

# INDECOPI, ¿Censor de Moralidad?

## Reflexiones Sobre la Prohibición de Incitar o Favorecer Conductas Antisociales Mediante la Publicidad Comercial

Marco Antonio Palomino Aranibar\*  
Abraham García Chavarri\*\*

*“Con un matiz crítico, el presente artículo gira en torno a la labor del INDECOPI en materia de publicidad comercial. En tal sentido, nos recuerda la labor subsidiaria de la mencionada institución, la cuál debería actuar únicamente cuando los agentes de mercado no puedan solucionar, de forma eficiente, los problemas que en ella tuvieron lugar. Asimismo, con el fin de establecer la perspectiva intervencionista de este organismo, se analiza la norma referida a la incitación o el favorecimiento de conductas antisociales en materia de publicidad, señalando: primero, la iniciativa de oficio en procedimientos administrativos sancionadores del INDECOPI; segundo, las interpretaciones de la norma referida sobre la base de concepciones éticas.”*

### 1. Introducción

La publicidad comercial es sin duda un elemento fundamental para la promoción y el desarrollo de la competencia en el mercado. Así pues, la actividad concurrencial está determinada no sólo por el esfuerzo que despliegan los empresarios para obtener ventajas competitivas que les permitan incrementar la calidad de sus productos y reducir los precios, sino que también conlleva la imperiosa necesidad de dar a conocer su oferta en el mercado y poder así posicionarse en él.

En este contexto, la actividad publicitaria se constituye en una herramienta que sirve como nexo entre las empresas y los consumidores, cumpliendo las denominadas funciones informativa y persuasiva<sup>1</sup> que la erigen como un mecanismo de fomento de la competencia por excelencia<sup>2</sup>.

Asimismo, la actividad publicitaria y, concretamente, la publicidad comercial<sup>3</sup> es, a su vez, el resultado del ejercicio en conjunto de diversos derechos fundamentales, tales como la libertad de empresa<sup>4</sup>, libre iniciativa privada

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado al Estudio Berninzon Loret de Mola y Benavides.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de Docencia de Derecho Constitucional en la misma universidad.

1 Como lo indica la doctrina, “La publicidad no se propone tan sólo informar al público sobre las características y precio de los productos anunciados. Junto a la finalidad normativa aparece en la actividad publicitaria una finalidad ulterior: persuadir al público para que compre los productos anunciados. (...) La actividad publicitaria es a la vez informativa y persuasiva, aunque naturalmente en cada anuncio o expresión publicitaria concreta puede prevalecer bien la dimensión informativa o bien la dimensión persuasiva”. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. Estudios de Derecho de la Publicidad. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 58.

2 Así también lo reconoce la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, “la Sala”), cuando, por ejemplo, señala que “(...) la publicidad debe ser evaluada como un instrumento de la competencia –quizá el más importante– que tiene como substrato una acción en concurrencia por ganar la preferencia de los consumidores en desmedro de otro competidor” (Resolución N° 0547-2003/TDC-INDECOPI, de fecha 10 de diciembre de 2003, emitida en el procedimiento seguido por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A.). En el mismo sentido, en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi (en adelante, “la Comisión”) señala que la publicidad, además de cumplir las funciones informativa y persuasiva, tiene como tercera función el servir como mecanismo de competencia.

3 Entendida, en los términos establecidos por la Sala, como “cualquier forma de comunicación pública que tiene por finalidad o efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores” (Resolución N° 096-96-TDC, de fecha 11 de diciembre de 1996, emitida en el procedimiento seguido por Productos Rema S.A. contra Luz del Sur S.A.).

4 Según el Tribunal Constitucional peruano, “(...) el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho. (...) i) En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. (...) ii) En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros). (...) iii) En tercer lugar, está la libertad de competencia. (...) iv) En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno” (sentencia del 6 de junio de 2005, Expediente N° 0001-2005-PI/TC, fundamento N° 46).

y la libertad de expresión<sup>5</sup>. En tal sentido, tanto la publicidad comercial cuanto las libertades ya anotadas que la sustentan no pueden ser desplegadas de forma irrestricta<sup>6</sup>, sino que su ejercicio regular debe ser acorde con las pautas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, dada la importancia de la publicidad comercial como instrumento de competencia y concreción del ejercicio de derechos fundamentales, es evidente que las normas jurídicas que regulan la actividad publicitaria y, en particular, la aplicación que de ellas realice la autoridad administrativa competente en nuestro país, significan límites a la actividad concurrencial de los agentes en el mercado<sup>7</sup>, así como también importan la eventual restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales involucrados en su desarrollo, restricción que, para resultar admisible, deberá ser razonable<sup>8</sup>, acorde con los parámetros constitucionales exigidos.

El presente trabajo tiene por finalidad abordar el denominado –en términos del propio Indecopi– “principio de legalidad”, recogido en el artículo 3º de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor<sup>9</sup> (en adelante, “las Normas de Publicidad”), desde una visión crítica al modo en el que los órganos funcionales de esta agencia de competencia aplican las normas jurídicas contenidas en dicho artículo. Para ello, enfocaremos nuestra atención en el supuesto que sanciona como ilícitos aquellos anuncios que induzcan la realización

de actividades antisociales o que parezcan apoyarlas, enaltecerlas o estimularlas.

