

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado

Informe Jurídico sobre el EXP. N.º 02342-2012-PA/TC y (EXP. N.º 00401-2008-PA/TC)

Autor: Julio Angel Castro Rojas

Código de alumno: 20088009

Asesor: Raúl Solorzano Solorzano

Resumen del EXP. N.º 02342-2012-PA/TC y (EXP. N.º 00401-2008-PA/TC)

El presente expediente tiene como antecedente una demanda presentada ante la comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, mediante la cual el demandante solicitó: 1. El cese de la publicidad con contenido discriminatorio hacia las personas de estatura baja, 2. El cese de la convocatoria para la publicidad de los productos de Gloria S.A. a personas de características étnicas caucásicas (tez blanca, cabello rubio, ojos claros) que refleja un profundo contenido discriminatorio que menoscaba la consolidación de nuestra identidad sociocultural conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos, y 3. El cese del contenido engañoso de la publicidad de Gloria S.A., toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños. Ante esto la Comisión decidió declarar infundada la demanda mediante la Resolución 1732007/CCD-INDECOPI y posteriormente, la Sala confirmó dicha resolución indicando que los hechos denunciados no constituyen supuestos de infracción a las normas que regulan la actividad publicitaria.

Ante esto, el Sr. Jorge Manuel Linares Bustamante interpone demanda de amparo contra Gloria S.A. y el INDECOPI por considerar que la propalación de la publicidad en torno al producto Leche Gloria resulta discriminatoria y engañoso, ante esto, en primera y segunda instancia se rechazó liminarmente la demanda. Sin embargo, el Tribunal Constitucional revocó las resoluciones mencionadas y ordenó que la demanda sea admitida a trámite.

Posteriormente, Gloria S.A. contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente por una indebida acumulación de pretensiones y propone las excepciones de prescripción y de falta de legitimidad para obrar del demandante. Por su parte, el INDECOPI contesta la demanda señalando que el demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa e indicaron que los anuncios sobre las ventajas del producto Leche Gloria no inducen a error a los consumidores.

Luego de los argumentos presentados por las partes, el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Independencia declaró infundadas las excepciones propuestas y declaró fundada en parte la demanda, y ordenó a Gloria S.A. que en su publicidad comprenda a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, por considerar que esta conlleva una discriminación indirecta pues el producto Leche Gloria al ser de consumo masivo origina un trato diferenciado al convocar solo a personas de características caucásicas y no de otras razas; e improcedente respecto al extremo de publicidad engañoso.

Finalmente, Gloria S.A. e INDECOPI apelaron individualmente respecto al extremo declarado fundado y el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda indicando que no sea había acreditado la vulneración de los derechos invocados.

Índice

Introducción	3
Justificación	5
Hechos relevantes.....	7
I. Análisis de temas de fondo.....	12
1.1. Análisis de la Campaña publicitaria de Gloria, ¿es discriminatoria por origen étnico?	12
1.1.2. Sobre la discriminación estructural	14
1.1.3. ¿El Indecopi debería sancionar la campaña publicitaria de tres vasos de leche Gloria al día ajo el principio de adecuación social?	19
1.1.4. El Caso Saga Falabella: ¿Un cambio de criterio para el Indecopi?	21
1.1.5. Investigaciones desarrolladas demuestran empíricamente que la publicidad estereotipada genera un impacto negativo en la sociedad	25
1.2. ¿La publicidad de Gloria es discriminatoria contra las personas de baja estatura?	26
1.3. ¿Es la campaña publicitaria de Gloria engañosa?	26
1.3.1. ¿Cómo se ha interpretado la campaña publicitaria de Gloria?	29
II. Respecto a los temas procesales y constitucionales de la Sentencia del Tribunal Constitucional	32
2.1 Vía correspondiente.....	32
2.2. Medios probatorios.....	35
2.3. Legitimidad procesal.....	39
Conclusiones	40
Bibliografía	41
Sentencia del Tribunal Constitucional	44

Introducción

La discriminación es un mal endémico que la sociedad peruana padece desde tiempos coloniales, un mal que agobia, que hace distinciones imaginarias, que levanta muros entre peruanos y que no nos permite avanzar como sociedad. La discriminación no siempre es evidente, no siempre es reconocida y muchas veces es negada e ignorada, probablemente esta discriminación es la que más daño hace y mientras no podamos extirparlas el daño subsistirá.

En el presente trabajo abordaremos y analizaremos ese tipo de discriminación, es decir, la que no siempre es reconocida como tal, en concreto un caso de publicidad aspiracional como lo es la campaña publicitaria de la empresa Gloria denominada “*tres vasos de leche Gloria al día*” y la misma que fue denunciada en la primera década de los dos mil por el Sr. Jorge Manuel Linares Bustamante (el Sr. Linares) por discriminación racial y por discriminación hacia personas de baja estatura. Si bien es cierto el Sr. Linares no obtuvo el resultado que él esperaba sí consiguió que se discuta su caso hasta el máximo intérprete de la Constitución dejando muchos temas para ser estudiados.

Comenzaremos el presente informe relatando los hechos más importantes del presente caso, veremos cuáles fueron los argumentos que utilizó el denunciante para que se declarara procedente su caso y cuáles fueron los mismo para discutir el tema de fondo. También analizaremos qué es lo que indica la doctrina respecto al tema de la discriminación racial, así como a las personas de baja estatura en el marco de la discriminación estructural. Finalmente, analizaremos cual fue la postura que optó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi) para estos temas y cuál es el criterio que maneja en la actualidad, una vez analizado la normativa, jurisprudencia así como la doctrina calificada, procederemos a brindar nuestras opiniones y conclusiones del caso en concreto.

Asimismo, en el presente caso el Sr. Linares también denunció que la campaña publicitaria de Gloria era engañosa e inducía a error a los consumidores, por lo que en el presente informe también exploraremos el tema de la publicidad engañosa a la luz de Decreto Legislativo N° 1044 y procederemos a indicar qué es lo que dice dicha norma respecto a la publicidad engañosa, así como, el criterio que actualmente utiliza el Indecopi para temas de omisión de información en la publicidad.

Justificación

Una de las principales razones respecto al por qué escogí el presente caso fue por la particularidad del mismo, un tema de discriminación en la publicidad que no fue visto en la vía correspondiente como lo sería el Indecopi, sino que fue discutido a raíz de un proceso de amparo que inclusive llegó a definirse por el máximo intérprete de la constitución en el país, es decir, el Tribunal Constitucional.

Asimismo, se discutía un tipo de discriminación que muchas personas no la reconocen como tal, una discriminación indirecta en una publicidad aspiracional. En este caso no era tan evidente la discriminación sino que estaba “solapada” en estereotipos y la simple invisibilización de un sector importante de la población en el Perú. Sumado a lo anterior, se argumentó también que la publicidad emitida por la empresa Gloria inducía a la discriminación hacia las personas de baja estatura, nuevamente un tópico poco hablado y muchas veces ignorado.

En línea con lo antes dicho, el presente caso posee temas tanto de forma como de fondo sumamente interesantes, y es muy rico en temas controversiales. La sentencia del Tribunal Constitucional que da término al presente caso, es también objeto de discrepancia donde las posturas encontradas están a la orden del día, razones por las cuales se ha optado por investigar el presente expediente y realizar un informe que trate de cubrir todas sus matices.

Hechos relevantes del caso

1. Mediante escrito de fecha 09.04.2007, el Sr. Linares, interpuso Demanda de Amparo ante el Juez Especializado en lo Civil de Lima en el cual exigió desterrar del Perú los criterios y actitudes discriminatorias manifestados en las publicidades emitidas por los diversos medios de comunicación en el Perú.

En sus argumentos el demandante indicó que:

- Existen evidentes criterios discriminatorios en las diversas publicidades televisivas y en especial las del Grupo Gloria convocando exclusivamente a personas de tez blanca, cabello rubio y ojos claros reflejando así, un profundo contenido discriminatorio que menoscaba la consolidación de nuestra identidad sociocultural ya que, en un país conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos como el nuestro, los mismos no se ven reflejados en la publicidad.
 - La publicidad emitida por la empresa demandada deviene en engañosa toda vez que, no es cierto que el solo consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños generando en los niños y adolescentes falsas ideas y expectativas de un crecimiento que en realidad será determinado por otros factores.
 - La publicidad materia de la presente demanda debería ser representada por niños y adolescentes cuyas características deberían ser los de la mayoría nacional, es decir, mestizos e indígenas.
 - Respecto al agotamiento de la vía previa, de acuerdo al art. 45 del Código Procesal Constitucional, en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.
2. Mediante Resolución Uno de fecha 16.04.2007 el Cuarto Juzgado Especializado Civil de Lima decidió declarar **improcedente** la demanda constitucional Interpuesta por Jorge Manuel Linares Bustamante

debiendo recurrir a la vía del proceso administrativo ante el Indecopi toda vez que, el demandante no refiere haber sufrido directamente un perjuicio con la propagación de dicha publicidad ni se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 40 del Código Procesal Constitucional para poder demandar.

