

*“(...) la norma habla de “evitar que se induzca”, y no de “evitar que se pueda inducir”; por tanto tiene que haber un “daño cierto”, una inducción a la realización de alguna conducta ilegal o discriminatoria.”*

# La insaciabilidad normativa en el Principio de Adecuación Social aplicado a la Publicidad Comercial

Gustavo R. Richarte Herrera\*

79

## INTRODUCCIÓN

### 1. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL EN EL DERECHO DE LA REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

El Principio de Adecuación Social se aplica en diferentes áreas del Derecho, por ejemplo, en el Derecho Penal se habla de las conductas que, si bien cumplen el tipo penal, pueden no ser sancionadas por ser adecuadas socialmente. Sin embargo, en este trabajo trataré del principio aplicado al Derecho de la Competencia Desleal.

El Principio de Adecuación Social en el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal, se aplica como un límite a la actividad publicitaria, el cual afectará la libertad de expresión de los agentes económicos en su manifestación a través de la publicidad.

Desde hace dos décadas a la actualidad, el criterio con que se evalúan los casos ha variado. En la década de los 90's tuvimos un criterio que incluía como ilegal la publicidad que induzca a cometer actos antisociales. En la década pasada se corrigió dicho problema de vaguedad, así, en el artículo 18° del D.L. 1044 vemos que sólo se sancionan bajo este principio la publicidad que induzca a cometer actos ilegales, discriminatorios, y la publicidad erótica destinada a público distinto al adulto. En el 2010 se promulgó la Ley 29571, la misma que una vez más varió el principio, incluyendo nuevamente lo que el D.L. 1044 había corregido.

El problema del Principio de Adecuación Social es su indeterminación; esto es, que no describe una conducta que se encuentra prohibida, sino que establece un juicio de valor cuya concretización dependerá del juzgador al momento de resolver el caso.

Esto, obviamente, produciría incertidumbre, por cuanto los agentes económicos no pueden prever si serán sancionados por realizar tal o cual conducta, sino que ello dependerá del juicio de valor que la autoridad tenga sobre su conducta desplegada en la publicidad mostrada.

\* Bachiller en Derecho por la PUCP.

“Agradezco al Dr. César Higa S. por el costo de oportunidad asumido para guiarme en el presente artículo”.

Es por ello que el problema del Principio de Adecuación Social vuelve a tomar relevancia en nuestros días, por lo que deseo brindar un conjunto de criterios y una metodología que les permita a los agentes económicos y a la autoridad determinar cuándo se encuentra ante un caso que vulnera el Principio de Adecuación Social. De este modo, se dotaría de racionalidad la aplicación del artículo 13 de la ley 29571, que es el que recoge el principio actualmente.

### 1.1. Definición y fines del Principio de Adecuación Social y su incorporación normativa dentro de la política de represión de la Competencia desleal.

Es casi imposible, sumamente difícil, definir el Principio de Adecuación Social aplicado a la publicidad sin tratar sus fines. Por tanto, trataré ambos puntos conjuntamente, aunque manteniendo el orden y rigor académico indispensable.

#### 1.1.1. Definición dogmática y fines del principio.

Como mencioné ya, el principio del que tratamos implica una limitación a los agentes del mercado publicitario, específicamente para quienes realizan publicidad comercial. En ese sentido, quién mejor que el organismo encargado de su evaluación para definirlo; así, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI) ha establecido que dicha limitación está referida a la publicidad que:

*“tenga por efecto: i) inducir a los destinatarios del mensaje a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; ii) promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto.”<sup>1</sup>*

Entonces, se puede afirmar que el Principio de Adecuación Social Publicitaria es aquel que, a través de limitaciones a la libertad de expresión publicitaria, busca prohibir aquellos anuncios que inciten conductas que puedan dañar a terceros. Sin embargo, como toda limitación, debe ser lo más restringida posible y no sancionar en base a apreciaciones morales de los juzgadores, sino en base al mínimo requerido para una adecuada convivencia social. Entonces, surge la pregunta: dónde trazar esa línea límite entre lo mínimo adecuado para la convivencia social, y lo demás.

Considero que será lo mínimo exigible para la adecuada convivencia social aquella conducta que no dañe a un tercero. Sin embargo, como casi todas las conductas derivadas del derecho a la libertad pueden dañar a terceros; para reducir el alto grado de subjetividad (indeterminación) de dicha definición, se establece legalmente qué será considerado socialmente inadecuado; y será tal la publicidad que incite a cometer actos ilegales, actos discriminatorios, y la publicidad erótica (dentro de sus límites).