Para este propósito, describiremos, en primer lugar, los objetivos que inspiraron la creación del Indecopi, y que deben informar toda su actuación. En segundo término, anotaremos algunos parámetros que, en nuestra opinión, deben utilizarse en la interpretación de las normas que regulan la actividad publicitaria en nuestro país. Luego analizaremos los supuestos normativos y los recientes criterios aplicados por la Sala y la Comisión sobre la prohibición de incitar o favorecer conductas antisociales; para, finalmente, ofrecer nuestras breves reflexiones al respecto.

## 2. Breves Anotaciones sobre el Rol del INDECOPI

A raíz de los procesos de reforma del Estado y del aparato económico realizados en nuestro país durante la década del noventa, con el propósito de implementar un sistema de economía de mercado, se creó el Indecopi como una entidad que –sin intervenir ni distorsionar el mercado– tendría por objeto corregir las denominadas “fallas” que éste pudiera presentar. En efecto, dicha institución fue concebida como aquel “observador que vigila que los mercados funcionen adecuadamente. No se considera a sí mismo como un protagonista del mercado. Por el contrario, considera a los productores y a los consumidores los verdaderos protagonistas de la economía. Son ellos los que deciden qué producir, cómo producir y a qué precios producir”<sup>10</sup>.

5 Como se sabe, este derecho tiene que ver con el “expresar y difundir libremente las opiniones, ideas o pensamientos de cualquier índole e informaciones; ya sea por medio oral, escrito, audiovisual o por cualquier procedimiento elegido por el emisor, sin necesidad de autorización ni censura previa” (EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: el caso peruano”, en su libro *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA Editores, 2002, p. 123), y además debe comprender también “otro tipo de expresiones que podemos calificar como de tipo no cognitivo, tal es el caso de las expresiones artísticas de naturaleza no representacional en las que existe una exteriorización de sensaciones y sentimientos del autor” (MARCIANI BURGOS, Betzabé. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 123). Es más, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el derecho a la libertad de expresión debe garantizarse a toda persona, sin que sea relevante distinguir si ella se beneficia con este ejercicio o no. Para este Tribunal, la libertad de expresión no solo se aplica a ciertos tipos de información o de ideas, o a las formas de expresión de naturaleza política, sino que también abarca la expresión artística, la información de naturaleza comercial, entre otros (cf. sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de febrero de 1994 en el caso *Casado Coca versus España* (15450/89), parágrafos 34-35). Finalmente, para una interesante revisión de los argumentos a favor y en contra de incluir a la publicidad comercial dentro del contenido del derecho a la libertad de expresión en el escenario español (y europeo en general), es de mucho interés, entre otros, GARCÍA GUERRERO, José Luis. “La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, número 50, agosto 1997, pp. 77-101.

6 Aun cuando ciertos autores establezcan algunas excepciones al respecto [cf., por ejemplo, CARRILLO, Marc. *El derecho a no ser molestado (información y vida privada)*. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 17], ningún derecho fundamental es absoluto. Es decir, su ejercicio siempre está sometido a límites internos o intrínsecos –aquellos dados por su propia naturaleza o contenido– como externos o extrínsecos –su relación con otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos–.

7 Al respecto, la doctrina distingue dos maneras en las que la regulación del fenómeno publicitario afecta al orden la competencia. El primero se refiere al mercado de los bienes o servicios que promociona el anunciante; el segundo, al mercado de los servicios involucrados en instrumentar el mensaje publicitario, tales como las empresas de publicidad, los medios de comunicación social, los fotógrafos, los modelos y otros servicios conexos. Cf. DE LA CUESTA RUTE, José María. “Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del derecho de la competencia: a propósito de la Resolución del T.D.C. de 20 de enero de 2004”, en la página Web de la Universidad Complutense de Madrid, p. 6 ([http://www.ucm.es/eprints/5921/01/Cuesta\\_Rute.pdf](http://www.ucm.es/eprints/5921/01/Cuesta_Rute.pdf)).

8 Es necesario no olvidar que se recurre al criterio de la razonabilidad para evaluar si las restricciones al ejercicio de los distintos derechos fundamentales son compatibles con lo previsto por la Constitución o no. El denominado test de razonabilidad implica –a grandes rasgos– la consecución de un fin lícito (o, por lo menos, no prohibido por el ordenamiento jurídico vigente) plasmado a través de medios proporcionales (útiles, idóneos y equilibrados). Al respecto, entre otros autores, puede consultarse ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Derecho al Debido Proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas”. En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coordinador). *Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 65; CAYUSO, Susana. “La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales”. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 6, 1999, pp. 383-400.

Asimismo, para una revisión de la proporcionalidad desde el esquema europeo, que caracteriza a los medios para perseguir el fin como necesarios, adecuados y proporcionados (en sentido estricto), véase CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Desalme, 2004, pp. 61-110; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 687 y ss.; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: ARA Editores, 2001, pp. 167 y ss, entre otros.

9 Cuerpo normativo aprobado mediante Decreto Legislativo Nº 691, publicado en el diario oficial “El Peruano” el día 6 de noviembre de 1991. El Texto Único Ordenado de esta norma fue aprobado mediante Decreto Supremo Nº 039-2000-ITINCI, publicado en el mismo diario el día 11 de diciembre de 2000.