3. Mediante escrito de fecha 07.05.2007 por el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil del Cono Norte de Lima, el Sr. Jorge Manuel Linares Bustamante **apeló** a la resolución uno que declaró improcedente.
4. Con fecha 21 de setiembre de 2007, el Cuarto Juzgado Especializado Civil emitió la Resolución N° 182 mediante la cual resolvió confirmar la Resolución N° 1 que declaró **improcedente** la demanda constitucional interpuesta por Jorge Manuel Linares Bustamante indicando que debía de recurrir a la vía del proceso administrativo ante el Indecopi.
5. Mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2007, el Sr. Linares interpuso **Recurso de Agravio Constitucional** ante la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.
6. Con fecha 20 de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional emitió resolución que revocó la resolución recurrida así como la apelada ordenando al Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte **admitir a trámite** la demanda interpuesta y correr traslado de la misma a la empresa Leche Gloria S.A. y al Indecopi. En sus alegatos el Tribunal indicó que:
 - La pretensión reclamada involucra un asunto de publicidad presuntamente engañosa que incide, en general, sobre derechos fundamentales de la colectividad desde la perspectiva de la protección al consumidor y, en particular, desde la perspectiva de la protección a la niñez. No es, por tanto, un tema en el que sea necesaria legitimidad para obrar directa, sino más bien uno que aquellos que se vislumbran

desde la óptica de los intereses difusos, recayendo su invocación en cualquier persona que así lo solicita;

- La materia discutida es, por excelencia y como se acaba de indicar eminentemente constitucional a la par que requiere de urgente dilucidación, motivo por el que la vía natural de resolución de la presente controversia es la que proporciona el amparo constitucional y no precisamente la vía judicial ordinaria;
- No es cierto que el demandante tenga que agotar vía administrativa alguna cuando la entidad administrativa competente (en este caso, la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Área de Prevención) se ha negado a recibir la denuncia del recurrente hasta en dos oportunidades.

7. Mediante escrito de 25 de enero de 2011, Gloria S.A. deduce defensas previas, formula excepciones y contesta demanda de amparo.

8. Mediante escrito de 28 de enero de 2011, Indecopi contesta demanda de amparo.

9. Con fecha 23 de mayo de 2011, el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil emitió la Resolución N°12 en la cual se resolvió declarar infundada la defensa previa de indebida acumulación de pretensiones, excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y excepción de prescripción deducidas por la empresa Gloria S.A. y en consecuencia se declaró saneado el proceso.

10. Mediante Resolución N° 14 de fecha 24 de octubre de 2011, el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima **emitió Sentencia en la cual declaró fundada** en parte la demanda de amparo y **ordenó a la empresa Gloria S.A. a comprender en su publicidad comercial a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de peruanos**, disponiéndose que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron a la interposición de la demanda, y declaró improcedente

respecto a los extremos de la publicidad engañosa imputada a la empresa Gloria S.A.

Los argumentos más resaltantes fueron:

- Se advierte que la parte actora no ha agotado las vías previas, dado que correspondía agotar la instancia administrativa, y en caso resultar esta vía adversa a sus intereses, el demandante podía recurrir a la vía contenciosa administrativa conforme a lo establecido en el artículo 148 de la constitución.
- La publicidad que hace Gloria S.A. conlleva a una discriminación indirecta puesto que si bien aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero tratándose de un producto lácteo de consumo masivo como es la leche, publicitada a través de la televisión de alcance nacional, produce un efecto adverso y desmedido para una categoría de personas, en el caso que nos ocupa de los menores de edad, destinatario principal, quienes no van a comprender la razones subjetivas del comerciante, para calificar que dicha publicidad, conlleva a un trato diferenciado o desigual, el motivo o razón prohibida por las normas; y el objetivo o un resultado que anule o menoscabe el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho.
- Se advierte que la demandada, no toma en cuenta para la publicidad de sus productos, las disposiciones constitucionales que prohíben la discriminación de cualquier índole, como es la exclusión de un grupo mayoritario de peruanos, cuya nación es multiétnica.
- La empresa demandada, está en la obligación de coadyuvar a la cohesión social, evitando consecuencias perjudiciales en diversos aspectos de la identidad de las personas en formación, como son los menores de edad y su posibilidad de desarrollo personal sin ningún perjuicio o menoscabo psicológico; no verificándose que exista una razón objetiva que justifique el trato diferenciado por el cual no se comprenden en la publicidad de sus productos comerciales a personas preponderantemente de rasgos multiétnicos.

- El actuar de Gloria S.A. se sustenta en razones meramente subjetivas e injustificadas; y no así inspiradas en el establecimiento y preservación del bien común y el bienestar social.
11. Mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2011, Gloria S.A. interpone recurso de **apelación** única contra la Sentencia del Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil, reiterando sus argumentos presentados con anterioridad.
 12. Mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2011, el Sr. Linares solicita aclaración de sentencia, debido a que la sentencia no se pronunció sobre el extremo de discriminación hacia personas de estatura baja.
 13. Mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2011, el Indecopi interpone recurso de **apelación** única contra la Sentencia del Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil, reiterando sus argumentos presentados con anterioridad, así mismo, indica que se ha vulnerado el principio de congruencia procesal, que la sentencia expedida carece de motivación y que se ha vulnerado el art. 29 del Decreto Legislativo N° 691.
 14. Mediante escrito de fecha 17 de enero de 2012, Gloria S.A. presenta expresión de agravios ante la Presidencia de la Primera Sala Civil de Corte Superior de Justicia de Lima Norte, reiterando los argumentos expuestos en escritos anteriores.
 15. Mediante escrito de fecha 09 de febrero de 2012, el Sr. Linares absuelve expresión de agravios reiterando argumentos expresados con anterioridad.
 16. Mediante Resolución N° 8 de fecha 22 de febrero del 2012 la Corte Superior de Justicia de Lima Norte **reformuló la Sentencia** de fecha 24 de octubre del año 2011 declarándola Infundada, la Corte argumentó lo siguiente:

- Consecuentemente en autos no existen suficientes medio probatorios que generen certidumbre y certeza sobre la fundabilidad de la pretensión demandada, pues los documentos aportados y que demostrarían la alegada discriminación resultan insuficientes e inidóneos.
- Se debe concluir que debe desestimarse la demanda por no haberse acreditado con medios de prueba adecuados los hechos imputados a los codemandados.

17. Mediante escrito de fecha 19 de marzo de 2012, el Sr. Linares interpone **recurso de agravio constitucional**.

18. Con fecha 23 de octubre de 2012 el Tribunal Constitucional expide sentencia la cual declara **infundada** la demanda, argumentado:

- No corresponde analizar la pretensión de cese de publicidad engañosa por parte de la Sociedad emplazada, pues dicho extremo fue desestimado en primera instancia y consentido por el demandante.
- Es evidente que la pretensión de que se ordene de convocar a personas de características étnicas caucásicas es contraria a la naturaleza del proceso de amparo, pues no tiene por finalidad restituir el ejercicio de un derecho fundamental y porque, en caso de estimarse, restringiría irrazonablemente el ejercicio del derecho a la libertad de contratar.
- El Tribunal considera que la publicidad transcrita no evidencia distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en la raza o la estatura, y que tenga por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas; razón por la cual debe desestimarse la demanda.

I. Análisis de temas de fondo

1.1. Análisis de la Campaña publicitaria de Gloria, ¿es discriminatoria por origen étnico?

El Sr. Linares en sus principales argumentos indicaba que la campaña publicitaria de “tres vasos de leche Gloria al día” resultaba ser discriminatoria contra las personas de origen étnico, es decir a las personas de color de piel distinto al blanco, debido a que éstas personas no se encuentran representadas en la publicidad de la empresa Gloria.

No obstante lo anterior, para abordar como es debido el tema de la discriminación, es importante esclarecer qué es lo que entendemos por el derecho a la igualdad. En la Constitución Política de 1993, se establece en el artículo 2 que “toda persona tiene derecho a (...) la igualdad ante la ley”, asimismo, nuestro Tribunal Constitucional respecto a este derecho ha indicado lo siguiente:

“7. [...] Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.¹”

Sin embargo, nuestra Constitución no solo recoge el derecho a la igualdad, sino que en el artículo 2 también reconoce el derecho a no ser discriminado: “toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”

En el caso objeto del presente trabajo, el denunciante alegaba que la discriminación que sufren estas personas por su falta de representación en la

¹ Sentencia del 01 de julio de 2009, emitida en el Expediente N° 03843-2008-PA/TC

publicidad era la indirecta, toda vez que los efectos de ésta se mostraban de manera colateral y no de manera manifiesta como sí ocurre en la discriminación directa.

Sobre lo indicado, la doctrina desarrolla estas concepciones de discriminación indicando que la diferencia entre la directa e indirecta es que la primera es la más visible y una de las más frecuentes en nuestro país, se caracteriza porque el trato desigual se manifiesta de manera clara, nos podríamos encontrar ante discriminación directa cuando por ejemplo impedimos el ingreso a un local comercial a una persona con síndrome de down, o cuando un empleador decide pagar más a las personas blancas y menos a las personas negras.

La discriminación indirecta, de acuerdo a Luis Alberto Huerta² en ésta es el trato desigual no se manifiesta de manera tan clara, lo que obliga a acudir a diferentes elementos adicionales para sustentar que existe un trato discriminatorio. Por su parte, el profesor Ardito Vega³ desarrolla el concepto indicando lo siguiente:

“La discriminación es indirecta cuando estamos ante decisiones aparentemente imparciales y neutras, pero que terminan perjudicando desproporcionadamente a un gran número de personas integrantes de un colectivo determinado. Aunque no pueda comprobarse la intencionalidad, sí puede comprobarse el perjuicio.

Por ejemplo, la falta de adecuación arquitectónica de un edificio no implica la intención de perjudicar a una persona anciana o que padece de alguna discapacidad, pero en la práctica se genera una situación de exclusión.”

Asimismo, el Tribunal Constitucional también se ha pronuncia respecto a la definición de discriminación indirecta:

² Luis Alberto Huerta Guerrero. El derecho a la igualdad. En: Pensamiento Constitucional. Año XI. N° 11.

³ Wilfredo Ardito Vega. Responsabilidad social empresarial y discriminación. En Derecho PUCP N° 64

“32. [...] cuando la discriminación indirecta se funda en un criterio sospechoso o potencialmente discriminatorio, el acto u omisión que la genera debe reputarse, en principio, inconstitucional.

(...)

