servicio o establecimiento de uno o más competidores.
- c. Desorganización del mercado: pretende provocar un desorden en el mercado con la inobservancia de los buenos usos comerciales, o procedimientos que evidencien deslealtad.

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece en su artículo 17 la regulación sobre competencia desleal: "Entre los agentes económicos, se prohíben los actos de competencia contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, generalmente aceptados en el sistema de mercado, que causen un daño efectivo o amenaza de daño comprobado".

---

<sup>124</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op. Cit., p. 208.

<sup>125</sup> Sobre la aplicación de técnicas publicitarias de competencia desleal, ver JIMENEZ SANCHEZ (Guillermo J.), Op.Cit., p. 594.

El Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, define la competencia desleal como "todo acto o hecho engañoso que, como los que contempla el artículo 66, se realice con la intención de aprovecharse indebidamente de las ventajas que otorgan las marcas, nombres comerciales y las expresiones o señales de propaganda en perjuicio del titular de las mismas o del público consumidor"<sup>126</sup>.

El Código Penal contempla dentro de su articulado, un delito contra la utilización de propaganda desleal, al que por maquinaciones fraudulentas, sospechosas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratarse de desviar en provecho propio o de un tercero la clientela de un establecimiento comercial o industrial, será reprimido con treinta a cien días multa<sup>127</sup>. Este delito se consuma con el hecho de tratar de desviar en su provecho o en el de un tercero la clientela de un establecimiento comercial, independientemente de que se haga o no efectiva la producción de un daño.

El Reglamento de Inscripción y Propaganda de Medicamentos y Cosméticos<sup>128</sup>, en el artículo 61 señala un supuesto de competencia desleal, al prohibir hacer por medio de la propaganda y promoción de medicamentos o cosméticos comparaciones con otros productos.

---

<sup>126</sup> Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, Decreto Ejecutivo No. 4543 de 128 de marzo de 1970, artículo 65.

<sup>127</sup> Código Penal, Op.Cit., artículo 242.

<sup>128</sup> Reglamento de inscripción y propaganda de medicamentos y cosméticos, Decreto Ejecutivo No. 24008-S del 22 de febrero de 1995, artículo 61.

Se puede concluir, que en Costa Rica, se dispone de regulaciones expresas tendientes a promover la libre competencia y en sentido contrario, prohibir tajantemente la utilización de técnicas de competencia desleal, por medio de la actividad publicitaria. Es de suma importancia, la protección garantizada no solo a los propios anunciantes, sino también a los consumidores, quienes ganan confianza al saber que los mensajes transmitidos por los distintos medios de comunicación reúnen requisitos legales de una competencia sana, contribuyendo a tomar una buena decisión.

## **SECCION II. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA**

En la presente Sección, serán expuestos los fundamentos a considerar para determinar a la actividad publicitaria como una actividad regida por el derecho con características especiales y particulares, la cual goza de elementos de distintas áreas para enriquecerse. Considerando para esto la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho comparado.

## A. Protección Jurídica de la Actividad Publicitaria en Costa Rica

“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 derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia y se ve obligado a ponderar los bienes u derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible...”<sup>129</sup>.

Tomando como punto de partida las palabras transcritas, resulta de importancia procurar un equilibrio entre las distintas situaciones relevantes que se presentan para el derecho. En cuanto al tema de fondo del presente trabajo de investigación, mucho se ha debatido sobre la protección jurídica que debe dársele a la Publicidad, como derecho fundamental, así se encuentra quienes la consideran como una manifestación de la libertad de expresión e información, y otros como parte integrante e indisoluble de la libertad de empresa. Razón por la cual, se hace necesario analizar cada una de estas posiciones, señalando asimismo sus críticas, con el objetivo de

---

<sup>129</sup> HERNANDEZ VALLE (Rubén), Los límites constitucionales de la Propaganda comercial, Memoria del Seminario “El respeto a los Derechos Humanos en la Propaganda Comercial, San José, 27 de febrero del 2001, p.48.

buscar una posición conciliadora entre ambas, para no dejar desprotegidas ninguna de las partes intervinientes en el acto de publicidad.

Inicialmente, resulta importante para este tema la consideración que ha hecho la Sala Constitucional, sobre la naturaleza y el ámbito dentro del cual se desenvuelve la actividad publicitaria:

“publicidad no es solamente un instrumento de combate en la lucha entre competidores por la conquista del mercado, ella es sobre todo un lazo natural entre la oferta y la demanda, el punto de unión entre el productor y el consumidor, el estimulante de las necesidades humanas, del que ningún régimen económico podrá escapar”. Dentro de este orden de ideas, por la forma como el género de la difusión, sea la propaganda, se expresa principalmente en los medios de comunicación colectiva y como tesis de principio, lo que prevalece – como régimen jurídico que desarrolla el mercadeo, la publicidad y la propaganda – son los principios de la libertad de empresa y la libertad de expresión<sup>130</sup>.

De la anterior transcripción, se entiende como la jurisprudencia nacional, considera en torno a la actividad publicitaria, la existencia de un vínculo estrecho con dos derechos fundamentales; igualmente consagrados en otros

---

<sup>130</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5393 de 15 Hrs. 18 del 5 de setiembre de 1997.

países donde se ha debatido sobre este problema, como lo son los Estados Unidos, Canadá y algunos países en Europa.

En primer lugar, se realizará una consideración general sobre la Libertad de expresión, su concepción jurídica, su régimen normativo constitucional e internacional aplicable, su vinculación con la actividad publicitaria y las críticas acerca de dichas consideraciones.

Sobre una definición de Libertad de expresión, existen numerosas consideraciones, tomando en cuenta el criterio que sobre ella se tenga. Sin embargo, hay acuerdo en definirla en términos generales como una manifestación de opiniones, ideas o juicios.

Modesto Saavedra, proporciona una definición clara de libertad de expresión, que permite entender el contenido de este concepto : "La libertad de expresión en general, es el derecho a difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico"<sup>131</sup>.

Ramón Soriano, considera como elemento diferenciador de la libertad de expresión con otro tipo de libertades consagradas, el hecho de que ésta recurre a la utilización de palabras así como a signos externos, como

---

<sup>131</sup> SAAVEDRA LOPEZ (Modesto), Libertad de Expresión en el Estado de Derecho, España, Editorial Asta, Segunda Edición, 1986, p.18, citado por JACOB ALDI (Antonio), Op.Cit., p. 44.



actitudes, gestos, etc., así como la posibilidad de utilizar medios impresos, como la prensa, escultura, libros, etc.<sup>132</sup>.

La jurisprudencia nacional, considera la libertad de expresión como “una libertad presupuesto en el ejercicio de otras libertades, opera como legitimadora del funcionamiento del sistema democrático y de la eficacia de sus instituciones y jurídicamente adopta una pluralidad de formas, la vinculación más clara se da con la libertad de pensamiento, como 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 adecuar sus actos a estas respuestas y, comunicar a los demás aquello que considera verdadero, sin censura previa”<sup>133</sup>.

En nuestro derecho positivo, existen una referencia expresa a la Libertad de expresión, tanto en la Constitución Política como en los cuerpos internacionales. El artículo 29 de la Carta Magna, establece la Libertad de Expresión, así:

**“Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos, sin censura previa; pero serán responsables**

---

<sup>132</sup> SORIANO (Ramón), Las Libertades Públicas, Editorial Tecnos S.A., Primera Edición, 1990, p. 107.

<sup>133</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8196 de 15 Hrs. 8 del 13 de setiembre de 2000.

**de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca”.**

Cabe aquí señalar, el ligamen de la Libertad de Expresión, con su predecesora la Libertad de Pensamiento. En palabras de Ramón Soriano: “La libertad de pensamiento y libertad de expresión se complementan, pues, en un orden de sucesión continua: la historia pública de las libertades demuestra que la positivización de la libertad de expresión sigue al reconocimiento previo de la libertad de pensamiento; la historia particular del ejercicio de estas libertades corrobora además que no es posible libertad de expresión sin libertad de pensamiento y que la libertad de expresión no es sino la manifestación externa de lo que antes se ha pensado en un clima de libertad...”<sup>134</sup>.

La libertad de pensamiento puede ser definida como “la facultad que tiene el ser humano, de tener cualquier idea, sea ésta propia o ajena. Es una facultad muy genérica, que permite a las personas pensar lo que quieran sobre cualquier tema, por eso utilizamos la palabra idea, que denota un concepto no restrictivo (abarca criterios personales sobre política, religión,

---

<sup>134</sup> SORIANO (Ramón), Op. Cit., p. 107.

sexo, cultura, arte, deporte, relaciones familiares, comercio, consumo, etc.)”<sup>135</sup>.

Esta libertad queda consagrada en el fuero interno del ser humano, su mente, lugar donde es imposible poner restricciones, limitaciones o imposiciones de tipo legal, razón por la cual cualquier incursión que el Estado pretenda realizar en dicho ámbito, queda por su propia naturaleza excluido.

El artículo 28 de la Constitución Política, consagra la Libertad de Pensamiento, al manifestar:

**“Nadie puede ser inquietado por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.**

**Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley (...).”**

A las normas constitucionales citadas, se unen las regulaciones establecidas en la normativa internacional, entre las cuales se encuentran, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19 sobre Libertad de opinión y expresión, establece:

**“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de**

---

<sup>135</sup> BRENES ROSELLO (German) GOLFÍN CARTÍN (Jessika), Libertad de Exoresión Comercial, San José, Tesis para optar el Título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1995, p. 14.

**sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión**<sup>136</sup>.

En igual sentido, encontramos la regulación establecida en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, quien en un sentido más amplio, hace una distinción clara sobre libertad de expresión y libertad de opinión, al expresar:

- "1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.**
- 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o artística, o por cualquier otro medio de su elección.**
- 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:**
  - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.**

---

<sup>136</sup> O.N.U., Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el día 22 de noviembre de 1969, artículo 19.

b) **La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas**<sup>137</sup>.

Como se observa en este artículo, la Libertad de expresión, es garantizada más no de una forma absoluta, al imponer deberes y responsabilidades especiales a su ejercicio, así como la posibilidad de restringirlo cuando atente contra el respeto a los derechos de los demás, la protección a la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

La libertad de opinión - establecida en el párrafo primero - por el contrario, según aclara Edgar Porras, su ejercicio no encuentra limitación, puesto que ambas libertades gozan de una naturaleza distinta, por una parte, la manifestación de opiniones, únicamente nos dice cuales son las convicciones de una persona; no así la libertad de expresión, que tiene como fin la formación de la voluntad de los demás con una serie de responsabilidades especiales<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> O.N.U., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, artículo 19.

<sup>138</sup> PORRAS GONZALEZ (Edgar), La Libertad de Expresión en los Medios de Comunicación Social, San José, Tesis para optar el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984, pp. 27-28.

Resulta también de importancia la normativa establecida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José, la cual en su artículo 13 manifiesta:

**"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información de ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea, 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: 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 públicas. (...)"<sup>139</sup>.**

La Sala Constitucional, refiriéndose a la libertad de expresión la considera 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. (...)

---

<sup>139</sup> O.N.U., Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobada por Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970, artículo 13.

El ámbito de acción de las 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 libertad de 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<sup>140</sup>.

La libertad de expresión se despliega en un doble conjunto de situaciones, a saber, por una parte, la posibilidad de expresar ideas y creencias sobre cualquier materia y comunicarlas. Por otra parte, significa el derecho de leer, escuchar, oír puntos de vista que otros expresan sobre hechos, ideas y creencias. Es en este sentido donde viene a comprender el derecho a la información y a la investigación.

La Sala Constitucional acepta el desdoble de la libertad expresión, al encuadrar dentro de ella, el derecho de dar y recibir información, así como el derecho de comunicar dicha información con distintos propósitos, económicos, políticos, recreativos, profesionales, sin que se le deban imponer medidas restrictivas "irrazonables":

---

<sup>140</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8196 de 15 Hrs. 08 del 13 de setiembre del 2000.

"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 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 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"<sup>141</sup>. (El subrayado no es original).

Algunos autores en la actualidad, prefieren utilizar términos tales como "derecho a informar y ser informado", en lugar, de libertad de expresión, esto

---

<sup>141</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8196 de 15 Hrs. 08 del 13 de setiembre del 2000.



con el ánimo de demostrar como la libertad de información, es la forma moderna de llamar a la libertad de expresión. O bien, como lo menciona la Sala Constitucional "libertad de expresión concretada en los medios de comunicación social". Lo que sí debe quedar claro, es el vínculo estrecho que existe entre ambas, lo cual en bastas ocasiones provoca que sean denominadas como sinónimos.

El texto del artículo 29 de la Constitución Política transcrito, sobre la libertad de expresión, solamente toma en consideración al emisor de la libertad de información, sea, el derecho de informar. Más sin embargo, actualmente, son muchas las corrientes jurisprudenciales como la anteriormente reseñada quienes consideran al receptor de dicha información como sujeto merecedor de protección jurídica, en países como Estados Unidos, Canadá, España, entre otros.

De tal importancia, resulta para muchos ordenamientos jurídicos, que al relacionarla con la actividad publicitaria, establecen allí el punto de unión, y la justificación para una limitación al ejercicio de la libertad de expresión e información con el objetivo de lograr una protección efectiva de los consumidores. Tal es el caso de la jurisprudencia estadounidense, la cual considera sobre el particular la forma de conciliar estas dos situaciones.

La función que la libertad de expresión y su especie la libertad de información tienen para la actividad publicitaria, según el criterio de la Sala Constitucional, es la posibilidad otorgada a la comunidad y a cada uno de los

miembros que la integran de ajustar su conducta a razones y sentimientos sugeridos por esa información, para la toma de decisiones, a la vez que unifica la gran cantidad de opiniones particulares, con el fin de estimular la integración social.

Dicho en otras palabras, la función social que cumple la publicidad como manifestación de la libertad de expresión, dentro de sociedad es de información acerca de los bienes y servicios que se publicitan, para garantizarle al ciudadano – posible consumidor la formación de un criterio sobre toda la información percibida, con el fin de no ver vulnerado su derecho a una libre elección razonada, la cual no lo haga caer en equivocaciones que puedan violentar su derecho fundamental de recibir información veraz y objetiva, garantizado en nuestra Constitución Política en el artículo 46 párrafo final.

Sin dejar de lado un aspecto de suma importancia, como lo es el hecho de que independientemente del tipo de información manifestada, sea esta política, religiosa o bien económica, considero que resulta innegable aceptar como dicha información forma la voluntad de los demás, forma opinión pública.

Otro argumento a favor de considerar la actividad publicitaria protegida jurídicamente pero de forma parcial por la libertad de expresión, es el hecho de que ésta representa de uno u otro modo, una manifestación de una idea o un pensamiento de la persona que creó el mensaje publicitario (llámese este

publicista, anunciante, etc.), independientemente de la finalidad que exista detrás de su creación, y del ámbito material dentro del cual se vaya a desenvolver dicho mensaje.

Ahora se analizarán las justificaciones para considerar la Publicidad como manifestación de la Libertad de Empresa, dichas justificaciones en general, versan sobre el fin que persiguen los anunciantes al hacer uso de la actividad publicitaria, así como el ámbito material dentro del cual se lleva a cabo dicha actividad.

En primer lugar, hay que señalar la protección constitucional de la libertad de empresa, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 46 de la Constitución Política, el cual entre otras cosas señala:

"Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado a una ley, que amenace o restrinja **la libertad de comercio, agricultura e industria**". (Subrayado no es original).

La Sala Constitucional ha definido la libertad de comercio, como "garantía constitucional, es el derecho que cualquier persona tiene de escoger, sin más restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses"<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2776 de 15 Hrs. 36 del 20 de mayo de 1997.

Rubén Hernández agrega esta posición de la Sala, cómo dentro de ese poder de escogencia de una determinada actividad económica, se incluye la posibilidad de organizarla, así como programar sus actividades en la forma más conveniente para sus intereses; intereses que principalmente van dirigidos a obtener un fin de lucro que represente un beneficio económico con su ejercicio<sup>143</sup>.

El autor español, García Guerrero, al confrontar el fenómeno publicitario con el ámbito económico, hace una exposición de dos tesis que resultan de interés. La primera de ellas sostiene, que dentro de la libertad de empresa, se incluyen la libertad de organización y la libertad de comercialización, y como un supuesto de dicha comercialización se encuentra la actividad publicitaria. Del mismo modo, indica como un requisito de la economía de mercado, la competitividad entre empresas, dicha competitividad hace necesaria la información y opinión acerca de los productos comercializados que se ofrecen a los compradores.