10 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo Nº 807 sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, publicado mediante Separata Especial en el diario oficial “El Peruano” en su edición del día 18 de abril de 1996.

En este orden de ideas, conforme con el objeto de su creación, el ámbito de actuación del Indecopi está limitado a aquellas situaciones en las cuales los agentes del mercado no puedan solucionar, de forma eficiente, los problemas que en él tuvieran lugar. De esta forma, se buscaría justificar su actuación como un mecanismo de intervención estatal que permita superar las deficiencias que el mismo mercado no ha podido resolver<sup>11</sup>.

En este contexto, los órganos funcionales del Indecopi, al momento de interpretar las Normas de Publicidad, no deberán olvidar los objetivos que inspiraron su creación. Por ello, es preciso que el desarrollo de sus funciones esté encaminado a corregir aquellas conductas que no puedan ser solucionadas por el mismo mercado.

Así pues, este mismo horizonte que informa la labor interpretativa de las normas que regulan la publicidad comercial debería estar presente también en la ejecución del denominado *rol promotor* que cumple la Comisión<sup>12</sup>. En virtud de dicho rol, este órgano inicia procedimientos de oficio mediante la selección de aquellos casos en los que el mercado, por sí mismo, no es capaz de corregir las distorsiones que impidan su normal funcionamiento<sup>13</sup>.

En consecuencia, si la Comisión y la Sala no observaran la labor subsidiaria que tiene el Indecopi frente al mercado e intervinieran en aquellos casos en los cuales los propios agentes del mercado se encuentran en la capacidad de remediar las conductas incorrectas, además de exceder sus competencias, podrían generar mayores distorsiones que las producidas por aquellas que intenta corregir. De esta forma, podrían terminar perjudicando a aquellos que justamente pretenden proteger, tal como será comentado más adelante.

### 3. Algunos Parámetros para la Interpretación de las Normas que Regulan la Actividad Publicitaria

La Comisión y la Sala, al momento de interpretar las normas que regulan la publicidad comercial, deberán desarrollar dicha labor observando las pautas

establecidas en el ordenamiento jurídico, es decir, los distintos derechos, principios y valores previstos en nuestro texto constitucional. En ese sentido, el primer párrafo del artículo 3º de las Normas de Publicidad señala que los anuncios que se difundan en el mercado deben respetar las normas contenidas en la Constitución y las leyes<sup>14</sup>. Así pues, la libertad que se posee para difundir los anuncios publicitarios no es absoluta, sino que –como ocurre con todos los derechos fundamentales– tiene límites internos y externos en su ejercicio.

**“Si la Comisión y la Sala (...) intervinieran en aquellos casos en los cuales los propios agentes del mercado se encuentran en la capacidad de remediar (...) además de exceder sus competencias, podrían generar mayores distinciones que las (...) que intenta corregir.”**

En esta línea, el artículo 58º de la Constitución establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que ésta se ejerce en una economía social de mercado. Asimismo, el artículo 59º señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria; y agrega que su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.

Debido a que el referido artículo 59º establece a la moral como uno de los límites al ejercicio de la libertad de empresa, es necesario tener presente que si bien la Constitución (como todas las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico) tiene una base moral –en tanto importa la valoración de las conductas intersubjetivas que regula<sup>15</sup>–, ello no implica que en su

11 “La intervención del Estado ha sido justificada tradicionalmente en la necesidad de resolver problemas que las personas, en su calidad de ciudadanos o simples agentes económicos, no son capaces de resolver por sí solos.” BUCHANAN, James. *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*. Chicago: The University of Chicago Press, 1975. Citado por REBAZA TORRES, Alberto. “¡No me defendas compadre! Los efectos económicos de la intervención del estado en materia de publicidad y de protección al consumidor.” En: *Themis. Revista de Derecho*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 23, 1995, p. 23.

12 Según lo indican los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, el rol promotor de la Comisión consiste en “la función de generar los incentivos necesarios para que los agentes del mercado orienten su actuación dentro de los principios del modelo económico reconocido en la Constitución, informando, a través de diversos mecanismos, acerca de los criterios de interpretación de las normas vigentes en materia de publicidad comercial y represión de la competencia desleal, para que de esta manera los agentes del mercado adecuen su conducta a los mismos y así la economía social de mercado genere bienestar para todos”.

13 Para el inicio de los procedimientos de oficio, los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial señalan que la Comisión intervendrá “(i) en aquellos casos en los cuales se afectaría los intereses de un número significativo de consumidores, (ii) cuando la conducta distorsionaria gravemente el correcto funcionamiento del mercado, y, (iii) cuando el mercado por sí mismo no fuera capaz de corregir las distorsiones que impidan su normal funcionamiento”.

14 En este punto, y sólo como comentario al margen, queremos señalar que consideramos que esta previsión, por lo obvia y reiterativa, resulta innecesaria, toda vez que no sería posible amparar actividad alguna que sea contraria a los principios y pautas de un Estado Constitucional.

15 En este punto, nosotros asumimos una visión tridimensional del Derecho, en virtud de lo cual “No hay Derecho sin conducta humana en su interferencia intersubjetiva, sin valores immanentes a ella sin dejar por esto de ser objetivos, sin normas que representen a la conducta estimativa, y que comporten una coacción. (...) Conducta, valor y norma. Tres categorías que en su mutua exigencia conforman «lo jurídico»”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Derecho como libertad*. Lima: ARA Editores, 2006, pp. 148-149.