Ahora bien, como podemos apreciar, de la definición del principio se puede deducir lógicamente su fin. Por ello, a pesar de ser redundantes, tenemos que el fin primordial de este principio es: **desincentivar conductas socialmente reprochables**, para lo cual se valen de la posibilidad de limitar la libertad de expresión, manifestada a través de la publicidad; cabe mencionar que por reprochables no nos referimos a meras valoraciones subjetivas, sino a conductas que contravengan el ordenamiento jurídico. Y como fines secundarios e indirectos, tenemos la protección a los consumidores y a la Competencia Desleal.<sup>2</sup>

A pesar de ello, al leer el artículo 13° de la Ley 29571 notamos el agregado al principio de adecuación social publicitaria: los actos antisociales o similares; e inmediatamente podemos notar la vaguedad que se introduce al fin de la norma, puesto que es imposible poder determinar con certeza qué conductas son socialmente aceptables, y cuales reprochables; máxime si vivimos en un país democrático en el que el Derecho nos asiste a todos y se tutelan los intereses no sólo de las mayorías, sino también de las minorías. Asimismo, no debemos olvidar que nuestra Carta Magna reconoce que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”<sup>3</sup>; y cuando nos encontramos ante una norma como la citada y ante la imposibilidad de determinar qué es antisocial, sólo se puede entender que nada está prohibido, salvo lo que expresamente se menciona (actos ilegales, de discriminación, y publicidad erótica a menores). Entender lo contrario sería imposible, puesto que no se puede ampliar la limitación de derechos vía interpretación o analogía, tal como lo expresa el artículo 139° inciso 9 de nuestra Constitución de 1993.

#### 1.1.2. Recepción normativa del principio de adecuación social: D.L. 1044 y la ley 29571

Actualmente, el principio se encuentra recogido tanto en el D.L. 1044 como en la Ley 29571, en cada uno de ellos de manera diferente<sup>4</sup>.

1 En web: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/destacado-competencia-comisiones-ccd-inforUtil.jsp> (16/07/12).

2 Los estoy considerando como fines secundarios puesto que el Principio de Adecuación Social publicitaria ha sido recogido tanto en la ley de Competencia desleal, como en el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor. Sin embargo, no considero que el principio tenga algo que ver con dichas ramas del Derecho; sino que es una norma de orden público.

3 Dicha consecuencia del derecho a la libertad no sólo se refiere a las personas naturales, sino también a las personas jurídicas, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 00025-2006-P1/TC, a foja 30.

4 Deseo hacer la aclaración que dicho principio se encuentra recogido en ambos cuerpos normativos, aunque por cuestiones cronológicas, se encuentre vigente la modificación posterior, puesto que amplía el supuesto de hecho de la norma.

En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 1044, publicado en el 2008, recogía el principio de la siguiente manera:

**Artículo 18°.- Actos contra el principio de adecuación social.-**

*Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:*

- a) *Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;*
- b) *Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/ o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas.*

Esta redacción es la que considero debió permanecer, puesto que, aún con los problemas que tenía, era mucho más clara y daba una mejor orientación al mercado sobre qué es lo que será sancionado, y qué sí está permitido, ya que no tiene ambigüedades o generalidades como “anti-social o de similar índole”. Sin embargo, nuestros legisladores, en su afán paterno-protector, publicaron en el 2010 el tan criticado Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571. En dicho código se recoge nuevamente el Principio de Adecuación Social Publicitaria, modificando el artículo 18° del D.L. 1044. Así, el código establece en su artículo 13° lo siguiente:

**Artículo 13°.- Finalidad**

*La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.*

*Asimismo, atendiendo al impacto que la publicidad puede generar en las conductas sociales, la protección del consumidor frente a la publicidad persigue que los anuncios no afecten el principio de adecuación social, evitando que induzcan a cometer actos ilegales o antisociales o de discriminación u otros de similar índole.* (Negritas agregadas).

Ahora bien, la redacción mantiene la prohibición de inducción a actos ilegales y de discriminación; los mismos que, como vimos en el D.L. 1044, no traen mayor problema.

El problema surge cuando se hace referencia a actos antisociales que, en la realidad, es casi imposible determinar con certeza cuáles serán; y lo que es peor, la norma ha-

bla de otros actos de similar índole, esto deja un campo aun mayor para que el juzgador aplique su subjetividad y discreción.

Asimismo, no cabe duda que la intención del último párrafo del artículo citado es la de proteger ciertos intereses; es decir, evitar conductas que dañen a otros, conductas que sean contrarias a lo socialmente adecuado.

Sin embargo, nos vemos ante la imposibilidad de determinar qué es socialmente adecuado. En un Estado que dice ser liberal, éste no puede decirles a los particulares qué hacer, puesto que ello iría en contra del liberalismo que su Constitución expresa (si bien con ciertos matices). Por el contrario, su labor es la de establecer reglas claras sobre qué no está permitido, y todo lo que no esté prohibido estará permitido. Con una norma tan genérica no queda claro qué es lo que no está permitido, pudiendo ampararse las autoridades en dicha generalidad para prohibir todo lo que a su discreción no sea socialmente adecuado. En otras palabras, serán ellos, los encargados de resolver estos casos, quienes terminen llenando de contenido a lo “socialmente adecuado”, lanzando un mensaje de inseguridad al mercado, justamente porque no se sabrá qué no les está permitido hacer.