En resumen, de acuerdo con esta tesis, para las libertades económicas, como la libertad de consumo, la libertad de empresa, y el principio de competitividad, resulta necesaria la actividad publicitaria, para el ejercicio natural de dichas actividades, como parte de su contenido.

---

<sup>143</sup> HERNANDEZ VALLE (Rubén), Las Libertades Públicas en Costa Rica, San José, Editorial Juricentro, 1era. Edición, 1980, p. 202.

Una segunda posición, reconoce las libertades económicas, como las mencionadas, utilizan el fenómeno publicitario, pero niegan que dicha actividad publicitaria sea parte del contenido de la economía de mercado, solamente resulta ser un instrumento para llevar a cabo el ejercicio de las libertades económicas.

Si se adopta la primera de dichas posiciones, en inminente la mayor influencia que tienen los mensajes publicitarios sobre la actividad. Por otra parte, si se adopta la segunda tesis, resulta claro el hecho de que la publicidad queda insertada dentro de la libertad de expresión e información, y que la libertad de empresa o bien las libertades económicas, únicamente, hacen una utilización instrumental de la actividad publicitaria. En ambos casos, cualquiera de las posiciones que se adopte, es innegable la influencia de la libertad de expresión, en ambas.

Cabe en este punto resaltar, una consideración que sobre el tema a hecho la jurisprudencia constitucional española, cuando afirma "que la materia predominante determina el precepto constitucional por el que se debe regir una regulación"<sup>144</sup>.

La influencia que tiene la publicidad dentro del desarrollo de las actividades económicas, ha sido claramente establecido por la jurisprudencia nacional por medio de la Sala Constitucional, cuando afirma:

---

<sup>144</sup> Tribunal Constitucional español, No. 88/1986 de 1º de julio, España, citada por GARCIA GUERRERO (José Luis), Op. Cit., p. 93.

“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 los 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**”<sup>145</sup>.  
(El subrayado no es original).

Como se puede concluir de las consideraciones jurídicas que ha realizado la Sala Constitucional, y tomando en cuenta la afirmación de la jurisprudencia

---

<sup>145</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8196 de 15 Hrs. Del 13 de setiembre del 2000.

española sobre la materia predominante, la actividad publicitaria es solamente un medio utilizado por el anunciante con el objetivo de lograr un beneficio particular, entre los cuales se encuentra principalmente, el obtener un fin de lucro; razón por la cual la Sala correctamente ha afirmado que la actividad publicitaria está protegida básicamente por la libertad de empresa, esto por cuanto resulta un medio absolutamente necesario para la obtención de sus fines últimos. Sin dejar de lado, por otra parte, las consideraciones jurisprudenciales sobre la libertad de expresión, la cual de forma especial matiza la actividad publicitaria.

Igual posición vino a defender la Procuraduría General de la República, al contestar una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 5811, cuando se afirma: "es preciso hacer notar, que la propaganda comercial, si bien es una forma de manifestación de la libertad de expresión, su ejercicio, en el caso bajo estudio, NO ES UN FIN ES SU MISMO, SINO UN MEDIO PARA EJERCER LA LIBERTAD DE COMERCIO"<sup>146</sup>.

La Procuraduría General de la República ha sostenido que la libertad de expresión no protege a la actividad publicitaria, por cuanto existen entre ambas diferencias sustanciales, "La primera es un derecho fundamental, que

---

<sup>146</sup> Contestación de audiencia conferida a la Procuraduría General de la República, con ocasión de una acción de inconstitucionalidad promovida contra la Ley 5811 del 10 de octubre de 1975, expediente judicial no. 96-002890-007-CO.

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 deriven del artículo 28, para proteger la moral, el orden público y los derechos de terceros. La propaganda comercial, en cambio, pretende objetivos posteriores, como influenciar en el público consumidor para que adquiera determinado producto y lograr así, la empresa promotora, sus fines de obtener dividendos económicos. Por ello estima que lo que está involucrado en este caso, más que la libertad de expresión, es la libertad de comercio, lo que implica la necesidad de determinar en qué casos es aceptable regular y eventualmente limitar esta libertad”.

La Sala Constitucional por su parte, adopta en parte dicho criterio de la Procuraduría al manifestar:

“... existe una diferencia sustancial entre los conceptos jurídicos de libertad de expresión y propaganda comercial, entendida ésta como el género de la difusión de la información de la publicidad y con respecto a la ubicación del ámbito de protección de los derechos derivados de esos conceptos. La propaganda, o mejor aún, el mensaje publicitario comercial, es una forma distinta y más útil de difusión de ideas, sobre lo que ha dicho la doctrina que “... La decisión que con el mensaje se pretende que adopten todos o parte de los destinatarios del acto de publicidad, es, por el propio concepto del acto, una decisión que comporta una transformación del mundo externo. La parcela de este mundo externo, constituye el contenido del



acto (publicitario). En términos genéricos es el sector de intereses económicos susceptibles de componerse contractualmente; en términos concretos, es exactamente, dentro de ese sector, el que se refiere a un determinado bien o servicio..." Se afirma por lo general, que la propaganda comercial es una forma de comunicación de masas, porque se dirige desde un comunicante (anunciante) a una masa anónima que está constituida por las personas que pueden llegar a constituirse en receptores auténticos del mensaje publicitario. Pero la propaganda comercial no es una información simple, sino que tiene como objeto lograr que el mayor número posible de destinatarios, se convierta al mensaje que transmite (adhesión política, consumo de bienes, por ejemplo), de manera que tiene fines precisos y contundentes"<sup>147</sup>.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ha definido la publicidad como "Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc."<sup>148</sup>. De dicha definición de publicidad, se pueden encontrar cuatro elementos:

- informativo: divulgación de noticias, anuncios;
- material: de carácter comercial;

---

<sup>147</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5393 de 15 Hrs. 18 del 5 de setiembre de 1997.

<sup>148</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, Vigésima Edición, 1984, citado por GARCÍA GUERRERO, Op. Cit., p. 85

- persuasivo: atraer;
- teleológico marcado por la finalidad propia de mercado: posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.

Dicha definición en términos generales, concuerda con la consideración de la Sala Constitucional supracitada, ya que la publicidad si bien es cierto, tiene un elemento informativo, dicho elemento informativo va más allá de información en sentido estricto, sino como una comunicación que va dirigida a un propósito eminentemente comercial. Dicho elemento informativo no puede verse solo enlazado con los otros elementos integrantes de la actividad publicitaria quienes en última instancia van a determinar el ámbito dentro del cual se desenvuelve la actividad publicitaria y su distinción con la libertad de expresión en sentido estricto.

Considerar el acto de publicidad atendiendo a un criterio meramente informativo, sería restringir el significado de actos de publicidad que sin necesariamente transmitir una información en sentido estricto, van dirigidos a una finalidad o propósito comercial.

Lo anterior concuerda con la manifestación que hace del tema Maurizio Fusi, quien sostiene que "Ni siquiera bajo un perfil más complejo se podría ignorar la gran dificultad de distinguir prácticamente las formas de comunicación que se consideren protegidas y aquellas que se encuentren excluidas, a prescindir del señalamiento de que también la información

cultural, artística, científica, la crónica periodística, están frecuentemente al servicio de intereses privados de índole económica (piénsese en la crítica cinematográfica; en la información turística; en la reseña literaria; reportajes al servicio de la moda, el automovilismo, etc.)<sup>149</sup>.

De estas manifestaciones se nota, que si bien es cierto el interés particular resulta predominante en la actividad publicitaria, no necesariamente es característica exclusiva de esta, por cuanto existen otras manifestaciones de pensamiento que igualmente se mezclan con el aspecto económico.

Como bien lo señala De la Cuesta Rute, el mensaje publicitario no pertenece al género informativo, entendido éste como aquel que ilustra el entendimiento para la emisión de un juicio, sino como el encargado de desencadenar un mecanismo de respuesta en los receptores, para la conclusión de un contrato. Del mismo modo, a manifestado como un mensaje publicitario es especialmente significativo para quien lo recibe, aún y cuando no contenga información, o no comunique mucho.

Otra crítica que se hace por considerar la actividad publicitaria, protegida por la libertad de expresión en sentido puro, es la relativa a los interés a los cuales cada una de ellas va dirigida. Así, la libertad de expresión, en teoría, sirve a un interés general no vinculado a ningún sector particular, ni público ni

---

<sup>149</sup> FUSI (Maurizio), La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici, Milano, Italia, DOTT A. GIUFFRÉ EDITORRE, Primera Edición, 1970, p. 14, citado por ABREGO VELASCO (René), Op. Cit., p. 131.

privado, de la sociedad. De modo contrario, la actividad publicitaria, se ordena a favor del interés particular del anunciante, de dirigir la atención de una persona, hacia la obtención de los bienes y servicios por él publicitados.

Sin embargo, la doctrina opina, que la distinción no es tan pura y simple como parece, por cuanto, resulta inevitable la unión existente entre publicidad e información en atención a intereses, por cuanto es perfectamente posible, y en mi criterio así sucede en la realidad, la información en la mayoría de las ocasiones se dirige a intereses particulares de grupos económico - sociales o poderes políticos, intereses que se verán a la postre representados en la publicidad de los bienes o servicios enmascarados en dichos intereses. Del mismo modo, la publicidad puede convertirse en una fuente de información general, atendiendo a un interés particular. Por ende, "información y publicidad viven indisolublemente unidas, e incluso aquella será en ocasiones difícil descubrir la pretendida "objetividad" de entre la gama de comunicación tendenciosa."<sup>150</sup>

La discusión lleva a realizar una distinción entre publicidad informativa y publicidad persuasiva. Así, la primera de ellas se presenta cuando está al servicio de un grupo, obviamente, va a servir para difundir o propagar sus ideas religiosas, políticas o sociales, que "siempre hacen referencia a estructuras y sistemas con vocación organizadora general, por constituir el

---

<sup>150</sup> DE LA CUESTA RUTE (José María), Op. Cit., p. 40.

mejor caldo de cultivo de los particulares intereses del grupo"<sup>151</sup>. De modo contrario, la publicidad, despliega su actividad en atraer la atención hacia una determinada parcela de la realidad, como es el interés particular del anunciante, interés generalmente representado por el fin de lucro.

Se puede concluir por tanto, en palabras de La Cuesta Rute "Toda publicidad constituya o no una transmisión de información es siempre una comunicación persuasiva por su esencial tendenciosidad"<sup>152</sup>.

Ha quedado señalado, como elemento subjetivo de la actividad publicitaria, la intencionalidad del anunciante de llamar la atención del público al servicio del interés particular de éste. Dicha intencionalidad tiene como fin mediato e inmediato, promover la contratación, sea, desencadenar el proceso de respuesta por parte del público, reflejado en el campo de los intereses económicos. Este interés es de tal trascendencia e importancia en la publicidad, que la hace diferente al punto de eliminar prácticamente de ella su elemento comunicativo y encuadrarlo en otro quehacer humano, determinado por su elemento teleológico, influenciado por la finalidad del mercado. Es en este mercado de bienes y servicios donde encuentra la actividad publicitaria su ámbito material de acción, y manifiesta su verdadero carácter como un factor de manipulación de dicho mercado.

---

<sup>151</sup> *Ibíd.*, Op.Cit., p. 40.

<sup>152</sup> DE LA CUESTA RUTE, Op.Cit., p. 40.

De ahí que se considere de poca o nula importancia para algunos juristas, que la publicidad contenga o no un elemento comunicativo como parte de su naturaleza, ya que su finalidad se dirige específicamente a la atracción de otros hacia la conclusión de contratos, en el mercado de bienes y servicios, lo cual viene a desnaturalizar el aspecto comunicativo que puede conllevar en determinados casos la actividad publicitaria.

Sin embargo, cabe agregar a dicha posición, que si bien es cierto el elemento informativo – comunicativo de la actividad publicitaria, queda mezclado de tal forma con los intereses del anunciante, no por ello debe restársele importancia y negarle una protección jurídica al mismo.

Esta posición concuerda con la de Velasco Abrego, quien nos manifiesta la importancia que tiene no dejar desprotegido el contenido informativo de la actividad publicitaria, objetando la carga singularmente persuasiva que lleva dicha actividad y la finalidad económica perseguida por el anunciante en atención a sus intereses particulares.

Resulta de ello, inminente aceptar que la actividad publicitaria conlleva rasgos concordantes con elementos de la libertad de expresión, como manifestación de ideas y la expresión de ellas; independientemente de la finalidad perseguida por el anunciante y el ámbito material dentro del cual se lleva a cabo la actividad, así como la afirmación de la Publicidad no es un fin en si mismo, sino un medio para la consecución de intereses particulares. Desde un punto de vista lógico objetivo, no se puede negar que un mensaje

publicitario emana de un pensamiento surgido de la mente de la persona que lo realiza, es una manifestación de ideas surgidas de su pensamiento.

Debido a la importancia que tiene para el público receptor de la publicidad como consumidor en potencia, es evidente y necesaria una regulación de esa actividad dentro de límites razonables y proporcionados que no hagan nugatorio el ejercicio de la actividad, sino que lo encuadren dentro de ciertos parámetros que respeten a ese público a quien va dirigido.

Por ahora cabe concluir, que la actividad publicitaria, encuentra sustento constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y su protección está debidamente consagrada en la Constitución Política, en los artículos 29 y 46, en donde se protege por una parte la libertad de expresión y por otra parte la libertad de empresa. Conuerdo en términos generales con la posición que ha sido asumida por nuestra Sala Constitucional, al considerar la publicidad comercial fundamentalmente protegida dentro de los presupuestos de la libertad de empresa por el ámbito material dentro del cual se encuentra desenvuelta, así como la finalidad que persigue, sea el ánimo de lucro. Más sin embargo, no es posible ni lógica ni jurídicamente negar que, la actividad publicitaria es subsumida por los supuestos de la libertad de expresión, al resultar una manifestación de ideas, opiniones del sujeto de quien emana, no pudiendo negársele su protección jurídica, siempre y cuando sean respetados los derechos fundamentales que eventualmente podrían verse violentados con

la emisión de publicidad contraria a los preceptos legales constitucionalmente establecidos.

## **B. Protección Jurídica de la Actividad Publicitaria en el Derecho Comparado.**

En los Estados Unidos de América, se presentó una evolución en la jurisprudencia sobre la protección de la publicidad y su relación con los derechos fundamentales. En un primer estadio, con la sentencia *Valentine v. Chrestensen*, en el año 1942, se negó que la libertad de expresión e información, contenida en la Primera Enmienda, abarcara la actividad publicitaria. Como justificación a este fallo se atribuyó el poco valor que posee la publicidad en la conciencia crítica de los ciudadanos, y por ende para el sistema democrático. Asimismo, se afirmó en dicho momento que el contenido y la finalidad de los mensajes publicitarios, no coinciden con las garantías contenidas en la Primera Enmienda, la cual señala lo siguiente:

“El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la



libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”<sup>153</sup>.

Posteriormente, dicho criterio fue variando, así luego, se indica que el fin de lucro de la actividad publicitaria, es inherente a su naturaleza razón por la cual no debe negársele dicha protección (Sentencia *Cammarano v. United States*, 1959)<sup>154</sup>. En un estadio posterior, se consideró como, la finalidad perseguida por la actividad publicitaria no debe ser motivo para prohibir su tutela, sino debe tomarse en cuenta además el contenido del mensaje, éste puede contener una información u opinión de interés público, en cuyo caso debe considerarse a la publicidad protegida por la libertad de expresión.

La culminación de la discusión, se dio con la sentencia *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* del año 1976<sup>155</sup>, cuando por primera vez, se sostuvo que todo mensaje comercial necesariamente transmite información, razón por la cual debe encontrarse amparada por la Primera Enmienda. En dicha sentencia se define la

---

<sup>153</sup> Bill of Rights, del 15 de diciembre de 1791, Estados Unidos de América, Primera Enmienda, dirección en Internet del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, Programas de Información Internacional.

<sup>154</sup> Sentencia Cammarano v. Unites States, 358 U.S., citada por GARCIA GUERRERO (José Luis), Op.Cit., p. 80.

<sup>155</sup> En dicho sentido ver GARCIA GUERRERO, Op.Cit., p. 80, DIEZ – PICAZO, Publicidad Televisiva y Derechos Fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, No.50, mayo –agosto de 1997, Ediciones El Guijar, p.65.

publicidad como "invitación o propuesta de una transacción comercial"<sup>156</sup>. Del mismo modo indica, como en una economía de mercado, donde se desenvuelve la actividad publicitaria, existen intereses constitucionalmente protegidos de los ciudadanos a estar bien informados sobre los bienes y servicios que se ofrecen.