Como puede observarse, el Derecho no sólo se agota en normas jurídicas, sino que también tiene que ver con conductas humanas que interactúan entre sí, así como con una valoración o estimación de tales conductas. Lo jurídico es norma, conducta y valor. Justamente, desde este último aspecto es que sostenemos que el Derecho valora –en términos morales de calificación o evaluación– la conducta que regula. Es decir, toda prescripción jurídica tiene un innegable sustrato moral, en el sentido de que lleva, internamente, una valoración que busca objetivizar.

interpretación puedan invocarse o recurrirse a nociones propias de una concepción de *eticidad* (particular) sino más bien de *moralidad* (universal). Esta es pues, consideramos, una pauta muy importante a seguir por la autoridad administrativa encargada de aplicar las normas que regulan la actividad publicitaria.

Para una mejor comprensión de lo que hemos señalado en el párrafo anterior, es preciso que el lector tenga en cuenta la distinción entre los modelos de moralidad y eticidad<sup>16</sup>. La eticidad tiene como paradigma la *felicidad* (o *vida buena*), en el sentido aristotélico de eudaimonía, es decir, la permanente perfección o maximización de nuestras potencialidades o capacidades. Así, la eticidad responde a la pregunta de si una acción es buena o mala, mientras que la moralidad se cuestiona por si la misma conducta es justa o no. Por su parte, la moralidad tiene como norte a la *justicia*, esto es, busca lo mejor para todos (o sea, lo más racional, lo más universalizable).

La concepción de la eticidad es contextual; de la moralidad, universal. El que la eticidad sea contextual no significa que sea relativa, sino que ella implica que los principios morales están elaborados desde cada contexto, situados o localizados en un escenario y tiempo determinados. En contrapartida, la moralidad, al pretender universalidad, postula que sus principios morales no son solamente válidos para un grupo, sino para toda la humanidad. En este sentido, los principios morales, que son universales, se pueden imponer, por ejemplo, sobre las concepciones éticas de los distintos grupos.

La eticidad es, finalmente, una concepción de valores y virtudes, que, por definición, son valiosos en sí mismos. De allí que el ser humano desee tener y cumplir con aquello que considera valioso, estimable como un bien. La moralidad, en cambio, es un sistema de normas, que son por esencia universales. Desde el universalismo de la moralidad se sostendrá que

los valores son más bien como las tradiciones que han devenido positivas y de vigencia social, por lo que no tendrían una valía en sí mismos. Para la moralidad, se debe aplicar el test de universalidad a los distintos valores, pues puede ocurrir que lo que una colectividad o grupo determinado considere valioso no tenga una aptitud universal<sup>17</sup>.

De este modo, sostenemos que informa a todas las normas jurídicas un modelo de moralidad (formal y de normas universales), y ello debe ser así en tanto se persigue la justicia. Por el contrario, consideramos que el ordenamiento jurídico de un país y las autoridades que lo apliquen no deben apelar a juicios del sistema de eticidad, de naturaleza contextual, que rigen para una comunidad determinada y tienen como derrotero la *felicidad* o *vida buena*. En consecuencia, para el caso específico de la publicidad comercial, el Indecopi debería aplicar las normas jurídicas correspondientes sin apelar en su interpretación a criterios relacionados con el modelo de la eticidad, sino más bien en atención a consideraciones universales de justicia (paradigma de la moralidad).

Si esta autoridad administrativa aplicara las distintas normas jurídicas desde una interpretación cercana a la eticidad, se configuraría una discriminación (en tanto se evidencia un tratamiento diferenciado no suficientemente aceptable) del conjunto de la población que no comparte sus nociones de *felicidad* o *vida buena*. Ello significaría, además, una inadmisibles imposición de las concepciones éticas de un grupo social determinado y un abierto desconocimiento de las distintas realidades o cosmovisiones de cada colectividad o individualidad existente en nuestro país. En tal razón, se afirma que, sobre la base de las consideraciones éticas de quienes integran una entidad administrativa, "no se les puede obligar a que profesen los mismos principios y actúen de la misma manera, ya que no hay ninguna razón para que unos hombres les impongan sus normas a otros"<sup>18</sup>. En otras palabras, el

16 Si bien *ética* y *moral* son términos que significan etimológicamente *costumbre* o *hábito* (ética viene del griego *ethos*; moral, del latín *mos, moris*), existe entre ambos términos una diferencia histórica o convencional. Se debe pues a Hegel utilizar la voz *moralidad* para referirse a la concepción moderna de moral (sobre todo al esquema kantiano), y reservar *eticidad* tanto para la concepción aristotélica de moral (como para su propia propuesta ética). Para todo lo concerniente a las características de los modelos de eticidad y moralidad, seguimos lo desarrollado por GIUSTI, Miguel. *Moralidad o eticidad. Una vieja disputa filosófica*. En: GIUSTI, Miguel. Op. cit., pp. 175-200, y, del mismo autor, ¿Puede haber conciliación entre moralidad y eticidad? En: Areté, revista de filosofía. Lima, volumen VIII, número 1, 1996, pp. 25-64.