En consecuencia, se genera un problema de pérdida de eficiencia social, creado por la incertidumbre de qué está prohibido y qué está permitido: pues ante dicha inseguridad jurídica aumentarán los costos para que los agentes sepan si serán sancionados por alguna publicidad, lo cual podría llevar a que inversiones eficientes dejen de hacerse, ante el incremento de los costos que los agentes tendrían que asumir. Los costos de ésta norma serán la falta de previsibilidad, de transparencia y de seguridad jurídica, pues no se podrá planificar el comportamiento sin saber qué nos está prohibido, pudiendo generar inversiones ineficientes, u omisiones de inversiones eficientes.

**1.2. Análisis y problemática de la incorporación del Principio de Adecuación dentro de la política de represión de la Competencia desleal.**

Para entender mejor el tema, he seleccionado un caso que nos servirá para demostrar el problema que conlleva la redacción actual del Principio de Adecuación Social publicitaria.

INDECOPI vs. RADIO PLANETA<sup>5</sup>.

En el presente caso, la publicidad comercial de Radio Planeta presenta a los personajes de una conocida serie de televisión para niños llamados “Los teletubbies”. Estos personajes se presentan felices en “su mundo” hasta que un adolescente entra en escena y empieza a golpearlos. Finalizando la publicidad una voz en off dice: “ya viste lo que querías; ahora escúchalo en Planeta 107.7, lo último de la música en tu oreja”.

Para este caso el argumento central del INDECOPI, y en base al cual sancionaron a Radio Planeta, fue el no haber tomado en cuenta los potenciales efectos que esta publi-

5 Caso resuelto a la luz de la anterior ley 26122, que recogía el Principio, también, de manera amplia.

cidad podía generar en los menores de edad. Es decir, para el INDECOPI es antisocial que en una publicidad se muestre un hecho que no se ha comprobado si puede, si quiera, incitar a cometer los actos mostrados. Sin definir, primero, si los actos mostrados son antisociales, por qué lo son, y si la publicidad invita a la imitación de parte de su público.

Su principal argumento fue su principal problema; no basta con afirmar algo, es necesario sustentar dicha afirmación con pruebas fehacientes. Obviando la interpretación más absurda de este argumento (que si Radio Planeta demostraba que sí lo tomó en cuenta, no hubiera sido sancionada), la intención del INDECOPI fue prevenir de un potencial efecto perjudicioso en los menores de edad.

Sin embargo, para sustentar dicha afirmación, el INDECOPI debió demostrar por qué la conducta mostrada en la publicidad es antisocial, y luego presentar evidencia sobre el efecto de la publicidad en general, y sobre el efecto de dicho anuncio publicitario en particular; y recién cuando haya determinado que, en efecto, dicho anuncio induce a realizar esa conducta, entonces sancionar. Afirmando lo anterior porque el procedimiento que se lleva a cabo en el INDECOPI para estos casos es sancionador, es decir, el INDECOPI hace de juez y parte; por tanto es a ellos a quienes les corresponde probar sus afirmaciones, pues además así lo manda el principio procesal que reza “el que alega un hecho tiene que probarlo”, más aun si se trata de una limitación de derechos. De ser el caso, la autoridad administrativa está obligada a fundamentar por qué el denunciado debería probar los hechos que la autoridad afirma, cosa que tampoco se puede apreciar en la resolución.

Consecuentemente, sancionar en base a afirmaciones sin sustento teórico y fáctico sí es una vulneración flagrante a la libertad de expresión publicitaria; puesto que si bien ésta tiene límites, dichos límites tienen que ser sustentados y razonables. Asimismo, es una vulneración del derecho al debido procedimiento, puesto que, para poder sancionar, hay que tener fundamentos fehacientes, y que, lógicamente, nos lleven a concluir la responsabilidad del denunciado.

Así, ante estas falencias de la norma, que no se ven suplidas por los juzgadores, sino que, por el contrario, reflejan dichas deficiencias; nos vemos en la obligación moral de proponer una solución. Y es que el mérito no está sólo en identificar problemas; sino también, y sobre todo, en proponer soluciones a dichos problemas.

### **Hacia una lectura que adecue el Principio de Adecuación con un sociedad democrática liberal**

Reconocidos los problemas mencionados, propondré una de las soluciones que consideramos adecuadas. En un principio pensamos en cambiar la redacción del ar-

tículo; sin embargo, el problema también se puede solucionar vía interpretación legal, y esto es más eficiente que una nueva redacción (pues se omitirán los costos administrativos y burocráticos que una modificación del texto de una norma requiere), a pesar de ello, expondré la propuesta de cambio del texto legal.