33. En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su artículo 2.º, numeral 2) que “[t]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, y agrega a continuación que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares.”⁴

En línea con lo anterior, es preciso notar que el Perú celebró la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, mediante el cual el Perú se comprometía, de acuerdo al artículo 5 del Convenio, a “**modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (...)**” (el resaltado es nuestro)

1.1.2. Sobre la discriminación estructural

En palabras de Cristina Valega⁵, podríamos poner en una categoría de forma de discriminación a parte a la discriminación estructural, en para palabras de Fiss⁶, resulta necesario comprender los actos discriminatorios individuales en el contexto de la discriminación estructural, pues son las **prácticas sistémicas las que degradan el valor de determinados grupos en la sociedad y/o son los**

⁴ Sentencia del 03 de septiembre de 2010, emitida en el Expediente N° 2317-2010-AA/TC.

⁵ “Valega, Cristina. ¿Des-Estereotipando el derecho?: Análisis de la interpretación de la regulación de la publicidad comercial realizada por el Indecopi en casos de publicidad cuestionada por contener estereotipos de género considerados discriminatorios contra las mujeres. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 47.

⁶ FISS, Owen. ¿Qué es el feminismo? Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 7.

responsables de su subordinación en otras esferas de la vida social. Comprender ello implica situar los actos discriminatorios individuales en un contexto de discriminación estructural para su mayor comprensión. Ello abarca una condena a las estructuras y prácticas que ordenan a las personas -y a los grupos a los cuales estas pertenecen- de acuerdo a un criterio de adscripción, perpetuando así en sociedad la posición subordinada de algunos de ellos⁷.

Como indica Valega citando a Mackinnon⁸ ello es relevante porque, si bien el daño por la discriminación ocurre una persona por vez, no ocurre en tanto “individuo”, sino que la base grupal del daño preexiste a las lesiones que singularizan a sus miembros individuales.

Continuando con la obra de Valega⁹, esta analiza cómo el Indecopi ha analizado diversas denuncias de discriminación contra las mujeres fallando en contra en la gran mayoría de dichas denuncias, además en una de sus conclusiones la autora indicó que no se han analizado correctamente dichas publicidad por diversos motivos.

La autora en su obra indicó “existen grupos que se encuentran en una situación de discriminación estructural; si se tienen en consideración las estructuras y sistemas sociales, económicos y políticos”, así mismo citando a Barrère y Morondo afirmó el meollo del concepto de opresión o subordinación lo constituirían las profundas injusticias enraizadas en normas y estereotipos que sufren algunos grupos que estructuran al Estado y al mercado, y que no resultan necesariamente evidentes o intencionales”. De esta manera, Valega brinda diversa casuística en las que nos encontramos ante discriminación estructural como los son la imposición de los deberes de cuidado a las mujeres y su hipersexualización en la publicidad, la esteriotipización de las personas con discapacidad como incapaces, peligrosas o inválidas y la **marginalización por**

⁷ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada, 2011, número 45, pp. 15-42.

⁸ MACKINNON, Catharine. Hacia una teoría feminista del Estado. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995.

⁹ Valega, Cristina. ¿Des-Estereotipando el derecho?: Análisis de la interpretación de la regulación de la publicidad comercial realizada por el Indecopi en casos de publicidad cuestionada por contener estereotipos de género considerados discriminatorios contra las mujeres. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 47.

parte de la publicidad de las personas negras o de rasgos andinos, entre otros.

Valega también indica en su obra que “Los estereotipos de género – incluidos aquellos que se encuentren presentes en la publicidad perpetúan y acentúan la situación de discriminación estructural de las mujeres, en tanto legitiman su posición subordinada en la sociedad. Por tanto, se constituyen como actos discriminatorios, en tanto son prácticas sistémicas que degradan el valor de las mujeres en las esferas de la vida social y son la base para la comisión de actos discriminatorios individuales.”

Si bien es cierto Valega se refiere a los estereotipos de género en la publicidad, consideramos que el argumento calza perfectamente con los estereotipos por raza, éstos se acentúan en la sociedad a través de la publicidad en tanto legitiman su posición subordinada en la sociedad y por tanto constituyen actos discriminatorios lo cuales deben de ser prescritos por el Estado.

También compartimos la opinión del profesor Wilfredo Ardito (especialista en temas de discriminación, referente del tema en el Perú) cuando indica -respecto a la campaña publicitaria de Saga Falabella en la cual solo mostraban niñas de tez blanco en sus catálogos de navidad- que: *“estas campañas publicitarias socavan la autoestima de millones de peruanos al mostrar la belleza orientada a determinados rasgos físicos. Es especialmente grave que esto ocurra en la publicidad que presenta a niños y adolescentes. **Los niños de rasgos mestizos o andinos solamente aparecen en situación de pobreza y abandono.**”*¹⁰ (el resaltado es nuestro)

Respecto al mismo caso, en el cual Saga Falabella solo comprendía niñas blancas en su catálogo de navidad, el Ministerio de Cultura, a través del portal Alerta Contra el Racismo indicó: *“Saludamos la decisión de la empresa de retirar el referido catálogo tanto de sus tiendas como de su plataforma virtual, y de manifestar su compromiso de respetar y apreciar la diversidad cultural y velar por que no exista ningún tipo de discriminación en su proceder”*. Confirmando que Saga Falabella al solo comprender niñas de tes blanca en su publicidad,

¹⁰ <https://www.gatoencerrado.net/store/noticias/88/88582/detalle.htm>

estaba actuando de manera discriminatoria al no comprender a la mayoría de fenotipos que se comprende en el Perú.

Es importante también mencionar la opinión de Ross D. Petty y otros¹¹ respecto a la subrepresentación de personas negras en la publicidad, cuando indican que:

*In addition to these general guidelines, specific recommendations modeled after existing regulations address the harms we have described. To combat the effect of ads that exclude, under-represent, or present stereotypical images of minorities, advertising should be discouraged from indicating a racial preference. Ads should be evaluated based on the perspective of a reasonable viewer or reader of color to determine whether an ad implicitly communicates an exclusionary message. **The guidelines should denounce race-based advertising regardless of the advertiser's intent since we understand that inferential, not intentional, racism leads to the advertising practices we seek to eliminate.*** (el resaltado es nuestro)

*As prescribed by the FHA, human models and actors in ads for all products and services should not be used to indicate exclusiveness on the basis of race, color, or national origin. **Where models and actors are used in ad campaigns, they should be clearly definable as reasonably representing the demographic make-up of the surrounding community.** In addition, advertising should be discouraged from portraying models and actors in stereotypical roles. As previously mentioned, while certain positive stereotypes are not harmful in and of themselves, the exclusive use of stereotypes in portraying racial and ethnic minorities can be.* (el resaltado es nuestro)

Como se podrá apreciar, el autor va más allá indicando que no solamente se tiene que eliminar las prácticas en las cuales aparecen roles de estereotipos en la publicidad, sino que **los actores deben de parecerse y corresponder a la raza de la composición demográfica de la comunidad circundante.**

¹¹ Regulating Target Marketing and Other Race-Based Advertising and Other Race-Based Advertising Practices. Ross D. Petty, Anne-Marie G. Harris, Toni Broaddus y William M. Boyd III. Michigan Journal of race and Law. Vol. 8, 2003, p. 59.

En línea con la opinión anterior, tenemos el estudio que realizó Lloyd's Banking Group¹² referente a la publicidad que realizan las empresas en Reino Unido y en occidente en general, dicho estudio concluyó lo siguiente:

*“In conclusion of our integrated study, we found that advertisers need to **do more to represent and reflect modern Britain in advertising.** Respondents told us that they felt **certain groups were underrepresented in advertising and called out inaccuracies around how they were being portrayed, particularly if they were from a minority group (...).**”* El resaltado es nuestro

Como indica el estudio indicado, existe una subrepresentación de los grupos minoritarios en la publicidad de occidente, el cual invisibiliza a cierto sector de la población lo cual afecta a cómo se les trata en la sociedad donde se emite dicha publicidad.

Entonces, una vez puesto en claro la doctrina y la jurisprudencia que es la base del presente trabajo, somos de la postura que en la publicidad aspiracional, como lo es la campaña publicitaria de “tres vasos de leche Gloria al día” se establece como ideal o como parámetro de belleza a las personas de tez blanca relegando así a las personas negras, de rasgos andinos, orientales, entre otros, e imponiéndoles otros roles en la sociedad distintos al ideal de éxito, belleza o inteligencia.

De esta manera, podemos ir adelantado una conclusión, la publicidad de Gloria no solo es mostrar a personas exclusivamente blancas e invisibilizar a otras, esto obedece a un problema aun más profundo como lo es las discriminación estructural, **al solo mostrar personas blancas mostrándose que pueden crecer con la ingesta de leche Gloria se esta reforzando estereotipos respecto al color de piel en donde daría la impresión que las nociones de “calidad de vida” se asocian al color de piel de una persona, características propias de la publicidad aspiracional.**

¹² LLOYDS BANKING GROUP. Reflecting modern Britain? A study into inclusión and diversity in advertising. Londres: Lloyds Banking Group, 2016.

Asimismo, lo ocurrido en la publicidad del Gloria no solo es un acto de ocultar aun grupo mayoritario de la sociedad en la publicidad, esto obedece a una discriminación que se encuentra anclada en nuestra sociedad, una discriminación que no se percibe al día a día pero que existe y tiene manifestaciones que a veces pueden ser sutiles pero a la vez reales.

Es importante indicar que, el Sr. Linares basó su argumentación en que la discriminación de la campaña publicitaria de Gloria resultaba ser de manera indirecta. **Consideramos que el denunciante se encuentra en lo cierto, toda vez que al excluir a personas de tez distinto al blanco se invisibiliza a un gran porcentaje de la población peruana reforzando los estereotipos respecto al color de piel.** Sin embargo, también consideramos que la discriminación indirecta como tal resulta insuficiente para explicar un fenómeno aún más complejo, fenómeno que puede ser entendido mejor a la luz de la discriminación estructura y simbólica.

1.1.3. ¿El Indecopi debería sancionar la campaña publicitaria de tres vasos de leche Gloria al día bajo el principio de adecuación social?

Una vez esclarecido que la campaña publicitaria de Gloria sí es discriminatoria bajo la modalidad de discriminación indirecta y en particular es discriminación estructural, cabría preguntarse sí en caso se hubiese denunciado este hecho ante el Indecopi, éste lo hubiera sancionado en base al principio de adecuación social.