17 Adicionalmente, se observa que la eticidad significa una concepción ética (se plantea la validez de normas para una comunidad), en tanto que la moralidad implica una concepción metaética (sólo le interesan aquellas máximas que cumplan con el requisito de universalidad, por encima de las de conducta personales o de grupo). Asimismo, se anota también que la eticidad es sustancialista o material (dice qué es lo que uno debe hacer, informa sobre cuál es la sustancia o materia de la vida moral), mientras que la moralidad es formalista o procedimentalista (se preocupa por establecer cuál debe ser el procedimiento o la forma a través de la cual llegar a una conclusión, de allí que exista la exigencia de recurrir al test del clásico imperativo categórico para comprobar la universalidad de una máxima de conducta, y ésta pueda ser moralmente válida). Finalmente, la eticidad es prudencial o deliberativa (implica el poder optar por lo mejor en una determinada circunstancia); la moralidad, cognitiva (la argumentación ética funciona en analogía con la argumentación científica; la moral, para este modelo, es categórica, radical, absoluta).

18 YAÑEZ ROJAS, Eugenio. *Manual de Ética de la Publicidad*. Santiago: Programa de Formación General DuocUC de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003, p. 13 [en: <http://etica.duoc.cl/documentos-pdf/fet00/manual/Publicidad.pdf>].

Es interesante anotar que este mismo razonamiento fue tomado en cuenta, en su oportunidad, por la Sala cuando, al analizar una denuncia de publicidad comercial presuntamente discriminatoria, estimó que "Sostener que es el rol del Estado determinar cuáles mensajes publicitarios son aceptables o adecuados, sancionando aquellos anuncios que difundan mensajes distintos, equivaldría a imponer el gusto o las opiniones de un grupo sobre el gusto o las opiniones de otro grupo de individuos que perfectamente pueden ser divergentes, lo cual incluso podría limitar la libertad de expresión" (Resolución N° 283-97/TDC-INDECOPI, de fecha 28 de noviembre de 1997, emitida en el procedimiento seguido por Estudios para la Defensa de los Derechos de la Mujer – DEMUS contra Savoy Brands Perú S.A. y McCann Erickson Corporation Publicidad S.A.). En el mismo sentido, puede verse, entre otras, la Resolución N° 103-97/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento seguido por Estudios para la Defensa de los Derechos de la Mujer – DEMUS contra Juan Leng Delgado S.A. y Target Publicidad S.A.; y la Resolución N° 0220-1998/TDC-INDECOPI, de fecha 19 de agosto de 1998, emitida en el procedimiento seguido por Defensa de los Derechos de la Mujer – DEMUS contra Euromotors S.A.

Estado no debe imponer sanciones ni limitar derechos sobre la base de concepciones éticas<sup>19</sup>.

Como se deduce de lo señalado en el párrafo anterior, entre las razones que sustentan nuestra posición podemos mencionar que, en primer lugar, la Constitución enuncia a la igualdad como un derecho fundamental, por lo que no podría establecerse, en consonancia con ella, tratos discriminatorios entre las personas. En segundo término, debe tenerse presente que el Perú –tal cual se lee en el artículo 2º inciso 19 de la Constitución– es un país multiétnico y pluricultural. Por ello, no podría sostenerse que todos sus nacionales integran una misma comunidad de valores, con similares intereses e idénticas nociones de aquello que se conoce –en sentido amplio– como vida, realidad o sentido<sup>20</sup>. De tal modo que, observando la existencia de múltiples nociones de *vida buena*, aquellos que aplican las Normas de Publicidad no pueden recoger excluyentemente una de ellas, aún cuando ésta pueda ser la mayoritaria. Como lo hemos señalado, el ordenamiento jurídico, en todo caso, debe estar informado por normas morales universales, aplicables a todas las personas sin distinción, mas no privilegiar una concepción de lo que es *bueno* en detrimento o castigo de otras distintas e igualmente válidas. Ello no sería razonable y sí discriminatorio.

De ocurrir esto, resultaría contrario a un Estado Constitucional que postula la defensa de los derechos fundamentales de todas las personas, sin establecer distinciones por sus convicciones o particulares concepciones de lo que es bueno, correcto o valioso. Y ello es más sensible en el escenario propio del derecho administrativo sancionador –como en el caso del Indecopi– donde la restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales debe estar circunscrita a la exigencia de parámetros como el principio de tipicidad<sup>21</sup>, antes que en el favorecimiento de unas conductas y el repudio de otras de acuerdo con concepciones de la eticidad siempre parciales y relativas.

Es necesario señalar, finalmente, que nuestra apreciación crítica de la concepción de la eticidad no responde a una valoración negativa intrínseca

de ella, sino a su desaconsejable utilización en el campo jurídico, que debe regular conductas –en este caso, de restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales involucrados en materia publicitaria– en las mayores condiciones de igualdad, generalidad y universalidad, y no sobre la base de las consideraciones subjetivas –y por ello a veces arbitrarias– de un determinado sector o grupo. En síntesis, no se puede pues aplicar una sola forma de entender lo bueno o lo correcto en una realidad que no es homogénea ni uniforme. Por esas mismas razones, los parámetros de interpretación de un determinado precepto jurídico deben estar dirigidos a la consecución del valor justicia en términos de universalidad, dentro del ya observado paradigma de la moralidad.

#### 4. Revisión de los Supuestos Normativos y Criterios Aplicados por los Órganos Funcionales del INDECOPI

El artículo 3º de las Normas de Publicidad señala a la letra lo siguiente:

“Los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes.

Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa.

Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades.”

Creemos necesario señalar aquí que –como ya se ha anotado líneas arriba– es materia de análisis para este trabajo solamente la norma contenida en el último párrafo del artículo 3º de las Normas de Publicidad, que considera ilícitos los anuncios que inciten o favorezcan conductas antisociales. Por ello, nos relevamos del análisis de demás supuestos normativos contenidos en dicho artículo.

Ahora bien, en las resoluciones emitidas por la Sala, utilizando un método de interpretación literal, este colegiado ha identificado que el último párrafo del

19 Por la misma consideración, resulta peligrosa y cuestionable la aplicación de lo establecido en el primer párrafo del artículo 2º de las Normas de Publicidad que señala “Las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética y la deontología publicitaria generalmente aceptados”. En otros términos, aún más radicales, “Suponiendo, lo que ya es mucho suponer, que las normas expresen determinaciones de ese orden, su imposición coactiva las extrae del orden de la moralidad. Tampoco la referencia a la deontología me parece satisfactoria, principalmente porque no considero merecedora de atención esa categoría en cuanto acogedora de normas que imponen deberes de conducta en razón de paradigmas propios de los pertenecientes a una clase o un grupo de personas. En un Estado moderno, que debiera estar presidido por la *rule of law*, me parecen sencillamente inadmisibles, como hasta cierto punto lo expresa nuestra Constitución, las normas deontológicas”. DE LA CUESTA RUTE, José María. Op. cit., pp. 11-12.

Adicionalmente, para el entonces Presidente de la Comisión Permanente de Ética del Consejo de Autorregulación Publicitaria del Perú (CONAR) “(...) la supervisión estatal de la publicidad tiene un serie de limitaciones (...). Pero la limitación más importante es la imposibilidad que tiene un organismo estatal de sancionar compañías basado en principios morales y/o éticos. La misión de un ente de supervisión estatal es hacer cumplir la ley, pero sabemos que desde un punto de vista legal, todo lo que no está expresamente prohibido está permitido” (“ANDA entrevista al Ing. Julio Luque Badenes”. En: *Anda-Perú: Revista de la Asociación Nacional de Anunciantes del Perú*. Lima, N° 22, abril de 2000, p.5.

20 Puede ser conveniente en este punto observar la noción de igualdad compleja desarrollada por Michael Walzer, que, en términos generales, consiste en distribuir bienes diversos entre diferentes grupos de personas por razones distintas. WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 39 y ss.

21 Previsto en el numeral 4 del artículo 230º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial “El Peruano” el día 11 de abril de 2001.

artículo 3º, antes transcrito, contiene como supuestos sancionables (y, por ende, considerados como ilícitos) aquellos anuncios que:

- i) Determinen al consumidor a cometer un acto antisocial, criminal o ilegal<sup>22</sup>.
- ii) Presenten la realización de una conducta antisocial, criminal o ilegal como algo favorable o deseable<sup>23</sup>.

En este sentido, respecto de la norma que nos ocupa, serán considerados ilícitos los anuncios que determinen al consumidor a cometer conductas antisociales o que presenten como algo favorable la realización de tales conductas. Sin embargo, la Sala ha precisado que también serán considerados ilícitos aquellos anuncios que, incluso en apariencia, parecieran determinar al consumidor a cometer un acto antisocial o que presentasen (o parezcan presentar) la realización de este tipo de conductas como favorables o deseables<sup>24</sup>.

De la revisión de los pronunciamientos de la Comisión y de la Sala es posible identificar que, por lo general, el análisis de los anuncios cuestionados implica la tarea de determinar, primero, si el anuncio examinado induce o fomenta una conducta, o al menos aparenta hacerlo. De ser así, en segundo término, se procede a analizar si la conducta inducida o fomentada por el anuncio puede ser considerada como una *conducta antisocial*.

Como se aprecia con facilidad, si ya resulta discutible que la norma deje a discreción de la administración el determinar cuándo un anuncio tiene la capacidad de incitar o favorecer la realización de una conducta antisocial, resulta aún más cuestionable que ella se permita recurrir a la figura –subjetiva, por cierto– de la *apariencia* para llevar a cabo dicha labor. Ello se hace patente, sobre todo, si se observa que en la mayoría de los casos presentados, el anunciante ha alegado la utilización de licencias publicitarias permitidas por nuestra legislación tales como el humor, la fantasía o la exageración<sup>25</sup>.

“(…) la Sala y la Comisión han venido recurriendo a concepciones éticas al momento de determinar qué se entiende por *conductas antisociales*.”

Sin embargo, lo señalado no resulta ser lo más grave cuando se verifica que en sus pronunciamientos la Sala y la Comisión han venido recurriendo a concepciones éticas al momento de determinar qué se entiende por *conductas antisociales*. Al respecto, podemos observar que la Sala ha entendido como *acto antisocial* aquel que

22 Para fijar este supuesto sancionable, la Sala realiza la siguiente interpretación: “La norma arriba citada establece la prohibición de la acción de *inducir* a actividades antisociales, criminales o ilegales. En tal sentido, a fin de determinar la existencia de una infracción a la referida norma, es preciso determinar en primer lugar en qué consiste la acción de inducir proscrita por la norma. Al respecto, el Diccionario de la Lengua Española señala lo siguiente:

*Inducir*. (Del lat. *inducere*). 1. tr. *Instigar, persuadir, mover a alguien*. 2. tr. *Ocasionar* (ser causa), 3. tr. *Fil. Extraer, a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, el principio general que en ellas está implícito*. 4. tr. *Fis. Producir a distancia en otros cuerpos fenómenos eléctricos o magnéticos*.