Esta misma consideración acerca de la protección jurídica de la actividad publicitaria, sigue la jurisprudencia canadiense, en la sentencia *Ford v. Quebec*, del año 1988, donde por primera vez, se afirma categóricamente, que el mensaje publicitario es una forma de expresión.

De igual forma, en Alemania, se puede encontrar indicios de pretender englobar dentro de la libertad de expresión, a la actividad publicitaria, por razones eminentemente económicas, al admitir que ésta representa un soporte necesario para la autonomía de los medios de comunicación social<sup>157</sup>.

En Italia, se considera a la publicidad como una manifestación de la libertad de iniciativa económica, de acuerdo al artículo 41 de su Carta Magna. El problema surge al momento de discutir si la publicidad es tutelada además por el artículo 21 de la norma constitucional, que consagra la libertad de expresión, este artículo establece " Todos tienen derecho de manifestar

---

<sup>156</sup> DIEZ – PICAZO (Luis María), *Ibid.*, p. 65.

<sup>157</sup> Ver DIEZ – PICAZO (Luis María), *Op.Cit.*, p. 67.

libremente su pensamiento con la palabra, escritura y cualquier otro medio de difusión”<sup>158</sup>.

Los defensores de esta tesis, consideran a la publicidad como una manifestación del pensamiento, pues los mensajes contienen información y opinión, esto aunado al hecho de constituir una actividad de interés público.

Por otra parte, sus detractores niegan la consagración de la publicidad dentro de la libertad de expresión, por su contenido y finalidad. Así, la información publicitaria persigue acción, y por el contrario, la comunicación (información en estricto sentido) solamente promueve la libre formación de opinión. También consideran que la publicidad puede ser valorada como una mercancía.

Igual pensamiento, surge de la comparación de otras corrientes jurisprudenciales europeas, donde se considera a la libertad de expresión como un derecho fundamental destinado a hacer posible el proceso democrático, y no los negocios. Tal es el caso de España, donde tradicionalmente, la actividad publicitaria se ha encontrado regulada por los principios de la libertad de empresa y la iniciativa privada.

El desacuerdo en la jurisprudencia española radica, en considerar si la actividad publicitaria se encuentra protegida por la libertad de expresión o por la libertad de información; al respecto, podemos encontrar resoluciones

---

<sup>158</sup> Constitución de la República de Italia, 1947, artículo 21, Biblioteca Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

jurisprudenciales contrarias. Por una parte, el Tribunal Constitucional español, admite que “el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que aquélla, aun siendo también una forma de comunicación, se vincula al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, tal como la define el artículo 2 de la vigente Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad”<sup>159</sup>.

En un sentido contrario, el Tribunal Supremo español, no admite que la actividad publicitaria forme parte de la libertad de expresión, al indicar: “la publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de una actividad comprendida como derecho fundamental en el artículo 20 de la Constitución, ya que no se produce la mera expresión de un pensamiento, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, como indica ese precepto, sino la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad que altera la libre competencia que debe regirla y la defensa de los intereses de los posibles clientes que no pueden ser inducidos a acudir a un determinado despacho profesional en virtud de una publicidad que no es por

---

<sup>159</sup> Tribunal Constitucional español, Providencia de la Sección 4ta, Sala 2da, de 17 de abril de 1989, citada por GARCIA GUERRERO, Op.Cit., p. 78.

su objeto identificable con la de un producto industrial o comercial, por lo cual, cuando se trate de publicidad, la norma constitucional invocada debe ser restringida en aras de los principios aludidos que enmarcan el ejercicio de una actividad profesional colegiada”<sup>160</sup>.

El Tribunal Constitucional Español, ha delimitado el ámbito propio de la libertad de información al establecer, que éste se refiere a “hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva”<sup>161</sup>. De lo anterior, podemos concluir que si los juicios emitidos por una persona se encuentran desconectados con hechos que interesen a la opinión pública, se estaría en el campo de la libertad de expresión, y no de la información propiamente. De otro modo, los hechos carentes de significado para la opinión pública, son meras expresiones o manifestaciones, que no deben considerarse como información propiamente.

La Constitución de los Estados Unidos Brasileños, se refiere a la publicidad como parte de la Libertad de expresión, de forma prácticamente expresa en su artículo 220, en una forma minuciosa y detallada:

---

<sup>160</sup> Tribunal Supremo español, No. 7552 de 23 de setiembre de 1988, Sala 4ta, citada por GARCIA GUERRERO (José Luis), Op. Cit., p. 78. El artículo 20 de la Constitución española, señala lo siguiente: “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción...”. Constitución de la República Española, 1984, artículo 20. Biblioteca Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

<sup>161</sup> SORIANO (Ramón), Op.Cit., p. 144.

“La manifestación del pensamiento, la creación, expresión e información de cualquier forma, proceso o medio no sufrirá restricción alguna, observando lo dispuesto en esta Constitución.

3) Compete a la ley federal:

I ~ Establecer los medios legales que garanticen a la persona y a la familia la posibilidad de defenderse de programas o programaciones de radio y televisión que contraríen lo dispuesto en el artículo 221, también como la publicidad de productos prácticos y servicios que puedan ser nocivos a la salud o el medio ambiente...

4) La propaganda comercial de tabaco, bebidas alcohólicas, agroquímicos, medicamentos y terapias estará sujeta a restricciones legales en los términos del inciso II del párrafo anterior, y contendrá, siempre que sea necesario, advertencia sobre los perjuicios de su uso...”.

## **CAPITULO SEGUNDO. LIMITES Y LIMITACIONES A LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA COMO RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS**

En este Capítulo se establecerán los fundamentos teóricos necesarios para limitar una actividad de tanta importancia como la actividad publicitaria, por las implicaciones que como hemos visto, puede tener en el individuo y la sociedad, resultan ser violaciones a derechos inherentes a la condición de ser humano, de los individuos de la sociedad.

Se dividirá en dos secciones; la primera expondrá los fundamentos teórico – jurídicos que permitan establecer la posibilidad de limitar actividades como la de examen. En la sección segunda se analizarán los límites establecidos en la Constitución Política y en la Ley 5811, sin los cuales queda abierta la posibilidad de causar irrespeto a derechos y garantías fundamentales de los seres humanos.

### **SECCION I. ASPECTOS GENERALES**

En primer término, es necesario, antes de entrar a considerar los límites a las libertades públicas, conocer la noción de Libertades Públicas dentro de las cuales se encuentran las libertades involucradas en la actividad publicitaria, como lo son la libertad de expresión y la libertad de empresa.

En primer lugar, se parte de la concepción de derechos fundamentales que da el Profesor Peces Barba, quien los considera, como aquella "Facultad que la norma atribuye de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, grupos sociales y del Estado, y con la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción"<sup>162</sup>.

No considera, que los derechos humanos nacen con la formación del Estado, pero sí que deben ser respetados y por sobre todo asegurados, lo cual viene a implicar que es al Estado a quien se le demanda la actuación que para realizarla debe existir, posición seguida el ordenamiento costarricense.

El iusnaturalismo racionalista, considera a los Derechos Fundamentales como derechos naturales del ser humano "que el hombre posee por el solo hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser consagrados y garantizados"<sup>163</sup>.

Al hablar de libertades públicas, se entiende que, en un primer momento existen los Derechos Humanos, como una condición inherente a la naturaleza

---

<sup>162</sup> PECES - BARBA (Gregorio), Derechos Fundamentales, Madrid, Guardiania de Publicaciones S.A., Segunda Edición, 1976, p.61.

<sup>163</sup> TRUYOL Y SERRA (Antonio), citado por SAGASTUME GEMMEL (Marco Antonio), Los Derechos Humanos y la Mujer, APROFAM, 1991, p. 8



del ser humano pertenecientes al derecho natural, pero posteriormente cuando el Estado los reconoce y positiviza, dejan de pertenecer al Derecho Natural y transitan por el Derecho Positivo, entran a formar parte del ordenamiento jurídico interno: se crean así, dos categorías de Derechos Humanos, a saber:

1. **PODERES JURIDICOS:** aquellos que el ordenamiento jurídico otorga a los administrados para ejercitarlos ya no sobre sí mismos, sino más bien sobre terceras personas, exigiéndolos para la satisfacción de sus necesidades vitales. En nuestra Carta Magna, se insertan en el Título relativo a los Derechos y Garantías Sociales, en donde podemos encontrar el derecho al trabajo, igualdad social, bienestar social, etc.
2. **LIBERTADES PUBLICAS:** poderes de autodeterminación por medio de los cuales, es el propio individuo quien elige su comportamiento, no implicando ninguna repercusión sobre la esfera de los administrados.

Por tanto, se podrían definir las Libertades Públicas como: "los poderes de autodeterminación reconocidos y organizados por el Estado, por medio de los cuales el hombre, en los diversos dominios de la vida social, escoge él mismo su comportamiento"<sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> HERNANDEZ VALLE, Op. Cit., p. 13

Otro concepto de Libertades Públicas, es el considerado por la doctrina francesa, en el sentido de considerarlas como las facultades y situaciones jurídicas de carácter subjetivo, reconocidas, tuteladas por el ordenamiento jurídico; hace alusión exclusivamente a los derechos tradicionales de carácter individual, cuya finalidad es la de garantizar esferas de autonomía subjetiva<sup>165</sup>.

La Sala Constitucional, en cuanto a las restricciones o límites a los cuales puede verse sometido un derecho, ha manifestado:

"I. Es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos **no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados**; en primer lugar, en razón de que 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"<sup>166</sup>. (El resaltado no es original).

Hecho reconocido, es la relatividad de las libertades públicas, garantizadas en la Constitución Política y en tratados internacionales, en el sentido de no

---

<sup>165</sup> En este sentido puede verse, entre otros, RIVERO (Jean), Cours de Libertés Publiques, BURDEAU (Gerard), Les Libertés Publiques, citados por CASTRO MUSSMANNI (Raquel), Análisis Constitucional de la Libertad de Expresión y la Censura de Programas de Televisión en Costa Rica, Tesis para optar el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998, p. 99.

<sup>166</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2776 de 15 Hrs. 36 del 20 de mayo de 1997.

constituir garantías absolutas e irrestrictas, sino por el contrario, se acepta la limitación de las garantías en atención a razones de interés público<sup>167</sup>.

En estos términos se ha expresado la Sala Constitucional al afirmar "Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos humanos 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"<sup>168</sup>.

Rubén Hernández nos señala en relación con la reglamentación de las libertades públicas "nacen limitadas porque se ejercitan dentro del marco de la sociedad"<sup>169</sup>. La reglamentación a las libertades públicas es consustancial a su naturaleza. Por otra parte, si bien es cierto, la reglamentación a las libertades públicas se encuentra justificada por su propia naturaleza, por otra,

---

<sup>167</sup> Cabe señalar como lo reconoce Rubén Hernández, en su libro Las Libertas Públicas, la evolución de las libertades públicas se encuentra matizada por características importantes de reseñar; así se tiene el paso de derechos individuales a derechos colectivos, este paso se debe al criterio original de que la sociedad política se ha creado en beneficio del hombre – individuo, de hecho la palabra "individuo" consagrada en declaraciones fue sustituida por "persona humana" como integrante de grupos sociales en los cuales se encuentra inmerso. En segundo lugar, se da un tránsito de derechos absolutos los cuales no encuentran más límite que los derechos de los demás, a derechos relativos que tienen asignado un fin social. En tercer lugar, las libertades que implicaban únicamente un deber de abstención del Estado respecto a dichas libertades, las cuales han pasado a ser pretensiones materiales frente al Estado con el fin de que este satisfaga sus necesidades fundamentales, para asegurar el libre juego de las libertades públicas.

<sup>168</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5393 de 15 Hrs. 18 del 5 de setiembre de 1997.

es igualmente cierto, que su reglamentación debe encontrarse debidamente justificada.

Esta ha sido la posición del Tribunal Constitucional Español, quien ha señalado: “Dado el valor central que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, toda restricción a los mismos ha de estar justificada. Como hemos visto anteriormente, a partir del art. 20.4 de la Constitución, y del art. 10.2 del Convenio de Roma, el legislador puede fijar restricciones o límites del derecho, entre otras finalidades, para la protección de la moral, dentro de la cual se comprende muy señaladamente – hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello – la protección de la juventud y de la infancia”<sup>170</sup>.

Se reconoce que la actividad publicitaria se encuentra manifestada dentro de las libertades de expresión y de empresa. En cuanto a la primera, la Convención Americana, en su artículo 13, establece como derecho fundamental, la libertad de expresión. Pero en el precepto ésta se señala como una libertad cuyo ejercicio es irrestricto, niega la posibilidad de establecer limitaciones a su ejercicio, sino solamente la posibilidad de incurrir en responsabilidades posteriores, a causa de un ejercicio abusivo del

---

<sup>169</sup> Ver HERNADEZ VALLE, Op. Cit., p. 41.

<sup>170</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia 62/1982 de 15 de octubre de 1982, citado por DESCALZO GONZALEZ (Antonio), La Sociedad de la Información. Libertad de expresión y de Información ante los nuevos Medios de Comunicación, Madrid, Universidad de San Carlos III de España, 1995, p.41.

derecho. Se prohíbe de forma taxativa la censura previa al ejercicio de esta libertad.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional costarricense considera que dicho ejercicio de la libertad de expresión, no es irrestricto, ya que como todo derecho, las libertades tienen límites, contra el abuso que se haga de ella, haciendo incurrir al infractor en responsabilidades, según las regulaciones existentes en la materia de que se trate. La Sala Constitucional, al respecto no desvirtúa los presupuestos de la libertad de expresión, mas sin embargo, manifiesta lo siguiente:

“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 Ordenamiento Constitucional”<sup>171</sup>.

En relación con la noción de límites, la Sala Constitucional reiteradamente a afirmado:

“Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad

---

<sup>171</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8196 de 15 Hrs. 8 del 13 de setiembre del 2002.

pública y remitirla a una ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido en la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión”<sup>172</sup>.

La Corte Constitucional italiana, estableció como “el reconocimiento de un derecho por parte de una norma constitucional no significa la exclusión de la posibilidad de regulación de su ejercicio por parte del legislador ordinario. Cada derecho nace limitado, en cuanto dentro del sistema de la convivencia social, debe armonizarse con los derechos de los demás y con las exigencias reconocida. De allí la posibilidad y a menudo la necesidad que posteriores normas especifiquen sus límites y las condiciones de su ejercicio”<sup>173</sup>.

El Tribunal Constitucional Español, señala en cuanto a los límites de las libertades públicas:

“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos contenidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y,

---

<sup>172</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5393 de 15 Hrs. 18 del 5 de setiembre de 1997.

<sup>173</sup> CORTE COSTITUCIONAL ITALIANA, sentencia No. 39 del 19 de junio de 1958.

especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”<sup>174</sup>.

La Constitución solamente consagra la libertad pública, y en una ley aparte se precisa su contenido, estableciendo por tanto, los límites dentro de los cuales se va a ejercer. Distinto es que el legislador, a la hora de precisar éste contenido, le introduce limitaciones no autorizadas, ni previstas por el texto constitucional, ni por la propia naturaleza de la libertad pública, en cuyo caso, se está incurriendo en excesos, y eventualmente podría declararse la inconstitucional de dicha norma, por los procedimientos establecidos como garantías para la protección de la libertad pública.

Los límites en el ordenamiento jurídico costarricense, están establecidos expresamente en el artículo 28 de la Constitución Política, a saber: que no dañen la moral, no deben ser contrarias al orden público, y no perjudicar a terceros. Pero, realizando una aplicación sistemática de la Constitución y relacionándolo con el tema propio de esta investigación sea la publicitaria comercial, se encuentran otros límites dentro de ordenamiento constitucional, como lo son la protección a la familia, la niñez y la adolescencia, así como la protección a los derechos del consumidor, derechos respaldados en cuerpos internacionales.

---

<sup>174</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia 62/1982 de 15 de octubre de 1982., citada por GARCIA GUERRERO, Op. Cit., p. 40.

Los límites constitucionales serán analizados detalladamente en la Sección II de este Capítulo, por ahora cabe señalar solamente los aspectos generales dentro de los cuales se fundamenta el ordenamiento jurídico para restringir las libertades para garantizar derechos fundamentales superiores.