Recordemos que nuestro caso fue objeto de un proceso de amparo que a nuestra opinión nunca debió haberse declarado procedente debido a que el denunciante no agotó la vía previa, que en este caso correspondería al Indecopi.

Entonces, para esclarecer sí el ente administrativo debería sancionar estos anuncios publicitarios debemos remitirnos a lo que indica el D.L. 1044:

“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; (el resaltado es nuestro (...))”

De acuerdo a la lectura de la norma, podemos reconocer que el requisito para la configuración del acto de discriminación de acuerdo al principio de adecuación social (en adelante, PAS) es que la publicidad induzca a realizar un acto de discriminación, sobre esto Murillo nos indica que:

*“Si bien el requisito no consiste en obligar al público consumidor a realizar una actividad, lo cual es casi imposible con la exposición de un mensaje publicitario; la norma exige **una acción de gama alta** consistente en la inducción, es decir, convencer al público que efectuar la conducta mostrada (sea antisocial, ilegal, discriminatoria, ofensiva u otra) es una buena idea y debería ser realizada. No es un mero incentivo, ni se trata de coaccionar, **pero sí debe generar el cambio de conducta para que el público receptor del anuncio efectúe la misma.**”¹³ (el resaltado es nuestro).*

De acuerdo al profesor Murillo, el hecho que el DL 1044 induzca a realizar cualquier de las acciones del art. 18, es un requisito de gama alta, es decir, es un requisito muy estricto, en palabras de este, a un paso antes de la mera obligación. Entonces, la publicidad que sea discriminatoria tendría que darse de tal forma que el público receptor cambie su conducta, de esta manera, no todo acto que se muestre en la publicidad podrá de declararse como discriminatorio.

En línea con lo anterior, Murillo analiza también la Resolución N° 761-2011/SCI-Indecopi más conocido como el caso Brahama, en este análisis indicó lo siguiente:

*(...) Los órganos del Indecopi tendrán que determinar previamente si el mensaje publicitario contiene un acto de discriminación; por lo que **no deberían ser sancionadas piezas publicitarias que contengan mensajes que solo refuercen estereotipos sociales o elementos de mal gusto para determinados colectivos** (...)*

¹³ Murillo, Javier. Tratado de Protección y Defensa del Consumidor. Instituto Pacifico. 2019, p. 388

De esta manera, la incitación a un acto de discriminación debe ser muy evidente en el mensaje dentro de la publicidad, de modo tal que haga surgir en el público la determinación de tratar de manera desigual a las personas sin contar con una justificación objetiva y razonable, así como guiándose únicamente por su pertinencia a un grupo racial, religioso, político, de procedencia geográfica, etc. (los resaltados son nuestros)

Lo que indica Murillo no está alejado de la realidad y con el actuar del Indecopi en los últimos años, en la Tesis de Cristina Valega¹⁴ la autora concluye que el Indecopi ha sido prácticamente uniforme en rechazar las denuncias respecto de piezas publicitarias por contener estereotipos de género considerados discriminatorios contra las mujeres, en ese sentido en 32 de 22 resoluciones, el Indecopi declaró infundadas las denuncias.

Entonces, hasta el momento podríamos indicar que cuando se trata de publicidad estereotipada por roles sociales, sexo, género o raza para el Indecopi no es discriminación por diversos argumentos y motivos que los explica Valega en su obra; pero principalmente por lo que indica Murillo cuando señala que el acto de discriminación debe de ser muy evidente por “el factor inducir”.

Esto ocurría hasta no hace mucho tiempo, sin embargo, el año 2019 se emitió la Resolución N° 107-2019-CCD-INDECOPI más conocida como el “Caso Saga”.

1.1.4. El Caso Saga Falabella: ¿Un cambio de criterio para el Indecopi?

Mediante la Resolución N° 107-2019/CCD-INDECOPI la Comisión de la Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi decidió declarar Fundada la denuncia iniciada de oficio por la Secretaria Técnica de la Comisión de Fiscalización en contra de Saga Falabella S.A. (en adelante Saga) y a Circus Grey Perú S.A.C. por vulneración del artículo 18 del DL 1044 referido al principio de adecuación social por actos de discriminación mostrados en la publicidad de Saga.

¹⁴ Valega, Cristina 2019 ¿Des-estereotipando el derecho?: Análisis de la interpretación de la regulación de la publicidad comercial realizada por el Indecopi en casos de publicidad cuestionada por contener estereotipos de género considerados discriminatorios contra las mujeres. Tesis para optar por el Título de Abogada. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

En los considerandos de la Resolución se manifestó lo siguiente:

*(...) Luego de un análisis superficial e integral del anuncio materia de análisis, **la Comisión considera que el mismo es capaz de generar en los consumidores la percepción de que la modelo afrodescendiente, se encuentra asociada a los estereotipos negativos que históricamente se pueden haber atribuido a dicho colectivo étnico, como son el desorden y el mal olor, induciendo a la realización de actos de discriminación por motivos de raza.** En este punto, cabe precisar que los actos de discriminación no necesariamente se pueden expresar en actitudes violentas o evidentes, sino que se pueden exteriorizar en pequeñas actitudes cotidianas o en prejuicios e ideas pre establecidas, contribuyendo a perennizar una situación de racismo soterrado o escondido, lo que lo hace más dañino y permanente, por lo que dichos esquemas mentales deben ser desterrados de nuestra sociedad, siendo la publicidad una herramienta de vital importancia para lograr dicho fin (...).*” (el resaltado es nuestro)

El presente caso a mi opinión cambia el criterio que el Indecopi mantenía hasta el momento referente a los actos de discriminación en la publicidad. Si bien es cierto la publicidad sancionada es diferente a la publicidad de Gloria porque el acto de discriminación se manifiesta de manera diferente, considero que el Indecopi ha cambiado el criterio respecto de cómo veía los actos donde se reforzaban los estereotipos abriendo así una “ventana” donde futuros casos de publicidad estereotipada también puedan sancionarse.

En línea con lo anterior, el cómo el Indecopi ha manejado el factor de “inducir” indicado en el art. 18 del DL 1044, consideramos que ha variado la manera en cómo se venía aplicando, debido a que ya no es que el consumidor tenga que necesariamente replicar o imitar la acción de discriminación mostrada en la publicidad, ahora tampoco se exige que la publicidad tenga que casi coaccionar al consumidor al reproducir dicha acción en su vida diaria como lo Indica Murillo,

más bien en el presente caso la Comisión indica que la publicidad debe de potencialmente reforzar una visión negativa y estereotipada de las personas:

*“Sobre el particular, la Comisión considera que más allá de la intención que pudieron haber tenido las imputadas o el equipo creativo encargado de la elaboración del anuncio materia de análisis, **el efecto potencial que el mismo tuvo en sus destinatarios refuerza una visión negativa y estereotipada de las personas afrodescendientes.** Dicho efecto no deseado, puede ser advertido, de manera referencial (...).”*

De esta manera, a nuestro juicio el Indecopi muy inteligentemente utiliza el artículo 7 del DL 1044 cuando indica que no es necesario acreditar el la conciencia o voluntad sobre su realización del acto de discriminación ni es necesario acreditar que el daño sea efectivo (ya que dichos argumentos habían sido utilizados anteriormente para eludir una posible falta), de acuerdo a la presente resolución con que el daño sea potencial es suficiente:

*“Dicha interpretación se condice con lo establecido por el artículo 7 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal que señala que la determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, entendiéndose como la intención de cometer una infracción, no resultando necesario acreditar tampoco que dicho agente genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, **bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.**” (el resultado es nuestro)*

De esta manera, consideramos que finalmente el Indecopi ha abierto la posibilidad para que casos de discriminación en donde se refuercen estereotipos puedan ser sancionados ya que ahora solo se debe constatar que el daño de éstos anuncios sea potencial.

Dicho lo anterior una pregunta que cae de madura sería, ¿la publicidad que refuerza estereotipos puede potencialmente generar un daño en la sociedad

haciendo que las personas discriminen más? Nuestra respuesta es afirmativa, y a continuación explicaremos por qué.

1.1.5. Investigaciones desarrolladas demuestran empíricamente que la publicidad estereotipada genera un impacto negativo en la sociedad

¿Qué base científica tenemos para argumentar que los comportamientos mostrados en la publicidad pueden generar un daño potencial en los consumidores? En primer lugar tenemos el informe titulado “Representaciones, percepciones y daño: un reporte sobre estereotipos de género en la publicidad” en el año 2017 de la Autoridad de Estándares de Publicidad del Reino Unido (en adelante ASA por sus siglas en inglés) este informe concluye que la evidencia en investigación indica que **la normalización de los estereotipos de género posee una influencia real en generar un daño psicológico, físico, económico, social y político** a los individuos y grupos; así como que la publicidad es una de las fuentes que refuerzan estos estereotipos de género. Asimismo, el informe indica que hay fuerte evidencia del potencial daño para los adultos por el reforzamiento que se realiza de mensajes que ellos ya tienen internalizados en torno a cómo deben comportarse o verse en función de su género. También se ha señalado en el informe que la exposición a representaciones estereotipadas de las mujeres en la publicidad impacta directamente con su vinculación con la subrepresentación de mujeres en carreras vinculadas a ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas; así como con el menor interés de las mujeres por involucrarse en política o por asumir roles de liderazgo

De otro lado, tenemos el informe de Parlamento Europeo denominado “Informe sobre el impacto del marketing y la publicidad en la igualdad entre hombres y mujeres” el cual investigó comportamientos de consumidores en Eslovenia, Alemania, Polonia, Suecia y la Unión Europea de Artesanías y Pequeñas y Medianas Empresas. Este informe se hacía hincapié en cómo la publicidad sexista juega un papel importante en favorecer la división del mercado en profesiones masculinas y femeninas, y que estas últimas suelen ser las menos remuneradas.