Puede observarse que “inducir” es sinónimo de “instigar” o “persuadir”, teniendo como significado “mover a alguien” a realizar una acción determinada. Esto último se ve confirmado por el significado del verbo “instigar”.

*Instigar*. (Del lat. *instiginstig*). 1. tr. *Incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo*.

En relación con el contenido administrativamente sancionable de una conducta “inductora” o “instigadora” –tal como la contenida en el artículo 3 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor–, debe tomarse como regencia el artículo 24 del Código Penal, el cual se refiere a la instigación en materia penal:

Artículo 24.- *Instigación*

*El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.*

De acuerdo con el significado del verbo “inducir” y con la norma penal arriba referida, la conducta sancionable administrativamente bajo los alcances del artículo 3 de la Ley de Publicidad consiste en determinar a otro a cometer un acto antisocial, criminal o ilegal! (el subrayado es original). Véase al respecto la Resolución N° 0519-2003/TDC-INDECOPI, de fecha 26 de noviembre de 2003, emitida en el procedimiento de oficio seguido contra Empresa Editora el Comercio S.A. y Leo Burnett del Perú S.A.; y la Resolución N° 0375-2005/TDC-INDECOPI, de fecha 1 de abril de 2005, emitida en el procedimiento iniciado de oficio contra Productos Roche Q.F. S.A. y Walter Thompson Peruana.

23 Al respecto, en las mismas resoluciones indicadas en la cita anterior, la Sala señaló: “(…) el artículo 3 de la Ley de Publicidad no se agota en la prohibición de la inducción de las actividades antisociales, criminales o ilegales sino que prohíbe también el apoyo enaltecimiento o estímulo de actividades antisociales, criminales o ilegales.

Entre las acepciones del verbo “apoyar” que contiene el Diccionario de la Lengua Española se encuentra la siguiente:

*Apoyar*. (Etim. disc.; cf. It. *Appoggiare*) (...) 3. tr. *Favorecer, patrocinar, ayudar*.

De otro lado, el verbo “enaltecer” es sinónimo de “ensalzar”, “engrandecer” y “alabar”, mientras que la palabra “estimular” significa “incitar, excitar con viveza a la ejecución de algo”.

Puede observarse que la segunda parte de la prohibición contenida en el último párrafo del artículo 3 de la Ley de Publicidad se encuentra dirigida a impedir la presentación de una conducta antisocial, criminal o ilegal como algo favorable o deseable.”

24 Al respecto la Sala señaló que “Debe apreciarse que la norma es clara en establecer que el mensaje del anuncio no debe contener *nada*, es decir, ningún elemento que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales, o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades. En tal sentido, para que se verifique una infracción al artículo 3 de la Ley de Publi... “ad, bastará con que en apariencia, el anuncio presente la conducta antisocial, criminal o ilegal como algo favorable”. (el subrayado es original). Resolución N° 0375-2005/TDC-INDECOPI, antes citada.

25 Cf. artículo 5º del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI, que aprueba el Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, publicado en el diario oficial “El Peruano” el día 16 de octubre de 1994.

se opone a los valores compartidos por la sociedad<sup>26</sup>. Puede apreciarse aquí que la Sala pareciera suponer la existencia de un conjunto determinado (o determinable) de valores comunes a toda la sociedad peruana. Es más, inclusive se podría entender que ella imagina una sociedad peruana homogénea, monocorde, sin mayores matices; sociedad peruana así que sólo podría figurarse idealmente.

Si el comentario de la Sala puede ser tenue, lo señalado por la Comisión –en un reciente pronunciamiento– no ofrece duda alguna. Allí se lee lo siguiente:

“(…) una conducta antisocial es una conducta que, no siendo ilegal, es contraria a aquellas que son aceptadas en la sociedad, es decir, contrarias u opuestas al orden social. En este sentido, es una conducta que no está acorde por las formas o modos en que se comportan las personas en sociedad, por lo que podría afectar o atentar contra la convivencia social. En este contexto, cabe precisar que las conductas que están aceptadas por la sociedad son las buenas costumbres. Estas últimas, al ser reprobadas por la sociedad, son conductas antisociales. La mala costumbre es una especie del género conducta antisocial”<sup>27</sup>.

El precisar que “las conductas que están aceptadas por la sociedad son las buenas costumbres” es un claro recurso, lamentablemente, a las consideraciones del modelo de la eticidad. En este caso, la Comisión ha dado un contenido a la frase *conductas antisociales* como aquellas contrarias a lo que un grupo, de modo subjetivo, puede considerar como *vida buena o felicidad*.