Del referido artículo 28 de la Constitución Política, emanan tres valores fundamentales para el Estado Costarricense<sup>175</sup>, conforme los cuales, las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres, y que no perjudiquen a terceros, se encuentran fuera de la acción de la ley:

- a. Principio de libertad, según el cual debe realizarse una interpretación extensiva de todo lo que favorezca al individuo y restrictivamente lo que limite la libertad.
- b. Principio de reserva de ley: establece que solamente por medio de ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la propia Constitución para la emisión de leyes, es posible regular y restringir los derechos y libertades fundamentales, esto de acuerdo con la naturaleza y régimen que los derechos permitan y dentro de las limitaciones constitucionales. También se establece, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de ésta, no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear otras



no establecidas, del mismo modo, se encuentra el deber de respetar su contenido esencial. Existe la prohibición de que reglamentos ejecutivos, ni autónomos u otras normas de rango inferior, puedan delegar la determinación de regulaciones o restricciones que solo la ley puede imponer, de lo anterior se concluye que, la actividad administrativa en esta materia es reglada, sea no pueden otorgarse potestades discrecionales a la Administración, en cuanto a la interpretación y aplicación de libertades públicas.

- c. Sistema de libertad, tiene relación inmediata con el principio de libertad según el cual "todo lo que no está prohibido está permitido". El sistema de libertad establece, que ahora no solo se puede hacer todo aquello que no esté prohibido, sino que tiene la garantía que ni siquiera la ley puede invadir su esfera intangible de libertad, y por ello da armonía e intimidad, fuera de los supuestos taxativamente expresados por la Constitución Política, los cuales por su naturaleza deben ser excepcionales.

Se concluye que, las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público, y no dañen a terceros se encuentran fuera de la acción de la ley. La Constitución le garantiza al individuo un determinado ámbito de intimidad individual, según la Sala Constitucional, comprende, la esfera doméstica, el

---

<sup>175</sup> Sobre los presupuestos establecidos, ver sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, números 3550-92, 3495-92,

círculo familiar y de amistad, aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas, como aquellos comportamientos que no trascienden del sujeto que los realiza, o que aún si trascendieran no interesan a la moral, el orden público o no dañan a terceros.

Pero, sí son regulables por ley, las acciones que “no sólo trascienden de quien las ejecuta, sino que preocupan al bien común (...) es decir, en el tanto pueden comprometer los postulados del artículo 28 constitucional. **En criterio de esta Sala, (...) es posible que el Estado regule la producción de la propaganda comercial cuando estén involucrados derechos fundamentales y por consiguiente, los postulados aludidos**”<sup>176</sup>. (El subrayado no es original).

### **Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad.**

Como se determinó anteriormente, la jurisprudencia constitucional tanto a nivel nacional como en el derecho comparado, admiten la posibilidad que tiene el Estado de limitar el ejercicio de una libertad pública, únicamente teniendo como freno las disposiciones expresas establecidas en la Carta Fundamental, en nuestro ordenamiento consagradas en el artículo 28, el cual

---

1465-2001.

<sup>176</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5393 de 15 Hrs. 18 del 5 de setiembre de 1997.

viene a establecer ajenas a la acción de la ley, aquellas acciones que no dañen el orden público, la moral o no causen daños a terceros.

Si bien la Sala Constitucional reconoce la posibilidad de establecer limitaciones a la actividad publicitaria, es necesario para ello cumplir con ciertos parámetros establecidos, para evitar que se incurra en abusos al momento de establecer restricciones a una libertad, y que en el supuesto necesario de establecerlas, éstas puedan ser lícitas:

"deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... la restricción – por otra parte – deber ser proporcionada, al interés de la justicia. y debe ajustarse estrechamente al logro objetivo"<sup>177</sup>.

Para que las restricciones a los derechos fundamentales, se consideren legítimas y no contrarias a derecho, deben ordenarse a ciertos principios, establecidos, por la doctrina y jurisprudencia:

- a. Deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo.
- b. Con el objetivo de alcanzar ese interés público, deben escoger la opción que restrinja en menor escala el derecho protegido.

---

<sup>177</sup> Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5393, Op. Cit.

- c. Debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo.
- d. Debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional.

Los principios de proporcionalidad y razonabilidad, señalados deben ser seguidos por cualquier disposición legal que pretenda reglamentar un derecho fundamental, así como cualquier acto que limite o suprima el ejercicio de una libertad pública.

El principio de razonabilidad o debido proceso sustantivo, tiene que ver con la lógica, la conveniencia y la utilidad de un acto o regulación en un determinado momento histórico como valor prevaleciente en una sociedad en una determinada materia o parcela de la realidad jurídica.

La Sala Constitucional, ha dividido el principio de razonabilidad, en tres vertientes<sup>178</sup>:

1. Razonabilidad técnica: es la proporcionalidad entre medios y fines.
2. Razonabilidad jurídica: la adecuación del precepto o acto de regulación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella.
3. Razonabilidad de los efectos sobre derechos personales: significa no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos

---

<sup>178</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1465 de 14 Hrs. 36 del 21 de febrero del 2001.

mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

La proporcionalidad, por su parte, atiende a la adecuación que debe existir entre la norma autorizante u el acto de ejecución, con el fin de lograr una congruencia de éste con el fin perseguido por la norma.

Ambos principios deben ser cumplidos, ya que la infracción de uno de ellos acarrea la inconstitucionalidad de la norma.

La Sala Constitucional ha considerado que el principio de razonabilidad, se encuentra compuesto por algunos elementos que deben ser cumplidos en todo acto o precepto limitativo de derechos, como lo son:

- **Idoneidad:** se traduce como la adecuación del medio al fin, es decir, que la norma debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido.
- **La necesidad:** se refiere a la índole o magnitud de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho o libertad, de manera que entre una variedad de medios posibles el elegido debe ser aquel que represente una limitación menor. En otras palabras, si dicha limitación o actuación no se realiza, intereses públicos importantes van a ser lesionados.
- **Proporcionalidad:** significa que aunque el medio elegido represente una limitación menor, esta limitación debe ser proporcionada, es decir, no

podrá ser de tal magnitud que implique vaciar de su contenido mínimo esencial el derecho o libertad en cuestión<sup>179</sup>.

Dicho principio ha sido desarrollado ampliamente en el derecho anglosajón de los Estados Unidos, en relación con la actividad publicitaria, donde se pretende reducir la tutela de esta al mínimo. Recordemos que la jurisprudencia anglosajona considera protegida por la libertad de expresión, a la actividad relacionada con los fenómenos publicitarios, con el objeto de proteger los derechos de los consumidores. Esta toma de posición de la jurisprudencia se divide en dos etapas.

La primera de ellas se da con la elaboración del Test Hudson, dentro de la protección a la actividad publicitaria como parte de la Libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda, no se brinda protección a los mensajes con contenidos falsos, engañosos o erróneos, a los demás si se les reconoce la protección; y la posibilidad de establecerles limitaciones, las cuales deben cumplir tres condiciones: 1. la existencia de un interés gubernamental sustancial, 2. la regulación restrictiva tiene que estar dirigida a satisfacer el interés alegado, y, 3. la restricción no puede ser más extensiva de lo necesario para alcanzar el interés estatal, esta última atiende al hecho de que quien

---

<sup>179</sup> Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 3021 de 8 Hrs. 57 del 14 de abril del 2000, 1465 de 14 Hrs. 36 del 21 de febrero del 2001.

impone la limitación debe probar como cualquier otro medio menos restrictivo que el acogido, resulta ser ineficaz para la consecución de la finalidad perseguida.

La segunda etapa se encuentra representada por la sentencia *Board of Trustees of the University of New York v. Todd Fox*, donde se viene a interpretar que ya no es necesario emplear el medio menos restrictivo de los posibles existentes para establecer una limitación, sino debe existir una concordancia razonable, entre la medida dictada y el interés gubernamental que se intenta satisfacer, atendiendo de forma lógica al principio de proporcionalidad<sup>180</sup>.

En nuestro ordenamiento, sobre la posibilidad de establecer limitaciones y restricciones refiriéndose a la actividad publicitaria, la Sala Constitucional, ha concluido claramente:

**“...las limitaciones a la libertad de expresión y de comercio 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 puede dar a este**

---

<sup>180</sup> Sobre este tema ver GARCIA GUERRERO (José Luis), Op. Cit., p. 80.

**material en los medios de comunicación colectiva y que se dirige al público indiscriminadamente”<sup>181</sup>.**

Los límites bajo los cuales se restringe la actividad publicitaria, no persiguen obstaculizar formas lícitas de competencia, ni mucho menos anular el derecho fundamental de los particulares, llámense en este caso, anunciantes y agencias de publicidad, a expresar sus opiniones y puntos de vista comerciales. Lo que el Estado persigue no es limitar el ejercicio de la actividad comercial que involucra la publicidad, sino por el contrario, que su ejercicio se haga respetando intereses superiores, prioritarios para la colectividad, como son la dignidad de las personas, la protección especial que merece la familia, entendida esta en un sentido amplio, así como los derechos de los consumidores para que no sean estimulados con falsas expectativas y otras formas que no edifican su desarrollo como persona.

La protección más importante, en cuanto a la actividad publicitaria, debe ir dirigida a salvaguardar el futuro de la sociedad, futuro que se encuentra representado en la niñez y la adolescencia, quienes por el estado de vulnerabilidad en que se encuentran, la etapa de formación de sus mentes, así como la cantidad de informaciones que perciben diariamente por distintos medios tanto escritos, televisivos, impresos, etc., deben ser protegidos, debido

---

<sup>181</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8196 de 15 Hrs. 8 del 13 de setiembre de 2000.



a la amenaza constante de pornografía, sexo, drogas, alcohol, cigarrillos, etc., los cuales pueden causar en ellos un daño profundo por confusión en su ser, en su pensar.

De ahí que el Estado pretenda regular esta actividad por medios preventivos más que represivos, lograr ese equilibrio necesario entre los sujetos que intervienen en el fenómeno publicitario (anunciante – consumidor), sin dejar de lado la protección de esos valores fundamentales y superiores.

No deben confundirse, los límites establecidos por el ordenamiento constitucional a las libertades públicas, con las limitaciones, que por el contrario, se refieren a una restricción o disminución en la esfera jurídica del individuo. Dicha limitación, se denota en el momento de ejercitar la libertad pública.

Sobre el tema de limitaciones la Sala Constitucional, en voto No. 2776-97<sup>182</sup>, ha manifestado:

“Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se esta ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución,

---

<sup>182</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2776 de 15 Hrs 36 del 20 de mayo de 1997.

o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones”.

Para poder establecer una limitación a una libertad pública, la potestad debe encontrarse prevista en la Constitución, o la autorización a la Asamblea Legislativa para realizarla, por lo general, se requiere para ello, la votación calificada de las dos terceras partes de sus miembros para su aprobación.

Si bien es cierto, las limitaciones a las libertades públicas, pueden equivaler a una disminución en el ejercicio de esta, deben darse en determinadas condiciones y circunstancias especiales, previamente establecidos, y atendiendo a intereses superiores, como ejemplo de ello se tiene el estado de necesidad contemplado en el artículo 45 constitucional.

## **SECCION II. LIMITES CONSTITUCIONALES A LA PROPAGANDA COMERCIAL COMO RESPETO A DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **A. Limites contemplados en el artículo 28 constitucional**

Como ha quedado señalado, la publicidad comercial, goza de rasgos y características que hacen difícil la labor de darle una libertad marco para su protección jurídica. Sin embargo, pueden conciliarse dos libertades constitucionalmente garantizadas, como lo son la libertad de comercio y la

libertad de expresión, ambas libertades concordantes dentro de la actividad publicitaria.

Asimismo, se establecieron las justificaciones jurídicas que brindan respaldo al Estado para imponer límites al ejercicio de la actividad publicitaria, límites claramente establecidos por el ordenamiento jurídico constitucional.

Dichos límites concretos, se encuentran establecidos en la Constitución Política, cuando el artículo 28 señala entre otras cosas:

**“Las acciones privadas que no dañen la moral, o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley”.**

Como ya se mencionó claramente, las libertad públicas, según la jurisprudencia constitucional, pueden ver limitado su ejercicio en atención a la debida protección de estos derechos. En el caso particular de la libertad de comercio, la Sala Constitucional, ha expresado la obligación que tiene de respetar estos y otros límites:

“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 numero 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...<sup>183</sup>. (El resaltado no es original).

Debido a la importancia que tiene para este trabajo de investigación, es que se pretenden desarrollar esos límites reconocidos a la publicidad comercial, con la finalidad de determinar la importancia que tiene para la sociedad su protección. Asimismo, y haciendo una conjunción de las técnicas utilizadas en la publicidad, se puede determinar como evidentemente en la actualidad se hace publicidad que va en contra de los valores y principios

---

<sup>183</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8196 de 15 Hrs. 8 del 13 de setiembre de 2000.

fundamentales protectores de derechos humanos, constitucionalmente protegidos.

#### **A.1. Orden Público:**

Como primer límite a la publicidad se encuentra el orden público, este término por su naturaleza es indeterminado y sus consideraciones no son unívocas.

La Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional, definió el orden público de la siguiente forma: "es el conjunto de principio que por una parte atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y por otra parte, concurrerá 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"<sup>184</sup>.

El orden público, se encuentra integrado por los principios consagrados en nuestra Constitución Política, así se tiene el respeto a la dignidad humana, principio de igualdad ante la ley, división de poderes, libertad de culto, libertad de expresión.

Si bien es cierto, el Estado no pretende negar el ejercicio de las libertades garantizadas a favor del ser humano, en el caso particular el ejercicio de las libertades de expresión y de empresa, por otra parte, debe establecer un

---

<sup>184</sup> Corte Suprema de Justicia, sesión extraordinaria del 26 de febrero de 1982.

orden en la convivencia social del país, en aquellas situaciones donde se pueda ver afectado el interés general. Esta posición la afirma la doctrina:

“El orden público (y en esto es terminante) no puede afectar la libertad individual (sí regularla), no se refiere ni altera los derechos que integran la personalidad humana”<sup>185</sup>.

El orden público considerado como un valor o principio general ha sido definido como:

“Conjunto de reglas no escritas, cuyo cumplimiento según las concepciones sociales y éticas dominantes se considera como condición previa indispensable para una convivencia próspera y ordenada dentro de la comunidad. No estamos aquí ante el cumplimiento de normas jurídicas sino ante el cumplimiento de valores reconocidos como vinculantes por la mayoría de la población”<sup>186</sup>.

El orden público puede deducirse de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto. Dicho principio se encuentra integrado por los principios

---

<sup>185</sup> VANOSSI (Jorge Reinaldo), Teoría Constitucional, Buenos Aires, Ediciones DEPALMA, Tomo II, 1976, p. 44.

<sup>186</sup> LI QUIROS (Elizabeth), El Orden Público: Límite y Garantía de la Libertad, San José, Tesis para optar el Título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1992, p.58.

fundamentales, tanto económicos, sociales, políticos, culturales, etc., derivados del espíritu de la Constitución.

Desde el punto de vista administrativo, el orden público protege la tranquilidad (descanso de los habitantes), la salubridad (protección de la salud pública) y la seguridad (prevención de delitos por medio de los poderes de policía).

La Sala Constitucional, ha considerado que el orden público, no se refiere exclusivamente al mantenimiento del orden en las calles, sino también se refiere al mantenimiento de un orden jurídico y moral, constituido por un conjunto mínimo de condiciones para una vida social, conveniente y adecuada.

Se debe tener cuidado a la hora de argumentar violaciones al orden público, por cuanto dado su carácter indeterminado, puede eventualmente causar daños mayores. Por tanto es importante tener presente siempre los principios de proporcionalidad y razonabilidad anteriormente señalados.

## **A.2. Moral:**

Como segundo límite a las libertades públicas, se encuentra la moral, término que, igualmente no goza de una consideración jurídica precisa, y por el contrario, aún se debate sobre su contenido jurídico. Por esta razón se ha permitido incluir dentro de moral, el término buenas costumbres, como reglas

de moralidad media que la opinión pública reconoce como válida en cierto momento histórico, de acuerdo a coordenadas de tiempo y espacio.

Resultan ser aquellos valores éticos y jurídicos que fundan normas de carácter general para todos los hombres y sociedades, encuentra su manifestación en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

En términos de Recasens Siches, se compone de un conjunto de consideraciones que no solamente son jurídicas, sino que muchas de ellas se localizan en una esfera fuera del derecho. Del conjunto de reglas de comportamiento que una sociedad reconoce y admite como justas y obligatorias, independientemente del reconocimiento que de ellas haga un individuo concreto.

Se habla de que la moral no procura tanto movilizar al hombre hacia lo moralmente bueno, sino combatir la tendencia a lo moralmente malo, como por ejemplo, mala fe, la falta de sinceridad, desconsideración, las conductas sexualmente escandalosas, etc.