Otro estudio científico que avala nuestra postura es el publicado por Ryan & Kanjorski¹⁵ en el cual se concluye que las representaciones de personas cosificadas sexualmente u objetivizadas en la publicidad, estas han demostrado estar vinculadas a la persistencia de violencia doméstica, a la normalización de la violencia sexual y al rechazo hacia ideas vinculadas a la equidad de género.

Asimismo, compartimos la opinión de Valega respecto a las investigaciones científicas que respaldan nuestra postura:

“(...). En virtud de esto, se señala que la publicidad no solamente posee una función comercial, sino que comunica a un nivel simbólico y posee otros efectos en la sociedad, tales como reforzar estereotipos, ofrecer modelos de vida, entre otros; que la convierten en un intermediador cultural.”

*“El impacto que generan los estereotipos de género presentes en la publicidad no puede ser adivinado o supuesto. Al respecto, **existe suficiente evidencia empírica que demuestra que la normalización de los estereotipos de género posee una influencia real en la generación de un daño psicológico, físico, económico, social y político a los individuos y grupos; y que la publicidad es una de las fuentes que hoy en día refuerzan estos estereotipos de género.** (...). Por ello, la representación de estereotipos de género en la publicidad no se trata de un tema de buen o mal gusto, sino que **muchas de estas representaciones no son inocuas, sino que refuerzan y promueven una cultura de subvaloración de las mujeres y de normalización de situaciones de violencia y discriminación hacia las mismas**” (el subrayado es nuestro)*

Finalmente, y en línea con todo lo anterior, en un reciente informe realizado por el Indecopi denominado “Diagnóstico sobre los estereotipos de género en el consumo y la publicidad en el Perú”¹⁶ se señala que los medios de comunicación **son productores de representaciones sociales**, es decir, de marcos interpretativos y modelos identificatorios a partir de los cuales las personas forman sus identidades y comprensiones sobre género, raza, clase, discapacidad y demás categorías sociales.

¹⁵ Kathryn M. Ryan and Jeanne Kanjorski. The Enjoyment of Sexist Humor, Rape Attitudes, and Relationship Aggression in College Student. Sex Roles, Vol. 38, Nos. 9/10, 1998.

¹⁶ Diagnóstico sobre los estereotipos de género en el consumo y la publicidad en el Perú. Indecopi.

1.2. ¿La publicidad de Gloria es discriminatoria contra las personas de baja estatura?

Nuestra constitución no solamente protege de no ser discriminado a las personas según su raza, sino que también esta protección puede alcanzar a las personas de baja estatura. Lo mencionado está recogido en el artículo 2 de nuestra constitución cuando se indica que: “toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”

Es importante recordar que los análisis de la publicidad de Gloria, solo se están realizando en base a los dos anuncios (ver página 29) que el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional reconocieron como los que estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas. Dicho esto, consideramos que a diferencia de los antes indicado respecto a la vulneración al derecho de no ser discriminado en personas de origen étnico, en el caso de personas de baja estatura no se aprecia que en los anuncios de Gloria S.A. se este discriminando a este grupo, ya que no existe ninguna escena en el que se les discrimine directa o indirectamente, por lo que compartimos la postura tanto del Tribunal constitucional y del a quo.

1.3. ¿Es la campaña publicitaria de Gloria engañosa?

En la Sentencia del Tribunal Constitucional, objeto del presente informe, no se llega a abordar ni analizar el tema de fondo de la publicidad engañosa que alegaba el Sr. Linares. La sentencia se pronuncia en este extremo indicando que *“No corresponde analizar la pretensión de cese de publicidad engañosa por parte de la Sociedad emplazada, pues dicho extremo fue desestimado en primera instancia y consentido por el demandante”*, no obstante lo anterior en la presente sección pasaremos a estudiar el tema de la publicidad engañosa a fondo.

Debemos recordar que el denunciante indicaba que la campaña publicitaria de “tres vasos de leche Gloria al día” resultaba ser engañosa, toda vez que no era cierto que tomando solamente leche, las personas iban a crecer, sino que esta ingesta de leche debía ir acompañada de otros factores como lo son la alimentación balanceada, el realizar actividades deportivas, y la genética de las personas, por lo que, según el Sr. Linares, la empresa Gloria debió colocar en sus comerciales esta última información.

Dicho lo anterior, cabría preguntarse ¿la publicidad emitida de Gloria resulta ser engañosa porque no se indicó que para el crecimiento también es importante los factores antes señalados?, ¿existe una obligación de exhaustividad de la información para con Gloria? Para dar respuesta a la cuestión planteada revisaremos lo que se indica en el DL1044 en su artículo 8 respecto a los actos de engaño:

*“8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, **inducir a error** a otros agentes en el mercado sobre 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 o condiciones** que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. (...)”* (el resaltado es nuestro)

De acuerdo al artículo citado, ¿podríamos pensar que Gloria está induciendo a error a los consumidores a través de su publicidad? En virtud a la denuncia del Sr. Linares, éste indicaba que sí, puesto que se omitía información relevante en los anuncios, ya que, como indicábamos arriba, no se especificaba ni aclaraba en ningún momento que para el crecimiento también intervienen otros factores. Entonces, lo que se tendría que analizar para comenzar es cuándo la legislación o jurisprudencia de la materia permite omitir cierta información.

De acuerdo a los lineamientos del Indecopi¹⁷ para determinar si un anuncio induce a error por omisión se debe analizar si los elementos que han sido mantenidos ocultos son relevantes para formar en el consumidor una expectativa errónea en relación con el mensaje publicitario que aprehende mediante un análisis integral y superficial del anuncio. Así, una publicidad será considerada engañosa por omisión si un consumidor variase la expectativa que le genera el

¹⁷ Instituto Nacional de Defensa de La competencia y de la Propiedad Intelectual - Indecopi
“Lineamieto sobre competencia desleal y publicidad comercial”. En Repositorio Indecopi: 24 de octubre de 2020.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51775/2997032/Lineamientos+2018+CCD+FINAL.pdf/55104747-5ae3-dff5-e245-74124a81a939>

mensaje publicitario y, en última instancia, su decisión de consumo, al conocer los elementos omitidos en el anuncio.

De esta manera, es importante referirnos a la Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI conocido también como el Precedente “Metro”, el cual reemplazo al muy criticado precedente Telmex, dicho precedente, se refirió respecto al deber de exhaustividad publicitaria indicando que “ *el anunciante no tiene ninguna obligación de exhaustividad en la publicidad (...) si se forzara a colocar en la publicidad todos los términos y condiciones referidas a los bienes o servicios que se ofrecen al público, los anuncios se tornarían excesivamente largos dificultando su lectura y comprensión por parte del consumidor, lo cual conllevaría elevar los costos de realizar publicidad desincentivando su práctica y reduciendo la cantidad de información que estaría disponible para los consumidores*”, de esta manera Sosa y Rodríguez¹⁸ interpretando y citando al precedente Metro indican que a fin de determinar si una restricción a una promoción determinada puede ser omitida en el anuncio debe verificarse que: **i) dicha omisión no sea relevante para la decisión de consumo; y ii) que sea información previsible con relación al tipo de oferta que se esta realizando.**

En cuanto al primer requisito, ¿la publicidad de Gloria está omitiendo una información relevante para la decisión de consumo? A mi opinión no, la información de que el crecimiento tiene que ir acompañado de otros factores además de la ingesta de leche, considero que es una información complementaria y no relevante para su adquisición, considerando adicionalmente que la leche es un bien de la experiencia, es decir, la mayor parte de las personas que consumen leche conocen sus beneficios porque muy posiblemente la han consumido la mayor parte de su vida, por lo que un consumidor promedio sabrá que el crecimiento va acompañado de otros factores, además hoy en día si una madre esta preocupada por el crecimiento de sus hijos, podrá investigar en internet¹⁹ respecto a qué factores intervienen en el crecimiento, y muy posiblemente en un minuto de búsqueda en internet

¹⁸ Alex Sosa Huapaya, Gustavo Rodríguez García. Con licencia para anunciar. Un tratado del derecho publicitario en el Perú

¹⁹ Cuando decimos que las madres pueden acceder a internet no sugerimos que necesariamente accederán a información científica, ni que cualquiera puede volverse especialista respecto a un tema solo con la información disponible en internet.

sabr  que no solo la leche produce el crecimiento, por lo que no considero que dicha omisión omitida sea relevante para la decidir en comprar o no leche.

Respecto al segundo requisito, de si es previsible que dicha información se encuentre en el anuncio, considero que tampoco es previsible. Para esto, mucho tendrá que ver con sus principales características del producto, como por ejemplo, el precio, el lugar dónde comprarlo, o inclusive cuáles son sus principales ingredientes, dependiendo el tipo de producto claro, por lo que la información que el Sr. Linares indica que se ha omitido (la leche por sí sola no hace crecer a las personas) es una información adicional o no relevante que podría encontrarse en otros espacios que el proveedor brindar para obtener mayor información sobre sus productos (una página web por ejemplo).

1.3.1.  C mo se ha interpretado la campaña publicitaria de Gloria?

Dicho esto, recordemos que los anuncios publicitarios que el Tribunal Constitucional tomó en cuenta para emitir la sentencia objeto del presente informe son los siguientes:

*“Primer anuncio: (...) inicia con la imagen de un niño y su madre en una bodega. El niño mira a otro que más alto que él. Este último sale de la bodega y camina por la calle, deteniéndose a mirar a otro niño de gorro amarillo que más alto que él. Seguidamente el anuncio muestra el niño de gorro amarillo mirando a un adolescente en el anuncio tomando leche. Simultáneamente a la emisión de las imágenes, una locución en off señala “todos soñamos con llegar alto. Todos queremos ver el mundo desde arriba. **Todos queremos ser más grandes. Sigue tomando tres vasos de leche Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande.**”*

*El segundo anuncio muestra imágenes intercaladas de varios niños jugando en la playa y tomando leche Gloria y latas de leche Gloria. Durante la emisión de este anuncio, una locución en off musicalizada señala “llegó el verano, sol todo el día, hacer calor refrescarme quería y como quiero crecer todavía, este verano tomo leche fría, tres, tres, tres, vasos de Gloria al día.” Seguidamente la voz en off señala: “**Este verano tus hijos siguen creciendo dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes Glo, Glo, Glo Gloria**”.*

De esta manera, la parte relevante de los anuncios y las cuales deben ser evaluadas a la luz del principio de veracidad son:

1. “sigue tomando tres vasos de leche Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande” y
2. “dales leche Gloria dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes Glo, Glo, Glo Gloria”.