Si bien es innegable que la frase *conductas antisociales* importa una noción no del todo delimitada, la interpretación que de ella se haga por la administración pública tiene que ser acorde –como ya hemos señalado– con un Estado Constitucional que postula la igualdad como uno de sus principios centrales. Es decir, debe otorgar una interpretación que tienda a su aplicación general o universal, sin importar las concepciones de *vida buena* que pueda tener un sector de la población. En otros términos, no debiera postularse una exclusiva forma de entender una conducta como buena costumbre o como los valores compartidos por una sociedad, porque establecería, por un lado, un tratamiento diferenciado injustificado a una particular

concepción ética en desmedro de otras (igualmente valiosas y relativas) y, por el otro lado, ello desconocería también –de modo implícito– la diversidad cultural de nuestro país.

Adicionalmente, es interesante anotar que la Comisión apela a conceptos tan manipulables como indeterminados como la idea de *orden social*<sup>28</sup> como “las formas o modos en que se comportan las personas en sociedad”. La Comisión parece compartir la idea de la Sala en el sentido de suponer que lo que podemos denominar *sociedad peruana* es un conjunto uniforme y homogéneo de seres humanos que comparten, todos ellos sin excepción, una misma noción de lo bueno y lo malo. No podemos dejar de expresar nuestros reparos a la utilización de concepciones propias de un esquema que entiende que existe un único modelo a seguir, o que es preciso adecuar nuestras conductas a parámetros inmutables.

Nótese que no negamos que la publicidad comercial pueda tener una finalidad modeladora de conductas y valores. Sin embargo, no estamos de acuerdo –por las consideraciones ya vertidas en este apartado– que sea el Estado el llamado a hacerlo sobre la base a criterios éticos.

## 5. Reflexiones Finales

Como ya se ha indicado, la intervención del Indecopi en materia de publicidad comercial debe ser subsidiaria al propio mercado, esto es, cuando este no pueda corregir sus distorsiones. Sin embargo, según hemos podido apreciar, esta entidad estaría asumiendo un rol protagónico no sólo al momento de ser de oficio procedimientos administrativos sancionadores por la presunta incitación o favorecimiento de conductas antisociales, sino también al momento de interpretar las Normas de Publicidad. Ello implicaría, en su esencia, la adopción de un esquema *paternalista*<sup>29</sup> que pretendería justificar, de este modo, un desaconsejable intervencionismo estatal en esta materia.

Con ello, se estaría pues subestimando, equivocadamente, la capacidad de los consumidores y los anunciantes para corregir por sí mismos este tipo de publicidad, si es el caso que llegase a presentar un eventual conflicto. Los propios consumidores, mediante su decisión de consumo, generan los incentivos necesarios para que los anunciantes adecuen su publicidad a las preferencias

26 “El mensaje publicitario transmitido a través de los anuncios cuestionados no contiene una inducción a la realización de un acto– no determina la realización de un acto– y menos aún de un acto antisocial, criminal o ilegal. Ello debido a que el tratar de convencer al público de los consumidores que el producto ofrecido es rápido y efectivo no se opone a los valores compartidos por la sociedad, ni alienta el delito ni las acciones indebidas o reprobables y tampoco alienta la infracción a la ley” (Resolución N° 0519-2003/TDC-INDECOPI, ya citada). En el mismo sentido, esta vez al analizar una presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor, la Sala señaló que las conductas antisociales se encontrarían vinculadas con las *costumbres* socialmente aceptadas. (Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI, de fecha 17 de mayo de 2006, emitida en el procedimiento seguido por Christian Manuel Olivera Fuentes contra Supermercados Peruanos S.A.).

27 Resolución N° 075-2007/CCD-INDECOPI, de fecha 25 de abril de 2007, emitida en el procedimiento iniciado de oficio contra Coca-Cola Servicios de Perú S.A. y McCann – Erickson Corporation Publicidad S.A. Cabe precisar que, al momento de terminar la redacción de este trabajo, sigue pendiente que la Sala resuelva la apelación interpuesta contra el pronunciamiento de la Comisión.

28 La idea de “orden social” apela a una noción preestablecida, preexistente e inmodificable, configurada o determinada por una instancia superior o externa a la persona.

29 “Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece): a) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y, b) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma).” ATIENZA, Manuel. “Discutamos sobre paternalismo”, en: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, Universidad de Alicante, número 5, 1988, p. 203.

del mercado, pues esto les generará, consecuentemente, mayores ganancias y redundará en su prestigio y credibilidad.

El mantener una concepción ética en la interpretación de las normas sobre publicidad comercial no favorece la seguridad jurídica, pues no otorga la suficiente certeza y predictibilidad respecto de los supuestos que importarían una sanción por la incitación o favorecimiento, incluso aparente, de conductas antisociales. Un posible efecto de este escenario sería la no deseable reducción tanto de la publicidad comercial como de la libertad creativa en esta materia por el temor a ser sancionado. Ello perjudicaría, paradójicamente, a los mismos consumidores que se pretende proteger, quienes también terminarían

asumiendo el incremento de los costos que se generen en el desarrollo de esta valiosa herramienta de la actividad concurrencial.

Finalmente, somos de la opinión de que resultaría muy conveniente desarrollar el sistema de autorregulación en materia publicitaria, el cual –por su naturaleza voluntaria de acatamiento a pautas exigibles y acordadas por los mismos integrantes de este sistema– se tornaría en el espacio idóneo para superar los problemas como aquellos que hemos tratado de presentar en el desarrollo del presente trabajo. Ello; sin embargo, demanda el compromiso efectivo y la acción permanente de los consumidores y de todos los demás agentes económicos involucrados en el desarrollo de la actividad publicitaria comercial. 