Sobre este punto y en relación con la publicidad, no podría una empresa publicitaria o un anunciante en particular, argumentar el ejercicio de un derecho subjetivo fundamental como la libertad de expresión, por ejemplo, la proyección de publicidad que por su contenido evidente repugnen a la moral social vigente, ya sea que se encuentre cargada de elementos sexuales y/u obscenos, esto por cuanto, atenta contra valores que la conciencia colectiva y



social considera contrario a la moral social imperante en ese momento histórico, donde se involucra la protección a otros derechos fundamentales, como la protección al bienestar de la familia y la protección a la niñez y la adolescencia.

Sobre el tema de la moral, el Tribunal Constitucional Español, nos aporta las siguientes consideraciones:

“... la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, jurificado en cuanto es necesario un *minimum ético* para la vida en social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico”<sup>187</sup>.

La Sala Constitucional costarricense define la moral como:

**“el conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad...”**<sup>188</sup>.

Marco Monro considera que “el derecho no puede ciertamente imponer el cumplimiento de una virtud puramente moral, ni prohibir un acto vicioso que

---

<sup>187</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia 62-1982, de 15 de octubre de 1982, citada por GARCIA GUERRERO, Op. Cit., p. 41.

<sup>188</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1465 de 14 Hrs. 36 del 21 de febrero del 2000.

no dañe directa e indirectamente a la convivencia y a la solidaridad, es decir, que no implique una injusticia inferida a otra persona o a la sociedad, pero puede, e incluso debe, mediante normas adecuadas, suprimir, en la medida de lo factible, las tentaciones que constituyen un incentivo habitual y poderoso de conductas inmorales”<sup>189</sup>.

### **A.3. Prohibición de causar daños a terceros.**

La tercera limitación a las libertades públicas, es la prohibición de dañar a terceros en el ejercicio de las libertades, sea, el deber de respetar los derechos que gozan los demás individuos que forman parte de la sociedad democrática.

La Declaración de los Derechos del Hombre, garantiza al hombre el ejercicio de la libertad. Libertad que es definida como aquel “poder hacer todo lo que no perjudique a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por ley”.

---

<sup>189</sup>MONRO MARCO, citado por SILVA BASCUÑAN (Alejandro), Tratado de Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1963, pp. 96-97

Esto le garantiza al hombre la posibilidad de actuar con libertad teniendo en consideración que, sus actuaciones no pueden dañar o perjudicar a terceras personas; si esto sucediera, el Estado intervendrá para lograr el equilibrio necesario en la convivencia social, lo cual evidencia una vez más que los derechos y las libertades que los representan no son absolutos.

Es importante hacer notar la importancia que tiene tanto el reconocimiento de una libertad, como también la necesaria justificación a su limitación, esto debido al necesario equilibrio que debe existir entre ambos. Dicha conexión entre libertad y restricción, es importante para un eventual análisis sobre la constitucionalidad de una norma.

#### **B. Ley 5811 como límite a la publicidad comercial.**

Existen igualmente otros límites en el ordenamiento jurídico derivados de los límites generales establecidos en el artículo 28 constitucional, con los cuales se regula la actividad publicitaria, en atención a la protección de principios de primer orden. La Ley 5811, promulgada el 10 de octubre de 1975, crea una Oficina adscrita al Ministerio de Gobernación, cuyo objetivo es vigilar que la publicidad comercial que se proyecte por los diferentes medios de comunicación no atente contra valores y principios fundamentales de la sociedad.

Es así como en su artículo 1, se señala el contenido de los elementos que se pretenden proteger con esta ley:

**“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”.**

#### **B.1. Dignidad de las personas:**

La dignidad humana es considerada como el valor y el respeto que posee el hombre por el hecho de serlo. La dignidad humana se manifiesta a través de la protección a los derechos humanos.

Dicho precepto se encuentra consagrado en la Constitución Política, de la interpretación armónica que se haga de los artículos 21 y 40, los cuales establecen:

**“Artículo 21. La vida humana es inviolable”**

**“Artículo 40. Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes...”.**

Dichos preceptos protegen de forma absoluta la dignidad del ser humano, el primero prohíbe de forma categórica cualquier actuación que pretenda mancillarla o quebrantarla. El segundo, protege al ser humano de cualquier

trato que lo afecte o degrade en su condición de tal, por lo cual debe ser respetado por los demás.

Madrid – Malo Garizábal, establece que la dignidad "hace del ser humano un ser inviolable, sagrado. Toda persona, sin que para ello importen sus carencias, limitaciones y defectos, en la única e irrepetible realidad de lo que es y de lo que obra, está naturalmente llamada a ocupar el primer plano en cualquier proyecto político o económico informado por ideales de progreso y de civilización"<sup>190</sup>.

Los Estados deben preocuparse por procurar normas que protejan de forma especial la dignidad de los seres humanos, contra las amenazas que pretendan hacer otros, más aún tratándose de materias relacionadas con los medios de comunicación masiva y la proyección de propaganda comercial. Quedaron claramente resaltadas, las formas en las cuales se influye y manipulan las mentes del ser humano, para fines comerciales, se han creado especies de máquinas al servicio de los intereses y valores que pretendan sus creadores resaltar. Es necesario aclarar que dicha manipulación e influencia en la mente del individuo, se hace tanto en la publicidad en general como en

---

<sup>190</sup> MADRID MALO – GARIZABAL (Mario), Derechos Fundamentales, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temas Jurídicos y 3R Editores, 1997, p. 3, citado por FERNANDEZ MORALES (Denia María), Derecho a la información, libertad de expresión y vida privada, Libro: Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz, San José, Imprenta y Litografía García Hermanos, 1994, p.21.

aquella que recurre a la utilización de técnicas subliminales para la consecución de sus objetivos.

El ser humano no puede ni debe ser considerado como una especie animal, ya que existe una esencia en el ser humano que lo hace especialmente diferente. En este sentido Malavassi, hace una valoración importante acerca del ser humano:

“... el ser humano es una sustancia esencialmente distinta de las demás sustancias que la rodean en el mundo y tiene las necesidades, aspiraciones, actitudes que no se confunden con las exigencias y posibilidades de los animales, sino que las sobrepasan. Es una sustancia que tiene conciencia de sí y del ser, capaz de darse cuenta de sus actos y de sus estados y de apropiárselos como suyos ... además de esa incomparable concepción de la PERSONA que ésta con su RAZON, gracias a la cual el ser humano se diferencia radicalmente de las demás especies animales, es capaz de distinguir y relacionar los MEDIOS de los FINES, de comprender y de juzgar”<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> MALAVASSI VARGAS (Guillermo), Antropología y Política, San José, Editorial Universidad Autónoma de Centro América, pp. 16-17., citada por FERNANDEZ MORALES (Denia), El enfoque de la Ley 5811 desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales, San José, Memoria del Seminario El Respeto de los Derechos Humanos en la Propaganda Comercia, 2001, p. 14.

Si lo anterior es válido para el ser humano, si este ser humano está dotado naturalmente de una razón, que lo hace particularmente distinto de los animales, capaz de juzgar acerca de sus necesidades, sus exigencias, su entorno; la publicidad que, valiéndose de técnicas, formas y/o mecanismos, manipulan la razón, estimulando al ser humano consciente e inconscientemente, sea en un nivel por debajo de la conciencia, de su razón, están atentando contra su dignidad humana, contra su esencia, al anular su voluntad al punto de no ser capaz de juzgar la información que por medio de la publicidad se le presenta.

En el ordenamiento jurídico costarricense, no existe una disposición legal que prohíba de forma taxativa la propagación de publicidad comercial en este sentido, más sin embargo, son válidas todas las argumentaciones hasta ahora señaladas y desarrolladas, con la finalidad de lograr la aplicación de un criterio amplio de los preceptos constitucionales y legales que protegen y promueven el respeto a la dignidad del ser humano como tal.

Por lo anterior, la dignidad humana en general y su infracción en medios publicitarios, no puede necesariamente estar ajena al Derecho, la justicia, ni a la sociedad; a causa de sus efectos.

En nuestro ordenamiento jurídico, la protección a la dignidad humana se encuentra contemplada en distinta normativa, además de la Ley 5811, como

el Código de la Niñez y de la Adolescencia<sup>192</sup>, cuando en su artículo 24 establece:

**“Las personas menores de edad tendrán derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este derecho comprende la protección de su imagen, identidad, autonomía, pensamiento, dignidad y valores”.**

Asimismo, es importante resaltar la protección que tiene esa condición inherente al ser humano como lo es la dignidad humana, en la normativa internacional. Así, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se establece:

**“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.**

A su vez, el artículo 1 de la Declaración establece:

---

<sup>192</sup> Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley No. 77396 de febrero de 1998, San José, Editorial Investigación Jurídicas S.A, 3era. Edición, 2002, artículo 24.



**“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.**

El artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala:

**“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.**

La Constitución española, consagra expresamente la protección a la dignidad de la persona en su artículo 10, el cual expresa:

**“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.**

La jurisprudencia nacional, ha afirmado que los medios de comunicación de masas, tienden a reproducir sistemas de valores e ideas establecidos, reforzando la desigualdad entre hombres y mujeres, discriminaciones por razones de sexo y etnias, creando prejuicios de inferioridad y/ o superioridad, elementos con los cuales se causa un evidente daño en la dignidad de las personas.

Existen ejemplos claros de anuncios comerciales que hacen una consideración discriminatoria acerca de la mujer, entre los cuales mencionaremos dos de ellos:

1. **Esponjas para lavar platos La Negrita:** en este anuncio comercial se llama la atención sobre un tipo de esponjas para lavar platos, en el cual se resaltan las características del producto, pero utilizando aspectos discriminatorios, por ejemplo, menciona que el lado de la esponja suave es para lavar vidrio y porcelana, pero para el trabajo pesado como ollas y sartenes esta el lado de la esponja fuerte y grotesco porque "yo soy la negrita poderosa". Este comercial fue punto de gran cantidad de críticas no solo a nivel de censura, sino de estudios sobre la discriminación étnica que con él se causaba, al resaltar subliminalmente que las personas blancas se encontraban destinadas a realizar labores y trabajos suaves, livianos. En cambio, se asocia como elemento discriminatorio que los negros realizan labores duras, sucias.
2. **Motor Up:** esta publicidad anuncia un líquido para el motor de los vehículos, que elimina los sedimentos ubicados en el motor y elimina las limaduras, etc., a lo largo del anuncio presentan imágenes de cómo funciona este líquido en el motor del vehículo, presenta imágenes de hombres conduciendo cómodamente sus vehículos, pero, se señala como una característica de emplear este producto el hecho de que es "fácil de aplicar", es en ese momento donde se presenta la imagen de una mujer

frente a un vehículo con la tapa descubierta y ella alegremente poniendo el líquido dentro del motor del vehículo. Esto que quiere decir, que es tan fácil de aplicar que hasta las mujeres lo pueden hacer, resaltando por ende, el papel tradicional de la mujer en labores sencillas, manuales, que no impliquen una gran preparación técnica, reforzando por ende los roles tradicionales establecidos entre hombres y mujeres, reforzando la inferioridad de la mujer en la sociedad.

3. Emisora de radio 90.7: el anuncio publicita una emisora de radio, que pone música movida, y como slogan el locutor dice: "Ritmo 907 pone lo que te mueve", y se presenta una mujer de espaldas utilizando hilo dental, con movimientos sumamente eróticos, tan es así que se distorsiona la imagen dando una impresión borrosa, pero siempre muy evidente. En este anuncio implícitamente se afirma que un trasero de mujer con movimientos eróticos es lo que mueve a los hombres.

Es normal que la publicidad recurra constantemente a la utilización de mujeres en sus anuncios publicitarios, con imágenes que resultan ser negativas y degradantes para las mujeres, en los dos sentidos señalados en su oportunidad: como consumidora acérrima y como un objeto de venta de la publicidad comercial. Sin embargo, es sumamente perjudicial para la dignidad de las mujeres, ver constantemente reforzados los papeles tradicionales, vista como insignificante, tonta, sumisa, dedicada principalmente a las labores del

hogar, eternamente preocupada por la limpieza de su casa, etc., cuando la mujer, día tras día lucha fuertemente por romper esos estereotipos absurdos y demostrar que se encuentra capacitada para cumplir cualquier tarea que se proponga. Ver constantemente reforzados estos roles provoca en ciertas mujeres, de acuerdo con su vulnerabilidad, depresiones, frustraciones, sentimientos que son nocivos y perjudiciales para la salud mental.

En el preámbulo de la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la mujer, afirma como la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y el principio de respeto a la dignidad humana, violaciones que representan para la mujer una dificultad para participar en los distintos ámbitos de la vida, asimismo, constituye un obstáculo para el bienestar de la familia, entorpeciendo el pleno desarrollo de las posibilidades de realizarse ante su país y ante la humanidad.

La normativa internacional en los últimos años ha procurado tomar medidas sobre el particular, así en la Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en el año 1994, se tomó como medida en materia de imagen de mujer y los medios de comunicación social, la necesidad de reducir la proyección constante de imágenes degradantes de la mujer en los distintos medios, toda vez que estas imágenes no son equilibradas con la realidad de las condiciones de vida de la mujer.

La discriminación contra la mujer, es protegida actualmente por diferentes tratados, entre ellos la Convención sobre la eliminación de todas las Formas

de Discriminación contra la Mujer, en donde se propone como un medio para lograr una plena igualdad entre hombres y mujeres, la modificación de los papeles tradicionales de la sociedad.

Esta Convención entiende como actos discriminatorios “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social cultural y civil o en cualquier esfera”<sup>193</sup>.

En su artículo 5, se compele a los Estados a tomar las medidas necesarias para:

“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 la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

En el campo publicitario, existen declaraciones de principios, que pretenden hacer una autorregulación de su actividad, respetando los valores y principios fundamentales Tal es el caso de la Radio Televisión Valenciana, la

---

<sup>193</sup> Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979, artículo 1.

cual estableció el respeto a los principios de discriminación, así como la prohibición de hacer referencia a géneros:

“Los mensajes publicitarios velarán por no discriminar a las personas situándolas en un papel de sumisión o de inferioridad. No habrá en ellos referencia alguna a posible discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra circunstancia personal o social. No se permite ridiculizar a personas con defectos físicos o psíquicos”<sup>194</sup>.

De mucha importancia resulta el artículo de esta normativa que pretende evitar el fomento de publicidad en la cual se hagan construcciones de modelos sociales basados en el género. Asimismo, establece la obligación de garantizar el respeto y la dignidad en los mensajes publicitarios que vayan dirigidos a las mujeres o en los cuales ellas figuren.

El Diario The Saturday Review, en los años sesenta, hizo una manifestación que encierra el contenido de lo que se ha pretendido hasta ahora determinar, sobre cómo con la publicidad comercial, atenta y en ocasiones se violenta la dignidad del ser humano:

**“La mente consciente es la parte más delicado del instrumento más frágil de todo el universo. No debería ser ensuciado, mancillado o deformado para aumentar las ventas de palomitas de maíz o cualquier**

---

<sup>194</sup> Normas Básicas de Publicidad de la Radio Televisión Valenciana, Op.Cit., artículo 5.

**otra cosa. En el mundo moderno no hay nada más difícil que proteger la privacidad del alma humana<sup>195</sup>.**

**B. 2. La publicidad que ofenda el pudor de la familia y utilice la imagen de la mujer impúdicamente para promover las ventas.**

Se utiliza el término "pudor", que se refiere al sentimiento de reserva hacia lo que tiene o puede tener relación con el sexo<sup>196</sup>.

En dicho artículo se protege no solamente el pudor de la familia como núcleo, sino la utilización de la imagen de la mujer de forma impúdica. El término impúdica en sentido contrario, equivale a la falta de pudor, de recato hacia las manifestaciones sexuales.

**El pudor de la familia, es establecido en este artículo como un límite al ejercicio de la publicidad comercial, según expresa la Sala Constitucional, cuando la publicidad "irrespete la concepción imperante en nuestra sociedad sobre lo adecuado desde el punto de vista sexual, en relación con ella<sup>197</sup>.**

---

<sup>195</sup> DE LA RICA (Enrique), Op.Cit., p. 3.

<sup>196</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8196, Op.Cit.

<sup>197</sup> Ibid.

La protección a la familia como núcleo esencial de la sociedad, se encuentra consagrada en el artículo 51 de la Constitución Política<sup>198</sup>, el cual señala:

**“La familia, como elemento natural y fundamento 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”.**

La Sala Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado la importancia de la familia dentro de una sociedad, en los siguientes términos:

**“ 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 trasladan de generación en generación dándonos la estabilidad social de la que gozamos”<sup>199</sup>.**

---

<sup>198</sup> En ese mismo sentido, existen otras normas en las cuales se le garantiza la protección especial a la familia:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, artículo VI.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, artículo 16.3

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966, artículo 10.

<sup>199</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 346 de 15 Hrs. 42 del 18 de enero de 1994.