### **1.3. Modificación, reducción y unificación del principio**

Esta solución es simple, su planteamiento básico consta de dos pasos:

- El primero es modificar y reducir la actual redacción de los dispositivos que recogen el principio, a saber: el artículo 18 del D.L. 1044, y el artículo 13 *in fine* de la Ley 29571.
- El segundo es tener un solo artículo que regule el tema, unificar la modificación reductora del primer paso, pero siempre pretendiendo generar mayor certeza y seguridad jurídica.

Así, el nuevo artículo no debería incluir limitaciones tan ambiguas y vagas como “actos antisociales” y “actos análogos”. La nueva redacción que proponemos es como sigue<sup>6</sup>:

*Artículo: Actos contra el principio de adecuación social.*

*Se considerarán actos que vulneren el principio de adecuación social aquellos que induzcan a los consumidores del mensaje publicitario a cometer un acto contrario a la normativa vigente o discriminatorio.*

Como se puede notar, he sustituido la anterior redacción de “destinatarios del mensaje” por “consumidores del mensaje”. Es que no es lo mismo destinatario que consumidor; destinatario es aquel a quien, en efecto, va dirigido el mensaje; que puede ser un público de cierto rango de edad, de cierto nivel cultural, de cierta clase social, de cierto nivel económico, etc. Sin embargo, ello no impide que personas para quienes no está destinada la publicidad puedan llegar a percibirla. Por tanto, preferimos usar el término consumidores porque abarca tanto los destinatarios como los no destinatarios. De esta manera, el Principio de Adecuación Social tendría ya como fin secundario el tutelar a los consumidores y a la sociedad (de manera directa-secundaria), e indirectamente a los competidores; por tanto los límites del principio deben referirse a los consumidores y no sólo a los destinatarios.

De otro lado, cabe resaltar que considero que bastaría incluso con mencionar actos ilegales, sin necesidad de mencionar los discriminatorios; ya que la discriminación de por sí ya es ilegal e inconstitucional; y no puede ser amparada bajo ningún motivo.

Sin embargo, como acoté anteriormente, los costos que implicaría la modificación del artículo no son delezna-

6 Considero que la publicidad sexual y erótica debe tener un trato aparte, así como lo tiene la publicidad referente al tabaco. Ello debido a que generaría nuevas interrogantes como qué es erótico, qué es de circulación exclusiva para adultos; lo que por cuestiones de tiempo no es posible desarrollar en el presente trabajo; pero sí debe estar regulada.

#### 1.4. Propuesta de solución: La interpretación legal

La segunda solución que propongo, y la que considero mejor por su menor costo, es salvar el problema de redacción vía interpretación legal. Para esto, ya ha quedado establecido lo siguiente:

- (i) que existe un problema con la actual redacción del principio de adecuación social publicitaria,
- (ii) que dicho problema se refiere a la vaguedad y ambigüedad de los términos “antisocial” y “actos análogos”,
- (iii) que dicho mensaje genera inseguridad jurídica e ineficiencia; y
- (iv) que los encargados de establecer los límites (tal como están las cosas, es decir, vigente la norma) son los juzgadores.

Entonces, para introducirnos teóricamente al problema que padece esta norma, LAPORTA<sup>7</sup> refiriéndose a la vaguedad legal y a la teoría referencial del significado, distingue cuatro variedades de vaguedad:

- Gradualismo: Refiere a que el supuesto de hecho de la norma está redactado de manera tal que se genera una “zona clara” en la que toda conducta que cumpla el supuesto de hecho será sancionada; y gradualmente se va expandiendo el supuesto de hecho hasta llegar a una “zona de penumbra” en la cual no se sabe exactamente si el hecho calza o no en el supuesto de hecho.
- Vaguedad combinatoria: En este caso la norma establece algunas características del supuesto de hecho, de modo tal que las características del hecho que coinciden con las del supuesto de hecho combinadas con otras características no recogidas en el supuesto de hecho, serán sancionadas; sin embargo, otras combinaciones de características no podrán determinarse con certeza si deberán ser sancionadas.
- Textura abierta: No es, ciertamente, un caso de vaguedad, según el autor, pero está muy ligado a esta. “nos encontramos con la textura abierta del lenguaje cuando la evolución de las circunstancias hace aparecer ante nosotros algunos rasgos nuevos que generan dudas sobre la aplicabilidad de un término a esa nueva realidad.”