Una vez reconocidas las partes principales de dichos anuncios cabe preguntarse, ¿cómo se debe analizarse la publicidad?. Sobre esto, la normativa, la doctrina y reciente jurisprudencia del Indecopi indican que la publicidad debía analizarse de la siguiente manera:

58. En síntesis, se deben distinguir dos momentos en el análisis de los casos de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño:

(i) Delimitación del mensaje: Considerado la evaluación integral y superficial prescrita en la ley, el elemento relevante radica en determinar cómo es que los destinatarios perciben la publicidad a la cual están expuestos, pues justamente ello delimitará el mensaje transmitido sobre el cual se centrará el análisis de veracidad. En tal sentido, no se admiten interpretaciones complejas, forzadas o alambicadas, pues esto iría en contra de una lectura natural y espontánea de la pieza publicitaria, realizada de acuerdo con el significado común y usual de las afirmaciones y elementos presentados.

(ii) Verificación de veracidad del mensaje: En dicha etapa, el anunciante deberá acreditar que el mensaje antes indicado es veraz, pues dada la asimetría informativa existente, es aquel quien conoce las características del producto o servicio publicitado y en ejercicio de su libertad empresarial, decidió difundir los anuncios evaluados. La autoridad, en caso sea necesario, deberá recurrir a los parámetros normativos y técnicos aplicables para cotejar la veracidad de lo transmitido en el mercado.²⁰

Asimismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia indican que también se deberá interpretar la publicidad en base a el criterio de un consumidor razonable, sobre esto Sosa y Rodríguez²¹ indica que:

“El análisis, entonces, no debe tomar como punto de referencia ni el conocimiento particular o juicio personal de la autoridad que juzga, ni la lectura que el propio

²⁰ INDECOPI. 2011. RESOLUCIÓN 0273-2018/SDC-INDECOPI

²¹ Alex Sosa Huapaya, Gustavo Rodríguez García. Con licencia para anunciar. Un tratado del derecho publicitario en el Perú

*anunciante propone respecto de su anuncio. Es, en ese sentido, irrelevante lo que el anunciante, a su entender, quiso decir, pues lo que realmente importa es lo que **el consumidor razonable** entiende de una apreciación integral y superficial del anuncio.” (el resaltado es nuestro)*

De esta manera, luego de haber identificado la parte principal de ambos anuncios²² y haber indicado cómo se interpreta la publicidad, podemos indicar que efectivamente no se aparece ningún *disclaimer* donde se especifique el reclamo del Sr. Linares, es decir, supuestamente se había omitido la información que la leche por sí sola no genera el crecimiento, sin embargo, como lo hemos mencionado líneas arriba, el mensaje publicitario tiene que ser interpretado bajo el criterio del consumidor razonable, entonces cabría preguntarse, ¿un consumidor razonable podría pensar que la leche por si sola va a generar el crecimiento de las personas?, ¿el mensaje publicitario va a inducir a error a un consumidor razonable por no indicar que el crecimiento de las personas tiene que ir acompañado de otros factores que no son mencionados en la publicidad?.

La respuesta a las preguntas anteriores es no, puesto que un consumidor razonable que este preocupado por el crecimiento tiene acceso hoy en día al internet donde podrá saber rápidamente qué factores intervienen en el crecimiento humano, un consumidor razonable no se vería inducido a error al comprar leche por una información no esencial del anuncio que no aparece en la publicidad y, además, un consumidor razonable conoce que la leche – por ser un bien de experiencia- no produce el crecimiento por si sola, sino que muy seguramente sabrá que por más que se tome leche todos los días y se sabe que su genética es de ser de estatura baja nunca va a crecer mucho más que su estatura promedio, pensar lo contrario (que solo la ingesta de leche va a producir crecimiento) lo convertiría en un consumidor no razonable.

En la misma línea, el artículo 8 del DL 1044 establece que un elemento muy importante de este es “la inducción a error al consumidor” por lo que dicha publicidad deberá incentivar al menos potencialmente al consumidor de cometer un error al momento de elegir productos de Gloria, nuevamente como se ha

²² Si bien es cierto el Tribunal Constitucional utilizó para emitir su sentencia los anuncios citados, el lector podrá visualizar la mayor parte de los comerciales de la campaña publicitaria de Gloria en: <https://www.youtube.com/watch?v=OY3iZ7e2O58&t=31s>

comentado líneas arriba, será muy complicado que la omisión de la información materia de la denuncia, produzca que el consumidor cometa un error al momento de elegir el producto, ya que el consumidor promedio, no especializado conoce que la leche puede ayudar con el crecimiento pero también conocerá que intervienen **otros factores**.

En conclusión, los anuncios publicitarios no generan inducción a error al consumidor y, por tanto, no se encuentra en el supuesto de actos de engaño del artículo 8 del DL 1044.

II. Respecto a los temas procesales y constitucionales de la Sentencia del Tribunal Constitucional

2.1. Vía correspondiente

El Tribunal Constitucional, con fecha 20 de agosto de 2010, emitió resolución que ordenó al Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte admitir a trámite la demanda interpuesta. Respecto al agotamiento de la vía previa el Tribunal indicó que:

“No es cierto que el demandante tenga que agotar vía administrativa alguna cuando la entidad administrativa competente (en este caso, la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Área de Prevención) se ha negado a recibir la denuncia del recurrente hasta en dos oportunidades.”

Es así que, Dromi²³ respecto al agotamiento de las vías previas señala:

“La razón jurídico política que justifica la exigencia de un acto administrativo previo que cause estado o, por lo menos, una reclamación previa, está dada por la conveniencia de filtrar las contiendas que lleguen a pleito, sea provocando una especie de conciliación administrativa, sea dando la oportunidad al Estado de reconsiderar el asunto.”

²³ DROMI, José Roberto. “Manual de derecho administrativo”. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfonso y Ricardo Depalma. 1987. p. 372.

Es un remedio administrativo previo a la demanda judicial. A veces se le consideró como una “cuestión previa”, como un “recurso de revocación”, una especie de litispendencia, y también como equivalente a las tramitaciones extrajudiciales que son comunes antes de someter una controversia a los tribunales”

Para poder dilucidar si el demandante debió acudir a las vías previas correspondientes antes de plantear un proceso de amparo, es necesario dilucidar primero si es que se encontraba en alguna excepción de agotamiento de éstas vías, para esto el artículo 46º del Código Procesal Constitucional afirma:

“Artículo 46.- Excepciones al agotamiento de las vías previas

No será exigible el agotamiento de las vías previas si:

- 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida;*
- 2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable;*
- 3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o*
- 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.”*

De otro lado, el artículo 45 del mismo cuerpo normativo indica:

“Artículo 45.- Agotamiento de las vías previas

El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.”

Vamos ahora a descartar una a una las causales de excepción de artículo 46 antes citado para poder esclarecer que no existía ninguna causal de excepción:

Respecto a la excepción 1) no hubo una resolución ejecutada antes de vencerse el plazo, puesto que no hubo anteriormente a las cartas enviadas por el

demandante a Indecopi, ningún proceso o procedimiento con las mismas partes y pretensiones a las del presente caso, este supuesto no es aplicable a nuestro caso

Respecto a la excepción 2) en el presente caso, no existe riesgo de que el daño que el demandante pretende evitar pueda convertirse en irreparable, el derecho a la igualdad de las personas no es de la misma naturaleza de los derechos que al violarse puedan convertirse en irreparables,

Respecto a la excepción 3) la vía previa sí se encuentra regulada tanto en el Código Procesal Constitucional, así como, en la Ley de Procedimiento Administrativo General;

Respecto a la excepción 4) tal como lo mencionado en el punto 1, no se existió resolución en el presente caso, puesto que el demandante no inició ningún proceso o procedimiento antes de realizar la demanda de proceso de amparo.

De esta manera, concluimos que al no existir causal de excepción de acudir a las vías previas en el presente caso, acudir a éstas sí era obligatorio.

De otro lado, respecto a la postura del Juzgado en la que indica que las cartas cursadas al Indecopi anteriores al inicio del Proceso de Amparo, compartimos la opinión de Indecopi cuando indica: *“Los procedimientos de oficios son de absoluta potestad de la Comisión, es solo dicho órgano colegiado el que decidirá si inicia o no un procedimiento administrativo”*, esto debido a que tanto el demandante como en la primera sentencia del Tribunal Constitucional indican que el Indecopi se negó a recibir la demanda en dos oportunidades, lo cual no es exacto, ya que, como mencionábamos en los antecedentes del caso, el Sr. Linares envía una comunicación al Indecopi solicitando que se inicie un procedimiento de oficio contra Gloria S.A.; sin embargo, esto no se puede interpretar como una demanda propiamente dicha contra Gloria S.A., por tanto, yerra el Tribunal al indicar que se ha rechazado en dos oportunidades la demanda del Sr. Linares.

El Tribunal también se basa en el artículo 45 previamente citado para indicar que no era necesario agotar la vía previa para iniciar un Proceso de Amparo, debido a que el Tribunal indicó que se encontraba en un supuesto de “duda” de si debía

el demandante agotar o no las vías previas, por lo que en obediencia al artículo 45 del Código Procesal Constitucional, el Tribunal optó por ordenar admitir la demanda de Proceso de Amparo.