El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, hace una consignación sobre la familia y su importancia como núcleo importante de la sociedad, núcleo que merece una regulación especial, que le permita a la familia formar niños y adolescentes capaces de enfrentarse a los retos de la vida:

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

El legislador al promulgar la Ley 5811, considero que la mujer utilizada como un objeto para promover ventas, afecta y atenta contra la dignidad, no solo de la mujer sino el correcto desarrollo del ámbito familiar.

Como ya se ha señalado, la publicidad constantemente y hasta en forma abusiva, recurre a la utilización de la imagen de la mujer como un objeto para promocionar determinados productos o servicios, exaltando su anatomía y sexualidad femeninas.

Se ha prohibido la utilización de esta técnica de publicidad en forma abusiva, para utilizarla como una fuente de atracción que capte la atención de los receptores del mensaje.

Debido a la influencia definitiva que la información contenida en los mensajes emitidos por los distintos medios de comunicación social, provocan en las personas que ven dichos mensajes así como, y especialmente, en la formación de opinión pública, o su deformación.

De más importancia resulta este hecho, cuando hablamos de seres que se encuentran en un proceso de formación, como son los niños, donde integran y aceptan como verdadero aquello que ven diariamente y de forma constante, lo cual hace que se considere como normal. No sería por tanto conveniente, que un niño perciba una imagen de mujer que es únicamente un símbolo y/u objeto sexual, reforzando el papel machista que durante tantas generaciones se ha pretendido eliminar de la conciencia de los hombres.

Es por esto que la protección a la niñez y a la adolescencia de la proyección de publicidad comercial, que deforme la correcta concepción de mundo, debe ser estrictamente regulada por el Estado, con el fin de garantizar el propio futuro de la sociedad y del país.

### **B. 3. Protección a la niñez y la adolescencia:**

El fundamento constitucional de la protección de la niñez, queda plasmado en el referido artículo 51 de la Constitución, donde señala la obligación del Estado de velar por la adecuada protección a sus derechos.

La protección a la niñez y a la adolescencia sobre la publicidad comercial, debe su justificación a la gran cantidad de información que recibe esta parte de la población diariamente por los distintos medios de comunicación, llámense estos televisión, medios escritos, medios informáticos como la Internet, sin exclusión en razón de edades, ni referencia a la forma correcta de canalizar y asimilar esta información.

En el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, se expone la importancia de establecer parámetros claros para la protección de la niñez, básicamente debido a la etapa dentro de la cual se encuentra su desarrollo físico y mental:

“Considerando 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 (...)

**Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (...)**

**Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.**

La situación particular de la etapa de formación y desarrollo de las mentes, tanto de los niños como los adolescentes, así como los argumentos considerados en relación con la publicidad comercial, han hecho que se adopten gran cantidad de normas internacionales y de derecho positivo costarricense, para protegerlos contra las amenazas a las que puedan verse sometidos.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 13, autoriza a los Estados para someter a una censura previa los espectáculos públicos, en cuanto al ingreso de menores de edad, para proteger la moral de los menores.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7, reafirma la obligación que tienen los Estados de velar porque la información y material a que los niños tengan acceso, deben estar destinados a promover su bienestar social, espiritual y moral, así como su salud física y mental, para lo cual deberán adoptar las medidas necesarias para cumplir con ese objetivo.

En el derecho comparado, la Ley General de la Publicidad española, en su artículo 3, señala entre los presupuestos de la publicidad ilícita:

**“La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”.**

**especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer’.**

Con la publicidad comercial, principalmente la que va dirigida a los menores, se refuerza el sentimiento consumista imperante en la época actual, donde se reafirma constantemente que “el ser humano ya no es por lo que, sino por lo que tiene”. Si los niños, crecen y se desenvuelven en una sociedad donde reciben como un valor esencial para desenvolverse en el mundo, el sentimiento de poseer, muchas veces a costa de lo que sea, únicamente para satisfacer los instintos consumistas y cumplir con las exigencias de la propia sociedad, se forman seres humanos vacíos, que ven la vida únicamente como un gran almacén de consumo.

Actualmente, se transmite por televisión un anuncio comercial de un muñeco llama “Cool Bobby”, promocionado por una almacén X, el anuncio trata de una pareja de niños de aproximadamente 12 años de edad, el niño invita a salir a la niña, y está le responde “para salir conmigo, me lo tienes que comprar” refiriéndose al muñeco. Denota un sentimiento de frivolidad en una niña de 12 años, quien exige la compra del muñeco como un intercambio para salir de paseo con el niño. Fomenta en la niñez y en la adolescencia un sentimiento de tener que poseer las cosas que se desean como sea, a cualquier costa, lo cual puede causar un perjuicio en su formación, adoptando como norma esa actitud. Si este niño o adolescente crece con ese

sentimiento, podríamos estar hablando de un futuro delincuente, que justamente delinque para satisfacer ese sentimiento de posesión que se le fomento cuando era niño.

En nuestro país no existe una normativa expresa que prohíba este tipo de mensajes comerciales, haciendo alusiones expresas a la obligación de una persona de satisfacer el capricho de un niño o adolescente.

Sin embargo, resalto ahora debido a su importancia, la normativa expresa contenida en el Código de Ética y Autorregulación de la Cámara de Anunciante de Argentina<sup>200</sup>, la cual establece como una categoría especial la publicidad dirigida a los niños y adolescentes y sus efectos sobre ellos:

“Artículo 34. La publicidad dirigida a los niños y adolescentes:

1. Debe evitar inducirlos a realizar actos que resulten física, mental o moralmente perjudicial a los mismos.
2. **No se debe aprovechar de la natural credibilidad infantil ni de la inexperiencia de los jóvenes, ni deformar el sentido de lealtad de los mismos (...).**”

“Artículo 35. Ningún mensaje de productos para niños o adolescentes debe:

---

<sup>200</sup> Código de Ética y Autorregulación, Cámara Argentina de Anunciantes, Argentina, dirección en Internet: [http:// camaraanunciantes.org.ar/valores/](http://camaraanunciantes.org.ar/valores/)

1. **Socavar sus valores sociales, sugiriendo que su uso o tenencia le dará una ventaja física, social o psicológica sobre otros niños o jóvenes.**
2. **Socavar la autoridad, responsabilidad, juicio o criterio de los padres y educadores.**
3. **Contener frases mandatorios o compulsivas que insten al menor a obtener el producto por cualquier medio”.**

“Artículo 36.

**Ningún mensaje dirigido a los menores de edad debe crear ansiedad ni sugerir que sus padres o familiares no cumplen con sus deberes si no la satisfacen.”**

“Artículo 37.

**Ningún mensaje de productos para niños debe insinuar que si un niño no lo compra, signifique para él una minimización y sea mirado con menosprecio o sea objeto de burlas u otras formas de ridiculización”.**

En un mismo sentido, la Radio Televisión Valenciana de España, tiene una norma específica para brindarle protección a la niñez, al señalar en su artículo 7 lo siguiente:

**“Los mensajes publicitarios dirigidos a los niños y niñas procurarán fomentar e inspirar acciones creadoras, sentimientos estéticos y de**

sociabilidad. No contendrán afirmaciones o imágenes que puedan resultar nocivas, mental, moral o físicamente para el niño o la niña, que puedan abusar de su ingenuidad o falta de experiencia.

**Ni el texto ni la imagen del anuncio pueden apelar al niño o niña para que pida a sus padres o a otra persona que compren el producto anunciado (...)**".

En nuestro ordenamiento jurídico interno, el Patronato Nacional de la infancia, tiene como una de sus funciones, la protección a la familia, la niñez y a la adolescencia.

A su vez, el Código de la niñez y la adolescencia, establece en su artículo 2, los mensajes restringidos para menores de edad, al manifestar lo siguiente:

**"Los medios de comunicación colectiva se abstendrán de difundir mensajes atentatorios contra los derechos de la persona menor de edad perjudiciales para su desarrollo físico, mental o social.**

Los programas, la publicidad y los demás mensajes que se difundan por radio y televisión, se ajustarán a la audiencia correspondiente. Mediante decreto ejecutivo se reglamentará lo relacionado con los horarios que regirán para programas no aptos para menores de edad".



Existen en nuestro medio, gran cantidad de mensajes comerciales que apelan a la niñez a consumir o a instar a sus padres que les compren determinados productos, así como publicidad sobre juguetes bélicos, publicidad constante de comida malsana llamada "comida chatarra", etc.

Sin embargo, sí existe normativa expresa en relación con la regulación de la publicidad de cigarrillos y bebidas alcohólicas, tal es el caso del Reglamento sobre el Control de la Publicidad y el Fumado de Cigarrillos, que establece una serie de limitaciones a la publicidad de cigarrillos. Así el artículo 3, establece la prohibición de transmitir publicidad de cigarrillos donde se utilice personajes menores de edad o que esté especialmente dirigidos a ellos, cuando se mencione o insinúe efectos estimulantes de los cigarrillos, la utilización de deportistas, científicos o profesionales o modelos que representen a personajes, el empleo de testimonios de gente famosa.

La publicidad en general, debe considerar como parámetro necesario la formación de las personas, en especial de los niños, se pueden crear publicidad que eduque, que construya valores y principios, que no deforme los ya existentes. La publicidad debe contribuir con la labor que hace la familia en la educación de los futuros miembros activos de la sociedad, sujetos que el día de mañana tomarán las riendas del país. Lo deseable para el país y para la humanidad en general, su destino, se encuentra en manos de esas hoy pequeñas personitas, pero mañana personas encargadas de velar por los nuestros destinos.

Estas importantes regulaciones y sus justificaciones, evidencian la necesidad de protección de esta parte de la población, en especial de la niñez, por el hecho de ser los niños sumamente vulnerables e influenciables ante las cosas que perciben a su alrededor. Es por esta razón que la publicidad debe necesariamente ser regulada para que no puedan ser difundidas informaciones con contenido negativo (implícito o explícito) y obstaculicen la formación de la niñez y la influencia de la adolescencia, razones por las cuales la Sala Constitucional ha creído que las limitaciones a la publicidad comercial atienden a principios razonables y constitucionalmente permitidos.

Sobre argumentos como los expuestos, es que la Sala Constitucional ha determinado que el control establecido en la ley 5811 para regular la publicidad comercial, el cual pretende proteger valores y derechos superiores, y a su vez, primarios, en contraposición de intereses particulares disfrazados de libertad de empresa y libertad de expresión.

"... las limitaciones son proporcionadas y razonables pues no impiden el ejercicio del derecho, y tienen por objeto evitar un peligro real contra la sociedad"<sup>201</sup>.

---

<sup>201</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1944 de 15 Hrs. 18 del 18 de abril de 1995.

### **C. Límites del artículo 46 de la Constitución Política.**

En el artículo 46 de la Constitución Política, se establece la protección a los derechos del consumidor. Derecho que ha sido considerado como derecho humano en los últimos tiempos, como una imperiosa necesidad de proteger a la parte más débil y desprotegida de la relación comercial, a consecuencia del gran auge que ha despertado en el comercio y la gran competición existente entre las distintas empresas de bienes y servicios. Este artículo entre otras cosas señala:

**"... Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará estas materias".**

La Sala Constitucional, ha determinado la justificación de esta protección al derecho de los consumidores, en la sentencia 1441-92, la cual expresa:

"... es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal, y su participación en ese proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello la relación en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere

de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos de que previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos”.

En materia de los derechos del consumidor en relación con la publicidad comercial, la Sala ha sido categórica en afirmar que no son admisibles las limitaciones a su ejercicio, sea, no puede existir una censura previa en la difusión de la publicidad comercial. En esta materia únicamente, sería exigible la responsabilidad del infractor por impulsar publicidad comercial falaz, cuya acción la ejercerían las autoridades y los consumidores, por los medios establecidos por la ley, en defensa de los intereses del Estado y de los consumidores<sup>202</sup>.

En el año de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprueba por resolución 39/248 del 9 de abril, las Directrices de Protección al Consumidor, documento que desarrolla los principios fundamentales que deben orientar a la protección de los intereses legítimos de los consumidores. Es de este modo, como actualmente son reconocidos como derechos del consumidor fundamentales e irrenunciables, los siguientes: derecho a la salud, derecho a la información, derecho al resarcimiento, derecho a la

---

<sup>202</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6776 de 14 Hrs. 57 del 22 de noviembre de 1994.

educación, derecho a la protección de los intereses económicos, derecho de acceso a la justicia, derecho a formar asociaciones y organizaciones.

A continuación haré una referencia somera de derechos individuales, que en relación con el derecho del consumidor, la doctrina especialmente, ha considerado como parte del derecho del consumidor, o sea, que si bien en su individualidad son derechos de una importancia predominante, guardan estrecha relación con el derecho de los consumidores.

### **C.1. Derecho a la Salud:**

El Derecho a la Salud es definido como "el derecho de todo consumidor a la utilización y disfrute de bienes y servicios que no expongan su salud e integridad física"<sup>203</sup>.

La Organización Mundial de la Salud, entiende que la salud representa un estado de completo bienestar y equilibrio físico, social y mental.

El derecho a la salud responde a las características de irrenunciabilidad, intransmisibilidad y extrapatrimonialidad.

Este derecho se encuentra constitucionalmente consagrado en los artículos 46 y 50, el primer hace referencia al derecho a la protección de la

---

<sup>203</sup> GUIDO ORTEGA (Alvaro), El Derecho a la Información del Consumidor, San José, Tesis para optar el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998, p. 75.

salud de los consumidores y usuarios, y el segundo, establece el derecho del individuo a un ambiente sano y equilibrado.

En el ordenamiento interno se encuentran leyes especiales cuyo objetivo es proteger la salud de los individuos. La Ley General de Salud reconoce expresamente que “la salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado”<sup>204</sup>. Igualmente prohíbe todo tipo de publicidad o propaganda engañosa o ambigua que pueda ser perjudicial para la salud de las personas (artículo 260), y se establece como una sanción para quien infrinja esa disposición con de veinte a sesenta días multa (artículo 382).

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en su artículo 29 inciso a), establece como un derecho del consumidor: “la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente”.

A nivel internacional también se encuentran disposiciones relativas a la protección de la salud de los seres humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando reconoce el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, establece la obligación de los Estados de tomar las medidas necesarias para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

---

<sup>204</sup> Ley General de Salud, Op.Cit., artículo 1.

Si consideramos que la salud integra la salud física, mental y emocional, al relacionarla con los efectos producidos por la proyección de publicidad reiterada, la cual crea desequilibrios mentales que engendran tensiones en el receptor y presenta como solución la adquisición del producto para lograr una satisfacción, sin embargo, puede suceder que dicho acto no se realice, o que si bien, aún realizándose la inestabilidad y tensiones provocadas no sean totalmente eliminadas de la mente del receptor.

Como evidencia de ellos resultan testimonios de personas que fueron sometidas a estudio del anuncio de la ginebra Gilbey's, en los años setenta, quienes dieron muestras de cierto desequilibrio emocional al manifestar las sensaciones y pensamientos que les venían a la mente:

"Frialdad, extrañesa, soledad, indiferencia, aislamiento, ocio. Todo esto se convirtió en miedo, casi pánico, impotencia y desesperación. ¡Ahora es aterrador! Ni siquiera me atrevo a verlo. Quiero poner esta "cosa" tan lejos de mí como me sea posible. Es espantoso como un monstruo. Me siento temblorosa, y mis manos me están sudando. Mi respiración se ha acelerado: ¡es extraño! Al principio me gustó la frialdad. ¿Qué me ha pasado? ¡Siento tanto miedo de esta cosa! Creo que esta sensación me empezó hasta que comencé a escribir. Mientras lo hacía, sentía cómo aumentaba esta sensación de miedo. Ahora ni siquiera quiero ver nuevamente el anuncio para analizarlo. Ahora hasta temo pensar en

hacerlo mañana por la noche. Es como si al hacerlo tuviera que enfrentarme a algo doloroso. Preferiría mirar un nido de víboras.

Todavía no me puedo librar de esta terrible sensación. Siento como si "algo" fuera a cogerme. Es un miedo infantil y primitivo. Ahora estoy avergonzada de mí misma".

El campo de acción por medio del cual se tutela es derecho a la salud es muy amplio, dada la importancia que este derecho tiene, así como los bienes jurídicos que se ven indirectamente protegidos por medio del derecho a la salud.

## **C.2. Derecho a la Información:**

Este derecho surge de la necesidad de brindarle al consumidor las herramientas necesarias para que tome la mejor decisión a la hora de adquirir un bien o servicio determinado.