Ahora bien, la vaguedad que nos interesa es:

- Vaguedad por Insaciabilidad: “se nos presenta como la imposibilidad de enumerar de forma cerrada y exhaustiva las propiedades suficientes para el uso del término. En este caso se encuentran cosas tan debatidas entre los juristas como los “conceptos jurídicos indeterminados” (buena fe, fuerza

irresistible, urgencia, diligencia, etc.) y las “cláusulas abiertas” o “cláusulas sin fondo” (*open-ended clauses*) [...]”

Sin embargo, mi proposición es que esta vaguedad puede ser subsanada a través de la interpretación legal que deba hacer el juzgador. No pretendo hacer un estudio de los diferentes tipos de interpretación legal, sólo mencionaremos dos que me parecen los más adecuados.

- **Interpretación restrictiva:** Considero aplicable una interpretación restrictiva, en el sentido de restringir al máximo las limitaciones que impone la vaguedad del Principio de Adecuación Social publicitaria. Y es que si bien el legislador no ha dejado claramente establecido qué se sancionará, no debemos olvidar que los privados están facultados a hacer todo lo que la ley no les prohíbe. En consecuencia, de ser el caso que los juzgadores realicen una interpretación extensiva, sancionando actos que no estén previamente tipificados de manera suficiente; se generará inseguridad jurídica y consecuente ineficiencia. Por tanto, debemos aplicar plenamente aquel principio que establece que no se debe restringir derechos por vía interpretativa.
- **Interpretación funcional:** Esta interpretación es también apropiada para este caso; pues debemos atender a la finalidad de la norma; y a la interpretación que la llene de sentido antes que por aquella que la vacíe. En consecuencia, entiendo que para que los términos “antisocial” y “actos análogos” tengan sentido en dicho artículo, la norma debe orientarse sí a limitar la libertad de expresión publicitaria; pero dicha limitación debe referirse sólo a los actos ilegales y los discriminatorios. Afirmar lo contrario implicaría reconocerle, al juzgador, facultades de legislador, que el juzgador pueda dar normas; lo cual según nuestro sistema corresponde al Congreso, y excepcionalmente al Poder Ejecutivo. Y es que las leyes se dan para que los particulares sepan cómo conducirse legalmente sin ser pasibles de sanción, y para promulgar una ley se debe seguir todo un procedimiento ya establecido. Si bien las leyes son generales y abstractas, dicha generalidad supone que sea aplicable a todos los que cumplan el supuesto de hecho subjetivo propuesto por la norma, mas no a que el supuesto de hecho objetivo sea general, como es el caso que estamos tratando. Es decir, es la ley la encargada de establecer qué se prohíbe para que las sanciones puedan cumplir con el principio de legalidad. Un organismo administrativo no tiene el mejor diseño para dar leyes, sino para velar por su cumplimiento y para establecer ciertas pautas, como los precedentes de observancia obligatoria que el mismo INDECOPI reconoce como pautas interpretativas generales.<sup>8</sup>

7 LAPORTA, Francisco. *Interpretación de la ley*. En: Interpretación jurídica y teoría del Derecho. Palestra: 2010, pp. 205-207.

8 [http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER\\_Interna.aspx?ARE=0&PFL=4&JER=326](http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=4&JER=326) (26-06-12)

Ahora bien, estos métodos interpretativos ayudarán a mantener una funcionalidad en todo el sistema jurídico, puesto que si mantenemos la vaguedad de los términos cuestionados, podría llegarse al absurdo de sancionar la publicidad que induzca a hacer actos que no son ilegales, pero que los juzgadores pueden considerar inadecuados. Entonces, se terminaría castigando a alguien que induce a una actividad que la ley no ha prohibido; esto, repito, resultaría absurdo.<sup>9</sup>

Se puede apreciar, entonces, que está vía es la mejor y la más eficiente para salvar el problema de la ambigua y vaga redacción del Principio de Adecuación Social en la publicidad.

### 2.1.1. Doble nivel de análisis.

De todo lo expuesto anteriormente, y según la redacción del principio, vemos que debe existir un doble nivel de análisis:

1. Analizar si en la publicidad se realiza alguna actividad ilegal o discriminatoria.
2. Analizar si la publicidad que presenta dicha actividad induce al público a cometer dichos actos.

En cuanto al primero, como bien hemos mencionado anteriormente, estimo que se debe realizar un análisis lo suficientemente adecuado como para determinar que la actividad presentada en la publicidad es en realidad ilegal o discriminatoria; para esto, bastará con demostrar en cada caso lo siguiente, dependiendo de si se alega ilegalidad o discriminación:

- Si es ilegalidad: Se tendrá que demostrar la ley en la que se encuentre la norma que se alega violada; y demostrar que ha vulnerado la norma invocada, por ejemplo, cumpliendo el supuesto de hecho, si la norma tiene la forma supuesto de hecho - consecuencia.
- Si es discriminación: Considero que se debe partir de una presunción de no discriminación, y que sea el denunciante el que demuestre que la publicidad instiga a un trato denigrante basado en un rasgo prohibido por la Constitución. Y corresponderá al denunciado probar que no existe discriminación, y de ser el caso, la causa objetiva del trato diferente; caso contrario, podrá ser sancionado.