Por lo que, que el Tribunal haya ordenado a admitir la demanda por el hecho de que existía una “duda” es un hecho que resulta muy cuestionable, más aun cuando existen vías especialmente creadas para resolver estas controversias, como lo es la vía administrativa ante el Indecopi. El Tribunal se ampara en indicar que existe una “duda” por el hecho que Indecopi denegó la solicitud del demandante al iniciar un procedimiento sancionador contra Gloria S.A., pero como lo indicamos líneas arriba, esta es una facultad del Administrador (la de iniciar o no un procedimiento administrativo) por lo que debió hacer el demandante es presentar su demanda por discriminación ante la autoridad administrativa, cosa que nunca llegó a hacer. Por tanto, en mi opinión, resulta claro que no se agotaron las vías previas correspondiente, y que no se debió admitir la demanda presentada por el Sr. Linares, de acuerdo a los artículos anteriormente citados.

2.2. Medios probatorios

Tanto el Gloria S.A. como el Indecopi han reiterado el argumento que el Sr. Linares no ha cumplido con acreditar cuál ha sido la publicidad o publicidades que éste considera que son discriminatorias, de esta manera al no cumplir el demandante con adjuntar los medios probatorios correspondientes se estaría incumpliendo con lo dispuesto por el artículo 196 del Código Procesal Civil, el cual estipula que: *“Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hecho.”* Asimismo, el artículo 200 del mismo cuerpo normativo indica que: *“Improbanza de la pretensión.- Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.”*

La jurisprudencia también ha desarrollado éste tópico y ha indicado lo siguiente:

*“(…) Supone (el principio de aportación de parte) que es misión de las partes litigantes la aportación de los hechos necesarios para fundar sus peticiones, habida cuenta que, los que no sean aportados por ellas **no serán tomados en cuenta al momento de pronunciar el***

fallo; consecuentemente, corresponden a las partes la proposición de medios de prueba concreto que servirán para probar los hechos por ellas aportados²⁴

Es así que, el Sr. Linares tenía la carga de probar cuáles eran las publicidades que afectaban el derecho a la igualdad y no discriminación; sin embargo, esto nunca sucedió, las pretensiones realizadas en su demanda fueron vagas e imprecisas, no adjunto ningún video de las mencionadas publicidades de la empresa Gloria S.A. en los que se puedan verificar en supuesto actuar ilícito de la empresa, tampoco hizo una descripción de los comerciales, ni indicó los canales, fechas u horarios de su transmisión, por lo que los alegatos del demandante desearon mucho que desear en este aspecto.

Sin embargo, ¿qué indico y cómo resolvió el Tribunal Constitucional respecto a la falta de medios probatorios por parte del demandante? El Tribunal respecto a éste tema, manifestó que dicho comportamiento procesal no era conforme a lo precisado en la Sentencia 4762-2007-PA/TC, en la que el mismo subrayó que:

“(...) son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes, recae y se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión”

Hasta este punto el Tribunal coincidía con la Resolución N° 8 la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, ya que ambas indicaban que era el demandante el que tenía que aportar los medios probatorios necesarios para sustentar su posición; sin embargo, el Tribunal va más allá y toma en consideración la publicidad presentada por el Indecopi durante el proceso mediante Resolución N° 073-2008/TDC- Indecopi, referida a la campaña de “tres casos de leche Gloria al día”.

El Tribunal justificó dicho actuar indicando lo siguiente:

²⁴ Casación N° 2516-99/Cono Norte-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, pag. 4987

“(...) En virtud de los principios pro actione y de elasticidad, el Tribunal considera que la imprecisión del petitorio de la demanda se encuentra subsanada por la solicitud de aclaración citada, por lo que cabe emitir un pronunciamiento de fondo, no obstante ello, corresponde precisar que el objeto del proceso debe ser precisado, definido y delimitado en la demanda.”

Como se puede apreciar el Tribunal utilizó ambos principios tanto para subsanar la falta de delimitación del petitorio y la falta de presentación de los medios probatorios por parte del demandante, esto debido a que el Indecopi de manera posterior presentó cuáles eran los comerciales a los que el demandante se habría referido.

Pero, ¿fue correcto este actuar por parte del Tribunal? o en todo caso, ¿es posible subsanar dicha omisión de presentación de pruebas del demandante aplicando dicho principios?

En palabras de Víctor García Toma²⁵, *“(...) El principio de dirección judicial del proceso y la carga de deberes funcionales que este conlleva crea la necesidad de señalar otros principios que actúan como líneas vectoriales para la determinación de sus alcances y contenidos. Dichos principios vectoriales son los siguientes: **El principio de impulso de oficio, de elasticidad y pro actione.**”*(el resaltado en nuestro)

Asimismo, respecto al principio de elasticidad indica:

“(...) plantea el deber del operador jurisdiccional de a condicionar y adoptar las formalidades previstas en el proceso a la consecución de los fines del mismo. En efecto, si bien las formalidades procesales son imperativas y vinculativas in genere, cabe que en una determinada circunstancia el operador jurisdiccional se vea en la necesidad de flexibilizar su aplicación, en aras de solucionar el conflicto de intereses, la eliminación de la incertidumbre jurídica y la consecución de la paz social en justicia, dentro del marco de defensa de la

²⁵ Víctor García Toma. Consideraciones sobre los principios y los fines de algunos procesos constitucionales. Foro Jurídico. N° 9 p. 180.

Constitución y la protección de los derechos fundamentales de la persona.”

El mismo autor respecto al principio *pro actione* plantea:

“(...) plantea que el deber del operador jurisdiccional de aplicar la exigibilidad de los requisitos para el acceso a la justicia, se efectúe de manera restrictiva, a efecto que la persona demandante puede conseguir la exposición judicial de la supuesta amenaza o infracción de sus derechos fundamentales o la propia defensa de la Constitución ante el órgano jurisdiccional. En esa misma medida, las demás reglas procesales deben ser aplicadas con amplitud, en aras que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre el fondo la materia litigiosa. (...) En ese contexto, el operador jurisdiccional debe optar por la admisión de la demanda o la continuación del proceso en caso de duda.”

Es así que podemos concluir que si bien el demandante no presentó los medios probatorios correspondientes, el Tribunal Constitucional utilizando los principios procesales constitucionales antes citados, pudo pronunciarse sobre el fondo de la demanda.

Dicho lo anterior, creemos que el *a quo* pudo haber obrado de manera similar al Tribunal Constitucional aplicando el art. IX del Código Procesal Civil el cual indica que: *“(...) las formalidades previstas en este código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso.(...)”* recordemos que el *a quo* en la Resolución N° 8 la Corte Superior de Justicia de Lima Norte que reformuló la Sentencia de fecha 24 de octubre del año 2011, declaró Infundada la petición del demandante afirmando:

“(...) No se puede tener la certeza de lo alegado por el demandante, en la medida que solo la “prueba” podía ubicar al juzgador en la convicción de su decisión, en la que necesariamente debía identificar la acción o conducta violatoria de derechos fundamentales a efecto de que partiendo de allí, determine la subsanación y sanción al infractor.”

*“(...) Se debe concluir que debe desestimarse la demanda **por no haberse acreditado con medios de prueba adecuados los hechos imputados a los codemandados.**”*

De esta manera, creemos que el juez del Poder Judicial fue muy estricto al aplicar el artículo 200 del Código Procesal Civil, éste pudo haber sido un poco más flexible – tal como lo hizo el Tribunal Constitucional- y pudo haber considerado la publicidad presentada por Indecopi como los comerciales los cuales el demandante consideraba de ilegales, aunque el resultado final no cambiaba, el *a quo* pudo haber realizado un análisis más a profundidad del caso, si éste era más flexible en cuanto a la presentación de medios probatorios.

2.3. Legitimidad procesal

Es preciso mencionar y desarrollar el tema de la legitimidad procesal activa del presente expediente, debido a que en su momento el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil del Cono Norte de Lima decidió declarar improcedente la demanda del Sr. Linares argumentando que éste no había sufrido directamente un perjuicio con la propagación de la publicidad de la empresa Gloria S.A.

Dicho lo anterior, cabría preguntarse ¿el Sr. Linares tenía legitimidad para obrar activa para demandar en representación de las personas afectadas por la publicidad de Gloria S.A? para dar respuesta a dicha cuestión citaremos el artículo 40 del Código Procesal Constitucional.

*“(...) Asimismo, puede interponer demanda de amparo **cualquier persona** cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. (...)”* el subrayado es nuestro.

Como se podrá apreciar el código indica que cualquier persona puede interponer demanda de amparo cuando se trate de: 1. Amenaza o violación del derecho al medio ambiente o 2. Otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional. Hasta este punto tendríamos que preguntarnos ¿el derecho a la

igualdad y a la no discriminación son derechos que pueden ser defendidos en el marco de protección de los derechos difusos?

Para continuar es importante recordar lo que entendemos por derechos difusos:

*“(...) Entonces, es claro que el interés difuso es aquél que le pertenece a una **cantidad indeterminada de personas**. Esta indeterminación se explica en la inexistencia de un vínculo o relación jurídica entre los miembros de la colectividad afectada, pero al mismo tiempo la presencia de un vínculo entre ellos que se sustenta en el hecho que amenaza o vulnera el interés difuso de dicha colectividad. (...)”²⁶*

De esta manera, podemos afirmar que todas las personas las cuales los anuncios de Gloria S.A. discriminó pertenecen a un colectivo de cantidad indeterminada de personas, ya que no se podría saber a ciencia cierta (al menos no en publicidad por televisión) a quiénes o a cuantas personas se esta discriminando en los anuncios de Gloria pero es cierto de que se está emitiendo una publicidad que podría estar vulnerando derechos fundamentales. Además, Campos Ramírez en la cita anterior indica que este conjunto indeterminado de personas carece de un vínculo o relación jurídica entre ellos salvo que este colectivo indeterminado se les estaría vulnerando su derecho constitucional con la publicidad de la empresa Gloria, por lo que podemos concluir que estamos ante un colectivo que puede contar con representación en base a la vulneración de los derechos difusos, ya que es un colectivo indeterminado y se está afectado los derechos constitucionalmente protegidos de igualdad y no discriminación y que cualquier persona puede representarlo en la vía constitucional en base al artículo 40 del Código Procesal Constitucional.