Se involucran los derechos y obligaciones que tiene el público, así como la posibilidad de utilizarlos de forma segura y satisfactoria. Por tal razón la información es necesaria para protegerlo de aquellas informaciones que puedan ser fraudulentas, engañosa o falaces, sobre aspectos tales como precios, condiciones de venta, contratos, garantías, resultados de pruebas, presencia de eventuales riesgos, etc. Asimismo, la información sobre las características de los productos, que permitan al consumidor tener un conocimiento pleno del producto, su utilización, etc.



### **C.3. Derecho al Resarcimiento:**

Con este derecho se pretende brindar una solución equitativa a los conflictos, que eventualmente puedan surgir de la adquisición de los productos, bienes o servicios ofrecidos a los consumidores. Se pretende asegurar al consumidor los medios o canales necesarios para su debido asesoramiento legal, compensaciones o reparaciones por engaños que sean equitativas.

Dentro de este derecho se ven involucrados otros como el establecimiento de sistemas de asistencia técnica y asesoramiento, procedimientos de reclamo, arbitraje y arreglos amistosos, determinación de las vías de recursos y procedimientos.

Para poner en marcha los procedimientos de reclamo, estos deben atender a razones necesariamente justas, derivadas de consecuencias directas atribuibles al producto, bien o servicio, excluyéndose la posibilidad de proteger el mal uso dado por el consumidor o provocado por terceras personas.

Los daños causados por un comportamiento publicitario incorrecto por parte del anunciante, es muy difícil demostrar el engaño acaecido al consumidor por la publicidad, debido a la falta de criterios de valoración y

objetividad, por la variación en la capacidad de discernimiento de un consumidor a otro.

En atención a los parámetros, detallados a lo largo de este trabajo de investigación, se ha logrado determinar la necesidad de brindar protección a la parte más vulnerable de la relación anunciante – consumidor. Se ha considerado como dicha información requiere ser tan clara como para que el mensaje sea comprendido por la persona más lenta. Esta información debe ser en esencia absolutamente clara sin lugar a equivocaciones o malas interpretaciones.

#### **C.4. Derecho a la educación:**

Guido Ortega lo considera como “el derecho de adquirir y desarrollar los conocimientos y la capacidad para actuar en forma consciente y responsable como consumidor informado”<sup>205</sup>.

Con la educación se pretende adaptar los conocimientos necesarios para que el consumidor pueda actuar de forma objetiva y racional en la decisión de compra.

Resulta absolutamente nula la posibilidad de que el consumidor actúe de forma objetiva y racional en sus decisiones, cuando se ha visto como la

---

<sup>205</sup> GUIDO ORTEGA (Alvaro), Op.Cit., p.79.

publicidad utiliza técnicas persuasivas, tanto a nivel consciente como inconsciente, las cuales anulan su razón, y lo convierten en simples máquinas al servicio de los intereses de los anunciantes. Su voluntad verdadera queda relegada o eliminada por medio de los estímulos con los cuales se ve influenciado.

## CONCLUSIONES

Después de haber realizado este trabajo de investigación, basándonos en los objetivos e hipótesis planteados inicialmente, he llegado a las siguientes conclusiones:

Los estudios científicos expuestos sobre la forma como los especialistas en técnicas publicitarias, ejercen una influencia importante sobre el ser humano, en los niveles consciente e inconsciente de percepción psíquica de estímulos. El ser humano se encuentra desprotegido ante la recepción de estímulos constantes, tanto subliminales como directos, los cuales crean efectos tanto a nivel interno como externo del individuo. Efectos que debido a su implicación en los seres humanos, se vuelven relevantes jurídicamente, tanto como consecuencia de las lesiones reales ocasionadas como de las eventuales a las cuales podría verse expuesto el ser humano, física y mentalmente.

Los principales derechos fundamentales del ser humano que pueden verse violentados o cercenados como causa de los efectos de la Publicidad Comercial en el ser humano, encuentran respaldo constitucional en el ordenamiento jurídico costamicense, tales como, la dignidad de las personas, la niñez y la adolescencia, la familia como núcleo esencial de la sociedad, el derecho a la salud tanto física como mental, así como los derechos de los consumidores frente a informaciones inexactas y falaces.

La protección jurídica que merece la Publicidad Comercial según los parámetros legales del ordenamiento jurídico costarricense, han sido debatidos ampliamente por la jurisdicción constitucional, por medio de la Sala Constitucional. Órgano que ha llegado a determinar como la Publicidad Comercial, se encuentra integrada por dos libertades públicas de gran importancia como lo son la Libertad de Expresión y fundamentalmente la Libertad de Empresa.

Por tanto, la actividad publicitaria, encuentra de la misma forma como límites a su ejercicio, los límites generales consagrados en la Constitución Política como son el orden público, la moral, la prohibición de causar daños a terceros. Amén de las disposiciones en el campo internacional, y tomando en cuenta asimismo, la jerarquía de normas en nuestro ordenamiento constitucional, es importante tener en consideración que ningún derecho es absoluto, en el tanto y en el cuanto, le permitan al individuo actuar de forma irresponsable y que atente contra valores y principios fundamentales del Estado de Derecho.

Los límites a los cuales se ve sometida la publicidad comercial, no restringen ni disminuyen en forma alguna el ejercicio legítimo de los derechos que integran la actividad publicitaria, solamente establecen ciertos parámetros necesarios en un Estado de Derecho, donde se deben conciliar los derechos de cada uno de sus integrantes. Más aún cuando, como quedo

demostrado en la investigación se pongan en evidente peligro derechos inalienables de los seres humanos.

Un individuo puede manifestar sus opiniones, siempre y cuando respete los valores imperantes dentro de la sociedad, considerando como la importancia que tiene dicha manifestación en la formación de la opinión pública, más aún, cuando la comunicación vertida por medio de la actividad publicitaria, persuada por medios que no respetan la dignidad humana, creando en el ser humano condiciones y colocándolo en situaciones de las cuales en gran cantidad de ocasiones no es consciente.

Se debe por tanto dar una lucha para crear una conciencia, en los receptores de los mensajes pero muy en especial en los emisores y creadores de dichos mensajes, sobre la importante necesidad de respetar los derechos inalienables del ser humano, su dignidad e integridad, su carácter de ser libre, autónomo.

La publicidad comercial, así como la utilización de técnicas subliminales, no encuentra respaldo legal en una ley específica que regule su actividad, así como los parámetros dentro de los cuales se debe desarrollar. Actividad publicitaria que como quedo ampliamente demostrado, a causa de las implicaciones que puede tener en el ser humano, debe encontrar una protección legal que brinde seguridad jurídica a los individuos que integran la sociedad. Si bien es cierto, es basta la normativa, que de una u otra forma regula la publicidad comercial, es necesaria la promulgación de una ley

marco que tipifique las consecuencias jurídicas de la mala y distorsionada aplicación de técnicas publicitarias subliminales o no, tendientes a manipular la voluntad del ser humano, así como la publicidad destinada a fomentar hábitos de consumo de productos adictivos como el tabaco y el cigarrillos.

Del mismo modo, merece una especial protección la publicidad destinada a fomentar estereotipos en los individuos, deformar los valores existentes tanto de la familia en su papel de núcleo social, como de los integrantes de la misma, principalmente, la niñez y la adolescencia, que como se demostró son los que se encuentran más vulnerables a la influencia de la publicidad en su vida y formación, y por ende a sus consecuencias, que en la generalidad de los casos resulta no ser del todo positiva en su formación como personas capaces de discernir sobre lo correcto e incorrecto de valores y estereotipos que nos vienen importados de países donde los niveles de deformación social cada día van en aumento.

El campo donde se ha logrado avanzar más, lo encontramos en relación con el llamado Derecho del Consumidor, su discusión ha sido basta, y cada día más se logra crear una conciencia en los anunciantes, llámense empresas, productores, etc., de la obligación de respetar al consumidor como la parte más débil de la relación contractual, y que precisamente por esa posición se ve propensa continuamente a caer en engaños y falacias sobre los productos que consume.

Son claros los principios que se han propuesto por la doctrina, con el fin de enmarcar el ámbito de acción de las agencias de publicidad, sin embargo, es necesaria la conversión de dichos principios en normas jurídicas, que claramente establezcan las consecuencias a las infracciones que se cometan, así como las situaciones que atenten contra derechos inalienables del ser humano. En nuestro país, dichos principios quedan, únicamente, como declaraciones de principios que no tienen ningún carácter vinculante para las agencias de publicidad. Razón por la cual, es posible afirmar, que es largo el camino para crear conciencia sobre la necesidad de regular firmemente la Publicidad Comercial, para que respete los derechos humanos.



## BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

BEJARANO (Julio) BLANCO (Hubert)

Análisis de la Publicidad de Bebidas Alcohólicas en Costa Rica (1974 -1992), San José, Unidad de Publicaciones del IAFA, 1993, 50 p.

BEJARANO (Julio) BLANCO(Hubert)

Tabaco, Publicidad y Salud. Desafíos en la década de los años 90, San José, Unidad de Publicaciones del IAFA, 1995, 70 p.

BENECH (Hellmuth)

Psicología de la Actividad Comercial, Madrid, Ediciones Rialp S.A., 1966, 186 p.

BRYAN KEY (Wilson)

Seducción Subliminal, Mexico, Editorial Diana, 1983, 290 p.

CHANTO (Rodrigo) PEÑA CUBILLO (Leopoldo)

Análisis de Spots Publicitarios de Cerveza Imperial, Campaña Aguila, San José, Escuela de Ciencias de la Comunicación Colectiva, Universidad de Costa Rica, 1995, 44 p.

DESANTES GUANTER (José María)

El Derecho a la Información en el contexto de los derechos humanos, I Jornada Científica de Periodismo, pp. 15-80.

DESCALZO GONZÁLEZ (Antonio)

La sociedad de la información, libertad de expresión y de información ante los nuevos medios de comunicación, Madrid, Universidad de San Carlos III, 1995, 78 p .

DE LA CUESTA RUTE (José María)

Régimen Jurídico de la Publicidad, Madrid, Editorial Tecnos, 1974, 390 p.

DIEZ CASTRO (Enrique Carlos) MARTIN ARMARIO (Enrique)

Planificación Publicitaria, Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1993, 436 p.

DIRKSEN (Charles J.)

Principios y Problemas de la Publicidad, Mexico, Cia. Editorial Continental S.A., sin fecha, 226 p.

DURAN PICH (Alfonso)

Psicología de la Publicidad y de la Venta, España, Ediciones Ceac, 3era edición, 1989, 296 p.

EKMEKDJIAN (Miguel Angel)

Derecho a la información, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2da Edición, 1996, 269 p.

FARIAS GARCÍA (Pedro)

Libertades públicas e información: esbozo histórico, Madrid, Editorial Anzos S.A., 1988, 167 p.

FELGUERAS (Santiago)

El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia internacional, La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por tribunales locales, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2da. Edición, 1998, 617 p.

FERNÁNDEZ MORALES (Denia)

Derecho a la información, libertad de expresión y vida privada, Libro: Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz, San José, Imprenta y Litografía García Hermanos, 1994, p.649-653.

FERRER ROSELLO (Clemente)

El consumidor frente a la publicidad, Madrid, Editorial INDEX, 1era. Edición, 1980, pp.37-38.

GEMELLI (A.) ZUNINI (G.)

Introducción a la Psicología, España, Editorial Miracle, 4ta. Edición, 1968, pp. 165-189.

GUERIN (Robert)

La Publicidad es una violación, Madrid, Editorial Sagitario S.A., sin fecha, 237 p.

GILL (Leslie)

Publicidad y Psicología, Buenos Aires, Editorial Psique, 220 p.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén)

Las libertades públicas en Costa Rica, San José, Editorial Juricentro, 1era. Edición, 1980, 256 p.

HOFFMANN RIEM (Wolfgang)

Libertad de Comunicación y de medios, Manual de derecho Constitucional, Madrid – España, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996, 387 p.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Diversidad en Beijing: Una experiencia de participación, sin fecha.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Guillermo J.)

Derecho Mercantil, Buenos Aires, Editorial Ariel S.A., 1era. Edición, 1986, 605 p.

KERBO (Harold R.)

Estratificación Social Y Desigualdad. El conflicto de clases desde la perspectiva histórica y contemporánea, Mexico, Mac Graw Hill Editions, 1998, pp. 3-17.

LAO LARGAESPADA (Jorge)

Publicidad y promoción, San José, Costa Rica, Editorial UNED, 1era. Edición, 1982, 212 p.

LÓPEZ CABANA (Roberto)

La información al consumidor, Derecho privado en la reforma constitucional, Santa Fe – Argentina, Editorial Rubinzal – Culzoni, 1994, 348 p.

MAROFIOT (Roberto)

Los significantes del consumo: semiología, medios masivos y publicidad, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2da. Edición, 1993, 347 p.

MELNIK (Luis)

Juicio a la Publicidad, Argentina, Shapire Editor, 112 p.

MEZA DALL' ANESE (Walter)

La libertad de expresión y la iniciativa en la formulación de la ley: elementos constitutivos del estado liberal de derecho en Costa Rica, San José, Tesis para optar el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1993.

MOSSET ITURRASPE (Jorge)

Defensa del Consumidor, Buenos Aires - Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 1995, pp.77-105.

PÉNINOU (G.)

Semiótica de la Publicidad, Barcelona, Editorial Gustavo Gil, 1976, 229 p.

PUIG (Jaime)

La Publicidad: historia y técnicas, Editorial Mitre,

RIVERO SANCHEZ (Juan Marco)

Derecho del Consumidor, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1era. Edición, 1997, 205 p.

SAGASTUMME GEMMEL (Marco Antonio)

Los Derechos Humanos y la Mujer, Guatemala, APROFAM, 1991, 28 p.

SÁNCHEZ GUZMÁN (José Ramón)

Breve historia de la publicidad, Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1era. Edición, 1976, 151 p.

SILVA BASCUÑAN (Alejandro)

Tratado de Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1963, 298 p.

SORIANO (Ramón)

Las libertades públicas: significado, fundamento y estatuto jurídico, Madrid, Editorial Tecnos, 1990, 345 p.

PACKARD (Vance)

Las Formas Ocultas de la Propaganda, Editorial Sudamérica, 1988, 285 p.

PECES BARBA MARTÍNEZ (Gregorio)

Derechos fundamentales, Madrid, Guardiania de Publicaciones S.A., 2da Edición, 1976, 264 p.

VANOSI (Jorge Reinaldo)

Teoría Constitucional, Buenos Aires, Ediciones OEPALMA, Tomo II, 1976, 356 p.

VELÁQUEZ RESTREPO (Carlos Alberto)

Instituciones de Derecho Comercial, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1era. Edición, 1995, 387 p.

VILLALOBOS QUIRÓS (Enrique)

El derecho a la información, San José, Editorial EUNED, 1era. Edición, 1997, 305 p.

WHITTAKER (James O.)

Psicología, Estados Unidos, 2da. Edición, sin fecha, 155 p.

ZAVALA RODRÍGUEZ (Carlos Juan)

Publicidad Comercial: su Régimen Legal, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1947, 415 p.

## REVISTAS

DÍEZ PICASO (Luis María)

Publicidad televisiva y derechos fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, No.50, mayo –agosto, p. 61-76.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén)

Alcances y límites de la libertad de expresión, Revista *Ivstitia*, vol.3, no.27, 1989, pp.4 - 18.

GARCÍA GUERRERO (José Luis)

La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid – España, No. 50, año 17, mayo – agosto de 1997, pp. 77-101.

RECUENCO (Pedro)

Normativa futura del profesional de la publicidad, Revista del Instituto Nacional de la Publicidad, No. 53, enero – marzo de 1980, pp. 49-53.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (Juan José)

La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales, Revista española de Derecho Constitucional, Madrid – España, No.32, p.73-110, mayo-agosto, 1991, pp. 73-113.

## TESIS

ANTEZANA RIMASSA (Paula)

Consideraciones jurídicas sobre la explotación publicitaria de la mujer, San José, Tesis para optar el Título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1987, 217 p.

BRENES ROSELLÓ (German) GOLFIN CARTIN (Jessika)

Libertad de expresión comercial, San José, Tesis para optar el Título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1995, 211 p.

CASTRO MUSSMANNI (Raquel) ALVARADO ACEVEDO (Ana Cristina)

Análisis constitucional de la libertad de expresión y la censura a programas de televisión en Costa Rica, San José, Tesis para optar el Título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999, 215 p.

GUIDO ARTEGA (Alvaro)

El Derecho a la Información del Consumidor, San José, Tesis para optar el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998, 200 p.

JACOB ALDI (Antonio)

Publicidad Subliminal: Necesidad de una Regulación, San José, Tesis para optar el Título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998, 115 p.

GONZÁLEZ PORRAS (Edgar)

La libertad de expresión en los medios de comunicación social, San José, Tesis para optar el Título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984, 363 p.