Superado el primer análisis, el segundo se debe basar en determinar si dichos actos ilegales o discriminatorios inducen en la realidad a cometer dichos actos.

En este punto cabe mencionar algunos elementos relevantes respecto al efecto de la publicidad<sup>10</sup>:

En cuanto a las conductas y preferencias: Siguiendo a ROSALES<sup>11</sup>, la conducta es la forma en que se comporta o conducen los individuos; mientras que la actitud es una disposición anímica que influye la conducta. Asimismo, siempre siguiendo a ROSALES, la publicidad fomenta, genera, induce en los consumidores actitudes y tendencias psicográficas. De otro lado, si bien nos dice que la publicidad está orientada a un público específico; no sólo ellos terminarán viendo el producto; sino incluso públicos a los que el producto no se orienta; quienes podrían también entender y descifrar los supuestos códigos orientados al público específico.

Formación del estado preferencial: En la publicidad el término *insight* alude a los elementos en común del público objetivo definido; tales como metas, modos de vida, expectativas, lenguaje, entre otros. Así, el estado preferencial es aquel estado mental en el que se hace una representación basada en la experiencia para establecer un orden entre las alternativas de bienes que puedan cubrir una necesidad.

Como bien se ve, de ambos elementos podemos llegar a una primera conclusión; la publicidad apela al estado preferencial para reforzarlo o cambiarlo<sup>12</sup> a través de la inducción a diferentes conductas o preferencias para, justamente, cambiar el estado preferencial a favor del producto que se promociona.

Una primera conclusión nos llevaría a afirmar que, en efecto, toda publicidad comercial está orientada a inducir ciertas conductas. Sin embargo, dicha afirmación necesita ser matizada, puesto que, utilizando conceptos aristotélicos, las cosas tienden al acto; pero antes están en potencia. Entonces, hay probabilidades de que la publicidad sea realizada inadecuadamente, que haya pasado por alto algunos elementos importantes del consumidor, generando que la publicidad no logre su finalidad.

De otro lado, las conductas a que induce la publicidad son las de consumo del producto, no todas las conductas presentadas en el anuncio publicitario son a las que se induce; sino sólo la conducta principal, que es: consume tal o cual producto.

Es decir, no basta con quedarnos en la afirmación de que la publicidad está siempre destinada a inducir conductas, puesto que la conducta a que induce toda publicidad comercial es aquella de consumo; por tanto, si se afirma que alguna publicidad induce a alguna conducta sancionable es necesario demostrarlo; y sobretodo demostrar

9 Caso particular es el de la publicidad del tabaco, tema sobre el cual existe basta literatura.

10 Para un estudio un poco más detallado sobre los elementos de la publicidad, recomendamos revisar: Elementos para realizar publicidad efectiva. En web: [http://catarina.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/lad/cirne\\_m\\_m/capitulo6.pdf](http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lad/cirne_m_m/capitulo6.pdf) (07.06.12). Sin embargo, no olvidar que acá estamos tratando algunos elementos de los efectos de la publicidad, no de la publicidad en sí misma.

11 En esta parte mencionaremos dos de los elementos de los efectos de la publicidad que se establecen en el artículo de Rosales. ROSALES Reyes, P. "El efecto psicológico de la publicidad" en Contribuciones a las Ciencias Sociales. En web: <http://www.eumed.net/cccss/2008a/prr.htm> (18.05.12)

12 En cuanto al cambio del estado preferencial, consideramos adecuado tener en cuenta la concepción heurística del consumidor, la que se puede destruir si el producto demuestra ser idóneo y adecuado para su uso. Asimismo, consideramos apropiado revisar el concepto de la "falacia del jugador".

que la conducta a la que se induce sea, en efecto, alguna ilegal o discriminatoria.

Asimismo, se debe considerar que lo mostrado en la publicidad no sea la reacción natural real de los individuos; sino que sea una acción realizada a título de dolo o culpa, ya que si bien en la acción mostrada en la publicidad se puede notar la conducta antijurídica; puede que no haya nexo causal por ser caso fortuito, fuerza mayor; o incluso un acto en corto circuito o movimientos reflejos, por ejemplo si alguien asusta a alguien en una publicidad, y el asustado reacciona golpeando a quien le asusta; no podríamos calificar eso como antisocial puesto que puede ser una reacción de corto circuito ante dicho estímulo.

Por otro lado, la norma habla de “evitar que se induzca”, y no de “evitar que se pueda inducir”; por tanto tiene que haber un “daño cierto” una inducción a la realización de alguna conducta ilegal o discriminatoria. Afirmar lo contrario implicaría sancionar sin probar el efecto dañino que se pretende evitar; sería una suerte de importación del Principio Precautorio” al Derecho de la Competencia, lo que es a todas luces inadmisibles ya que el principio de precautoriedad existe para temas especiales como los del Derecho Ambiental, y no se puede hacer una interpretación analógica ya que dicho principio implica que aun sin certeza científica absoluta, se deben adoptar las medidas de protección. Entonces, el principio de precautoriedad importa una limitación de derechos, y no se pueden extender las limitaciones de derechos a través de una interpretación.

La única manera de demostrar que se ha inducido a la realización de dichas actividades, será a través de dos pasos, (i) demostrando el incremento de dichas actividades; pensamos que una manera adecuada de probarlo sería con un informe que demuestre estadísticamente que se ha incrementado la actividad presentada en la publicidad, y (ii) demostrar el nexo causal entre la publicidad y el incremento de la actividad. Obviamente, no exigiremos que se demuestre que el 100% del incremento sea causado por esa publicidad en particular, sino que bastaría demostrar que por lo menos uno de los casos (entiéndase que presupongo que existe aumento) es debido a dicha publicidad, probado ello se cumplirá con el supuesto de hecho de la norma.

Así las cosas, el esquema a seguir que propongo es:

1. Analizar si la publicidad presenta alguna actividad ilegal o discriminatoria.
  - 1.1. Si se trata de ilegalidad:

- Demostrar que existe una ley que lo prohíbe
- Demostrar que se cumple el supuesto de hecho de la norma.

1.2. Si se trata de discriminación:

- Demostrar el trato diferente.
- Demostrar que no hay causa objetiva.

2. Analizar si la publicidad que presenta dicha actividad, induce al público a cometer dichos actos.

- Demostrar que la publicidad no es un mero reflejo de las reacciones naturales reales de las personas ante ciertos estímulos.
- Demostrar el daño; el incremento de la actividad ilegal o discriminatoria.
- Demostrar la relación causal entre la acción mostrada en la publicidad y el incremento de dicha actividad.

Entonces, una vez demostrados los pasos mencionados; recién podrá sancionarse una publicidad comercial por ser considerada violatoria del Principio de Adecuación Social.

### 1.5. Aplicación de nuestra propuesta al caso antes citado.

INDECOPI v. RADIO PLANETA.

1. El problema en éste caso es de ilegalidad por las agresiones físicas que se aprecian.
  - 1.1. En efecto, el Código Penal en su capítulo tercero sanciona estas prácticas.
  - 1.2. Para poder continuar con el análisis, dado que de la publicidad no podríamos saber el grado de las lesiones causadas, supongamos que son graves, con lo que se cumpliría el supuesto de hecho del artículo 121° del Código Penal.<sup>13</sup>
2. Ahora, analizaré si la publicidad tiene el efecto de inducir al público a la comisión de los actos presentados en la misma:
  - 2.1. En este caso, la probanza de que es o no un mero reflejo, implicaría por lo menos un “focus group ciego” con adolescentes, sobre que reacción les causan los teletubbies. Si la reacción es de agrado, o de indiferencia, ello aportaría a la posible sanción; caso contrario sería un reflejo de la realidad.

13 “Artículo 121.- Lesiones graves El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:

1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.
2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.
3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.  
Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Cuando la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus funciones, se aplicará pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de doce años.”

- 2.2. Este es uno de los puntos más difíciles, demostrar que se ha incrementado la violencia juvenil hacia figuras infantiles. Habría que recurrir a un estudio estadístico y demostrar dicho incremento.
- 2.3. Establecer el nexo causal entre el daño y la publicidad, éste es el punto más álgido del análisis, puesto que su demostración requiere de comprobación fáctica de que ante la exposición a dicha publicidad, se incremente la violencia juvenil hacia figuras infantiles.

Recién superado todo este análisis, puede decidirse si se sanciona o no dicha publicidad.

### CONCLUSIÓN

Las conclusiones a las que se puede arribar con el presente trabajo son básicamente tres:

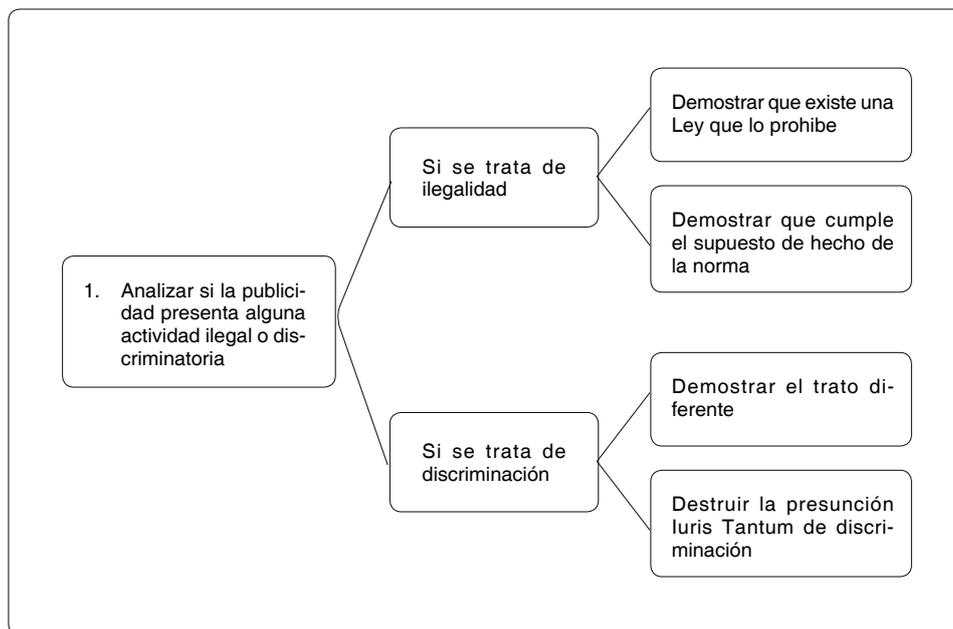
- La manera como se encuentra recogido legislativamente el Principio de Adecuación Social en la publicidad yerra al ser genérico; como lo expresamos en el trabajo, el principio actualmente incurre en lo que se conoce como vaguedad por insaciabilidad

debido a la manera sumamente abierta como ha sido legislado.

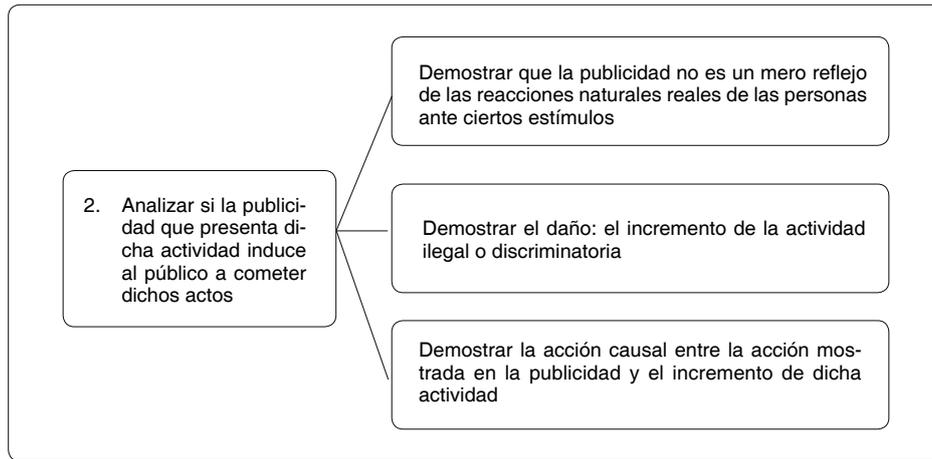
Esta insaciabilidad había existido antes con el Decreto Legislativo N° 691; sin embargo fue solucionada cuando se derogó dicha norma y se dictó el actual Decreto Legislativo N° 1044; pero la dación de la Ley N° 29571 regresó al problema del anterior Decreto N° 691.

- La labor que viene haciendo el INDECOPI no tiene como objetivo solucionar dicho problema. Tal como se ve en las resoluciones analizadas, la labor del INDECOPI no evalúa de manera adecuada la aplicación del principio; muy por el contrario, sanciona basándose en el principio sin explicar adecuadamente cómo llega a sus conclusiones.
- A pesar de lo dicho, existen posibles soluciones que pueden hacer las reglas más simples y sobretodo brindar seguridad jurídica a los agentes económicos. La solución más eficiente que proponemos es hacer una correcta interpretación del principio y seguir el esquema que la misma norma plantea; esquema que graficamos para su mejor entendimiento.

**Cuadro 1: Supuesto.**



## Cuadro 2: Análisis



Por último, quiero dejar claro lo absurdo que nos parece sancionar estas actividades cuando se muestran en la publicidad comercial, sin embargo la publicidad no comercial no está sujeta a dichas limitaciones. Asimismo, los programas de televisión y radio tampoco están sujetos a dichas limitaciones, tal vez porque se piense que su finalidad no es inducir conductas (como la conducta de

consumo de la publicidad comercial), sin embargo la exposición hacia estos programas es mayor y su influencia también. No pretendo que se extiendan las limitaciones a dichas actividades, por el contrario, creo que la publicidad comercial debería tener la misma libertad que dichos programas.