JENKINS CORONAS (Margarita)

La publicidad en la política criminal de Protección al Consumidor, San José, Tesis para optar el Título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1993, 190 p.

LI QUIROS (Elizabeth)

El Orden Público: Límite y Garantía de la Libertad, San José, Tesis para optar el Título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1992, 220 p.

MORA LIZANO (Gerardo)

Libertad de expresión y régimen de censura en Costa Rica, San José, Tesis para optar el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1985, 115 p.

VELASCO ABREGO (René)

El derecho Publicitario como Defensa del Consumidor, San José, Tesis para optar el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984, 142 p.

## MEMORIAS

DELGADO CASTILLO (Jorge)

Seducción Subliminal en los mensajes publicitarios, Memoria del Primer Seminario sobre la Comunicación Subliminal en la Publicidad: "Figuras en el Hielo". Ministerio de Gobernación y Policía. Oficina Nacional de Control de Propaganda. Imprenta Nacional. 1999, 191 p.

HERNANDEZ VALLE (Rubén)

Los límites constitucionales de la Propaganda Comercial, Memoria del Primer Seminario: "El respeto a los derechos humanos en la propaganda comercial". San José, Ministerio de Gobernación y Policía. Oficina Nacional de Control de Propaganda. Imprenta Nacional. 2001, 104 p.

FERNANDEZ MORALES (Denia)

El Enfoque de la Ley 5811 desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales, San José, Memoria del Primer Seminario "El respeto a los derechos humanos en la propaganda comercial", 2001, 104 p.

## PAGINAS EN INTERNET

BUSTOS (Alfonso) M. (Alejandro),

Revista del Laboratorio de Enseñanza de Cómputo, <http://www.tlali.iztacala.unam.mx>

RICA (Abel)

Influenciados por la Publicidad Subliminal, 2002, [www.masterdisseny.com](http://www.masterdisseny.com)

COLOMBO (Ana María)

Publicidad engañosa, [www.poderdelconsumidor.com.ar/ic\\_publicidad.htm](http://www.poderdelconsumidor.com.ar/ic_publicidad.htm)

CORREA (Ignacio) GUZMAN (María Dolores) AGUADED COMEZ (José Ignacio)

La Mujer Invisible: Una lectura disidente de los mensajes publicitarios, [www.comunicar.es.org/Novedades2.htm](http://www.comunicar.es.org/Novedades2.htm)

DE LA RICA (Enrique)

Publicidad Subliminal, [www.esene.edu/PROTEGIDO/subind.htm-2k](http://www.esene.edu/PROTEGIDO/subind.htm-2k).

EXTEBARRIA (Joseba)

Una investigación exhaustiva y ecuánime de los efectos de la publicidad, 1997,  
[www.ehu.es/zer/zer/2resenas2/leon2r.html](http://www.ehu.es/zer/zer/2resenas2/leon2r.html)

GALLEGOS (José Ignacio)

Nada es verdad ni mentira, sino de acuerdo al anuncio que se mira, 1999,  
[www.home.coqui.net/proconci/EI%20instituto.html](http://www.home.coqui.net/proconci/EI%20instituto.html)

HOMS (Ricardo)

El mito de la publicidad subliminal,  
[www.hipermarketing.com/nuevo%204/comlumnas/ricardo/nivel4subliminal.html](http://www.hipermarketing.com/nuevo%204/comlumnas/ricardo/nivel4subliminal.html)

HORANDE (Bernardo)

La Publicidad: ¿Una influencia mayor sobre el menor?, Venezuela, 1990,  
[www.webmediaven.com/influencia/](http://www.webmediaven.com/influencia/).

MOIS QUERALT (Jenny)

Mensajes que no llegan a la conciencia,

RAMIREZ RIOJA (Juan José)

La Publicidad Subliminal: Una ilegalidad en la que nadie ha reparado donde se manipula la mente humana, 2001, [www.hispamap.net](http://www.hispamap.net)

VISTRAIN D. (Sergio A.)

La Publicidad Subliminal: Una Mítica Realidad, 1998,  
[www.prodigyweb.net.mx/vistrain/PublicidadSubliminal.htm](http://www.prodigyweb.net.mx/vistrain/PublicidadSubliminal.htm)

ZETA DE POZO (Rosa)

La Libertad informativa y el derecho a la información, [rzet@udep.edu.pe](mailto:rzet@udep.edu.pe)

American Academy of Child E Adolescent Psychiatry, Los Niños y la Televisión,

Antecedentes de la Comunicación Subliminal, [www.mjexamen.com](http://www.mjexamen.com)

El Rincón Universitario, [www.e-mas.co.cl/categorias/marketing/elepublicidad.htm](http://www.e-mas.co.cl/categorias/marketing/elepublicidad.htm)

La Publicidad Engañosa y Comparativa y la Publicidad Subliminal,  
[www.eduonline.org/espana/em\\_m4.htm](http://www.eduonline.org/espana/em_m4.htm)

La Publicidad Subliminal, [www.home.coqui.net/proconci/EI%20instituto.html](http://www.home.coqui.net/proconci/EI%20instituto.html)

La Publicidad Subliminal. ¿Quién nos está controlando?, Revista Mujer Actual,  
[www.muieractual.com](http://www.muieractual.com)

Memoria del Encuentro Internacional Medios de Comunicación, Educación y Familia,  
[www.orbita.starmedia.com](http://www.orbita.starmedia.com)

Percepción subliminal: El lado oscuro de la publicidad, [www.publicitario@cwd9.com](mailto:www.publicitario@cwd9.com)

Publicidad, El Rincón Universitario, [www.e-mas.co.cl/categorias/marketing/apublicidad.htm](http://www.e-mas.co.cl/categorias/marketing/apublicidad.htm)

[www.la-banca.com](http://www.la-banca.com)

[www.db.separ.es/cgi-bin/wdbcgi.exe/separ/pkg\\_noticias.articulo?p\\_id\\_articulo=29](http://www.db.separ.es/cgi-bin/wdbcgi.exe/separ/pkg_noticias.articulo?p_id_articulo=29)

[www.e-mas.co.cl/categorias/marketing/publiciubliminal.htm](http://www.e-mas.co.cl/categorias/marketing/publiciubliminal.htm)

[www.saludalia.com](http://www.saludalia.com)

## **JURISPRUDENCIA**

Bill of Rights, 15 de diciembre de 1791, Estados Unidos de América, Primera Enmienda.

Corte Constitucional Italiana, No. 39 de 19 de junio de 1958.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8196 de 15 Hrs. 08 del 13 de setiembre de 2001. Acción de Inconstitucionalidad contra Ley 5811 de 10 de octubre de 1975.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5965 de 15 Hrs. 51 del 11 de octubre de 1994. Acción de Inconstitucionalidad contra artículos 2 y 10 de Ley que Regula la Explotación de los Medios de Difusión y las Agencias de Publicidad.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5393 de 15 Hrs. 18 del 05 de setiembre de 1997. Acción de Inconstitucionalidad contra art. 141 de Ley General de Salud, artículos 57 y 58 de Reglamento de Propaganda de Medicamentos y Cosméticos, Decreto Ejecutivo No.24008 de 22 de diciembre de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6776 de 14 Hrs. 57 del 22 de noviembre de 1994. Consulta judicial de constitucionalidad promovida por el Alcalde Primero de Faltas y Contravenciones de San José.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 8439 de 16 Hrs. 03 del 21 de agosto del 2001. Recurso de amparo interpuesto por D.A.M. c/ O.C.P.I.A.F.A.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1465 de 14 Hrs. 36 del 21 de febrero del 2001. Consulta judicial facultativa formulada por el Juzgado de Ejecución de la Pena de Alajuela.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2776 de 15 Hrs. 36 del 20 de mayo de 1997. Acción de Inconstitucionalidad contra Reglamento de Registro y Control de Sustancias Tóxicas y Productos Tóxicos Peligrosos.



Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 3021 de 08 Hrs. 57 del 14 de abril del 2000. Recurso de hábeas corpus.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 3128 de 09 Hrs. 09 del 05 de abril del 2002. Recurso de Amparo promovido por D.A.M. c/ O.C.N.P.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2629 de 08 Hrs. 33 del 15 de marzo del 2002. Recurso de Amparo promovido por D.A.M. c/ O.C.N.P.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5445 de 08 Hrs. 53 del 22 de junio del 2001. Recurso de amparo promovido por G.C.M. c/ O.C.N.P.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5386 de 12 Hrs. 15 del 16 de setiembre de 1994. Recurso de Amparo promovido por J.M.A.E. c/ A.G.E.F.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 4285 de 15 Hrs. 09 del 03 de agosto de 1995. Acción de Inconstitucionalidad contra Decreto Ejecutivo No. 21469-MEIC, y artículos 4 inciso a) y 9 inciso d) de Ley de Protección al Consumidor.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 3072 de 15 Hrs. 22 del 02 de abril del 2002. Consulta legislativa preceptiva.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5395 de 15 Hrs. 24 del 05 de setiembre de 1997. Recurso de Amparo promovido por P.C.G. c/ D.D.E.C.R.M.S.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 346 de 15 HRs. 42 del 18 de enero de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1944 de 15 Hrs. 18 del 18 de abril de 1995.

Tribunal Constitucional español, No. 88 de 1 de julio de 1986.

Tribunal Constitucional español, No. 62 de 15 de octubre de 1982.

## **LEGISLACION**

Anteproyecto de Ley de Publicidad, Venezuela, 1999.

Código Civil, Ley No. 63 de 28 de setiembre de 1982.

Código Penal, Ley No.4573 de 04 de mayo de 1970.

Constitución de los Estados Unidos de América, 17 de setiembre de 1787.

Constitución Política de la República de Italia, 1947.

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949.

Constitución Española, 1984.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969.

Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, Decreto Ejecutivo No. 4543 de 12 de marzo de 1970.

Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969.

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, No. 7472 de 19 de enero de 1995.

Ley de Construcciones, No. 833 de 9 de diciembre de 1949.

Ley de Radio, No. 1758 de 19 de junio de 1954.

Ley de Regulación del Fumado, No. 7501 de 5 de mayo de 1995.

Ley General de la Publicidad, España, No. 34 de 11 de noviembre de 1988.

Ley General de Salud, No. 5395 de 30 de octubre de 1973.

Ley No. 5811, de 10 de octubre de 1975.

Ley que Regula los Medios de Difusión y Agencias de Publicidad, No. 6220 de 20 de abril de 1978.

Ley sobre la Venta de Licores, No. 10 de 7 de octubre de 1973.

Normas Básicas de la Radio Televisión Valenciana, España, de 20 de enero de 1993.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966.

Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Decreto Ejecutivo No. 25234-MEIC de 1 de julio de 1996.

Reglamento de Inscripción, Control, Importación y Publicidad de Medicamentos, Decreto Ejecutivo No. 28466-S de

Reglamento de Inscripción de Propaganda de Medicamentos y Cosméticos, Decreto Ejecutivo No.24008-S de 22 de febrero de 1995.

Reglamento de Publicidad Exterior frente a Vías Públicas, Decreto Ejecutivo No.26213-MOPT de 17 de julio de 1997.

Reglamento sobre el Control de la Publicidad de Alimentos, No.30094-S de 5 de diciembre de 1990.

Reglamento sobre el Control de la Publicidad y el Fumado de Cigarrillos, Decreto Ejecutivo No.20196, del 13 de diciembre de 1990.

Reglamento No. 26909-MEIC-G de 20 de mayo de 1998.

## INDICE GENERAL

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUCCION .....</b>   | <b>1</b>  |
| <b>TITULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES DE LA PUBLICIDAD.....</b>                   | <b>9</b>  |
| <b>CAPITULO PRIMERO. FENOMENO PUBLICITARIO.....</b>                               | <b>10</b> |
| <b>SECCION I. PRECISIONES SOBRE LA PUBLICIDAD .....</b>                           | <b>10</b> |
| A. Concepto de Publicidad.....  | 10        |
| B. Reseña Histórica de la Publicidad.....   | 17        |
| <br>  |           |
| <b>SECCION II. ALCANCES DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA.....</b>                     | <b>22</b> |
| A. Alcances Sociales y Económicos .....   | 24        |
| B. Aspectos Jurídicos .....   | 27        |
| <br>  |           |
| <b>CAPITULO SEGUNDO. TECNICAS UTILIZADAS EN LA PUBLICIDAD .....</b>               | <b>29</b> |
| <b>SECCION I. TECNICAS PUBLICITARIAS .....</b>                                    | <b>29</b> |
| A. Publicidad Informativa o Persuasiva .....                                      | 30        |
| B. Publicidad Mecanicista o Mecánica.....   | 35        |
| C. Publicidad Sugestiva .....   | 38        |
| <br>  |           |
| <b>SECCION II. UTILIZACION DE TECNICAS SUBLIMINALES EN LA<br/>PUBLICIDAD.....</b> | <b>43</b> |

|  |           |
|--|-----------|
| A. Nociones Generales sobre Publicidad Subliminal .....                                      | 44        |
| B. Aplicación de Teorías Psicológicas sobre Subliminalidad a la Actividad Publicitaria ..... | 49        |
| B.1 Estructura psíquico – mental del ser humano .....  | 50        |
| B.2 Mecanismos de Defensa .....  | 53        |
| C. Aplicación de Estímulos Subliminales en la Publicidad .....                               | 56        |
| C.1 Sexo y Publicidad .....  | 66        |
| C.2 Licor - Tabaco y Publicidad .....  | 69        |
| C.3 Niñez y Publicidad .....   | 74        |
| C.4 Mujer y Publicidad .....   | 78        |
| C.5 Socialización y Publicidad .....   | 81        |
| <b>TÍTULO SEGUNDO: PUBLICIDAD Y DERECHO .....</b>  | <b>84</b> |
| <b>CAPÍTULO PRIMERO. EL ACTO DE PUBLICIDAD .....</b>   | <b>84</b> |
| <b>SECCIÓN I. ASPECTOS GENERALES .....</b>   | <b>84</b> |
| A. Elementos del Acto de Publicidad .....  | 87        |
| A.1 Elementos Subjetivos .....   | 88        |
| A.1.1. Comunicación.....   | 88        |
| A.1.2. Instrumentalidad .....  | 89        |
| A.1.3. Intencionalidad .....   | 91        |
| A.1.4. Voluntariedad .....   | 93        |
| A.2. Elementos Objetivos .....   | 93        |

|   |     |
|---|-----|
| B. Sujetos del Acto de Publicidad .....   | 94  |
| B.1. Anunciantes .....                    | 95  |
| B.2. Medios .....                         | 98  |
| B.3. Agencias de Publicidad .....         | 100 |
| B.4. Consumidores .....                   | 102 |
| C. Principios Publicitarios .....         | 103 |
| C.1. Principio de Legalidad .....         | 105 |
| C.2. Principio de Veracidad .....         | 111 |
| C.3. Principio de Autenticidad .....      | 119 |
| C.4. Principio de Libre Competencia ..... | 121 |

**SECCION II. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA.....126**

|  |     |
|--|-----|
| A. Protección Jurídica de la Actividad Publicitaria en Costa Rica .....          | 127 |
| B. Protección Jurídica de la Actividad Publicitaria en el Derecho Comparado..... | 153 |

**CAPITULO SEGUNDO. LIMITES Y LIMITACIONES A LA PUBLICIDAD COMERCIAL COMO RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS ..... 160**

**SECCION I. ASPECTOS GENERALES ..... 160**

**SECCION II. LIMITES CONSTITUCIONALES A LA PUBLICIDAD COMERCIAL COMO RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS ..... 179**

|  |     |
|--|-----|
| A. Límites contemplados en el artículo 28 constitucional .....   | 179 |
| A.1. Orden Público .....   | 182 |
| A.2. Moral .....   | 184 |
| A.3. Prohibición de causar daños a terceros .....  | 187 |
| B. Ley 5811 como límite a la publicidad comercial .....  | 188 |
| B.1. Dignidad de las personas .....  | 189 |
| B.2. La publicidad que ofenda el pudor de la familia y utilice la imagen de la mujer<br>impúdicamente para promover las ventas ..... | 200 |
| B.3. Protección de la niñez y la adolescencia .....  | 204 |
| C. Límites del artículo 46 de la Constitución Política .....   | 212 |
| C.1. Derecho a la salud .....  | 214 |
| C.2. Derecho a la información .....  | 217 |
| C.3. Derecho al Resarcimiento .....  | 218 |
| C.4. Derecho a la Educación .....  | 219 |
| CONCLUSIONES.....  | 221 |
| BIBLIOGRAFIA .....   | 226 |
| INDICE GENERAL .....   | 237 |