Conclusiones

- La campaña publicitaria emitida por la empresa Gloria resulta discriminatoria de manera indirecta contra las personas de fenotipo diferente al blanco y la empresa debió ser sancionada de acuerdo al artículo 18 del D.L. 1044.

²⁶ Raúl Campos Ramírez, Manuel Cruz Castillo y Jesús Francisco Cornejo Arismendi. ¡Para qué te traje!: En busca de una regulación más protectora de los intereses difusos. *Ius et veritas*. N° 49 p. 366.

- La campaña publicitaria emitida por la empresa Gloria no resulta discriminatoria de manera indirecta contra las personas de baja estatura debido a que las piezas publicitarias no muestran alguna escena en la que se pueda afirmar lo contrario.
- La campaña publicitaria emitida por la empresa Gloria no resulta ser engañosa ni puede inducir a error a los consumidores por no contar con un *disclaimer* que indique que la leche por sí sola no produce el crecimiento de las personas.
- La vía idónea por la que debió accionar el Sr. Linares debió ser la vía previa administrativa y no la vía judicial a través del proceso de amparo.
- A pesar de la conclusión anterior, el Sr. Linares, ya sí gozaba de legitimidad procesal activa para realizar la denuncia de amparo.

Bibliografía

- ARDITO, Wilfredo. Discriminación y programas de televisión. Consultoría sobre estereotipos y discriminación en la televisión peruana. Lima: ConcorTv, 2004. Enlace: <http://www.concortv.gob.pe/file/2014/investigaciones/07-consultoria-discriminacion-programas-tv-wilfredo-ardito.pdf> Fecha de consulta: 02 de febrero de 2018.
- BARDALES, Enrique. “Discriminación por sexo y aplicación del derecho en la publicidad comercial”. Discriminación sexual y aplicación de la ley, volumen III – Derecho mercantil, publicidad comercial. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, pp. 117-168.
- BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada, 2011, número 45, pp. 15-42.
- BARTLETT, Katharine. “Métodos legales feministas”. Harvard Law Review, 2010, vol. 103, no. 4, p. 13. Traducción de Diego Aranda. BERNÁRDEZ, Asunción. Mujeres en medio (s). Propuestas para analizar

la comunicación masiva con perspectiva de género. Madrid: Editorial Fundamentos, 2015.

- FERNÁNDEZ, Marisol. “Análisis de la intervención del INDECOPI en el caso de publicidad sexista de DIRECTV: ¿soplan nuevos vientos?”. Justicia de Género: INDECOPI y publicidad sexista. Lima: Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer - DEMUS, 2008.
- FISS, Owen. ¿Qué es el feminismo? Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992.
- GARRIDO-LORA, Manuel. “Estereotipos de género en publicidad. La creatividad en la encrucijada sociológica”. Revista Creatividad y Sociedad. Madrid: 2007, nr. 11, pp. 53-71.
- LLOYDS BANKING GROUP. Reflecting modern Britain? A study into inclusión and diversity in advertising. Londres: Lloyds Banking Group, 2016.
- MOTTA, Angélica. “La ‘charapa ardiente’ y la hipersexualización de las mujeres amazónicas en el Perú: perspectivas de mujeres locales”. Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana. Río de Janeiro, n. 9, pp. 29-60.
- MURILLO, Javier. “Las voces opacadas, los gritos no escuchados: la errónea concepción sobre la represión de la publicidad sexista en la normativa peruana”. Actualidad jurídica. Lima: n. 230, 2013a, pp. 349-368.
- MURILLO, Javier. “Ponderación contra Fundamentalismo: una voz razonable: Los polémicos casos de la publicidad de comida chatarra, las cuotas de artistas nacionales en la radio y la publicidad sexista”. Actualidad jurídica. Lima: n. 231, 2013b, pp. 282-300.
- VALEGA, Cristina. ¿Qué ideas nos da el género para repensar el derecho? Lima: Portal web Ius 360, 2016. Enlace: <http://ius360.com/jornadas/como-nos-invita-el-genero-repensar-el-derecho/> Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2017.
- Valega, Cristina. ¿Des-Estereotipando el derecho?: Análisis de la interpretación de la regulación de la publicidad comercial realizada por el Indecopi en casos de publicidad cuestionada por contener estereotipos de género considerados discriminatorios contra las mujeres. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 47.

- Regulating T Regulating Target Mark get Marketing and Other Race-Based Adv eting and Other Race-Based Advertising Practices. Ross D. Petty, Anne-Marie G. Harris, Toni Broaddus y William M. Boyd III. Michigan Journal of race and Law. Vol. 8, 2003, p. 59.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N° 0261-2003-AA/TC. Lima: 26 de marzo de 2003.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N° 3283-2003-AA/TC. Lima: 15 de junio de 2004a.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N° 3533-2003-AA/TC. Lima: 12 de octubre de 2004b.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N° 2798-2004-HC/TC. Lima: 9 de diciembre de 2004c.



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de octubre de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Manuel Linares Bustamante contra la sentencia de la Sala Civil de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 315, su fecha 22 de febrero de 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de abril de 2007, el recurrente interpone demanda de amparo contra Gloria S.A. y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, por considerar que la propalación de la publicidad en torno al producto *Leche Gloria* resulta discriminatoria y engañosa. Alega que la publicidad del producto mencionado denota una típica actitud de menosprecio o rechazo hacia las personas de estatura baja, a la par que difunde como verdadera la versión de que el solo consumo de la citada leche contribuye al crecimiento de los niños, cuando dicho dato resulta científicamente inexacto; y que le solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal que corrija dicha situación, la que rechazó su petición sin otra argumentación que la de considerar que los hechos denunciados no constituyen supuestos de infracción a las normas que regulan la actividad publicitaria.

En primera y segunda instancia se rechazó liminarmente la demanda. Con fecha 20 de agosto de 2010, en el Exp. N.º 00401-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional revocó las resoluciones mencionadas y ordenó que la demanda sea admitida a trámite.

La Sociedad emplazada contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente por una indebida acumulación de pretensiones y propone las excepciones de prescripción y de falta de legitimidad para obrar del demandante. Asimismo, aduce que en la demanda no se precisa cuál es su objeto ni la publicidad que supuestamente afecta los derechos del demandante, pues no se señala qué publicidad resulta discriminatoria, dónde se encuentra publicitada o en qué fechas; que los hechos y el petitorio no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad, y que no existen medios probatorios suficientes que acrediten que su publicidad sea discriminatoria.

INDECOPÍ contesta la demanda señalando que el demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa; que el proceso contencioso administrativo es la vía procesal idónea para discutir la presunta inercia u omisión de la Administración Pública; que la decisión de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de no iniciar el procedimiento de oficio forma parte de su

facultad discrecional; y que tanto la Comisión de Represión de la Competencia Desleal como la Sala de Defensa de la Competencia de su Tribunal se han pronunciado sobre los anuncios publicitarios difundidos por Gloria, concluyéndose en la Resolución N.º 0703-2008/TDC-INDECOPI que los anuncios difundidos sobre las ventajas del producto *Leche Gloria* no inducen a error a los consumidores.

El Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Independencia, con fecha 23 de mayo de 2011, declaró infundadas las excepciones propuestas; y con fecha 24 de octubre de 2011, declaró fundada, en parte, la demanda y ordenó a Gloria S.A. que en su publicidad comprenda a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, por considerar que ésta conlleva una discriminación indirecta, pues el producto *Leche Gloria* al ser de consumo masivo origina un trato diferenciado al convocar solo a personas de características caucásicas y no de otras razas; e improcedente respecto al extremo de publicidad engañosa.

La Sociedad emplazada e INDECOPI, en forma individual, apelaron la sentencia en el extremo que fue declarado fundado, mientras que el demandante solicitó su aclaración.

La Sala revisora revocando el extremo apelado, lo declaró infundado, por estimar que en autos no existen suficientes medios probatorios que generen certidumbre y certeza sobre la fundabilidad de la pretensión demandada.

FUNDAMENTOS

Cuestión previa: delimitación del petitorio

1. Antes de analizar las cuestiones planteadas en el considerando 5 de la RTC 00401-2008-PA/TC, es preciso delimitar el objeto del presente proceso. En la demanda se invoca únicamente “discriminación social, racial y publicidad engañosa” y “actitud impasible ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva”. En buena cuenta, en la demanda no se indica con precisión cuál es su petitorio (qué se quiere o busca), pues en ésta el demandante termina concluyendo que su finalidad es “desterrar del Perú los criterios y actitudes discriminatorios manifestados en las publicidades emitidas por los diversos medios de comunicación”. Estos alegatos demuestran que la pretensión de la demanda fue planteada en forma abstracta y genérica.

A ello se debe agregar que el demandante en su solicitud de aclaración de la sentencia de primera instancia, obrante a fojas 241, recién precisa que “el petitorio de [su] demanda comprende básicamente tres aspectos: el cese de la publicidad con contenido discriminatorio hacia las personas de estatura baja (niños, adolescentes); el cese de la convocatoria para la publicidad de los productos de [Gloria S.A.], a personas de características étnicas caucásicas (tez blanca, cabello rubio, ojos claros) que refleja un profundo contenido discriminatorio, que menoscaba la consolidación de nuestra identidad sociocultural, conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos; y el cese del contenido engañoso de la publicidad de [Gloria S.A.],

toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños” (subrayado agregado).

En virtud de los principios *pro actione* y de elasticidad, el Tribunal considera que la imprecisión del petitorio de la demanda se encuentra subsanada por la solicitud de aclaración citada, por lo que cabe emitir un pronunciamiento de fondo. No obstante ello, corresponde precisar que el objeto del proceso debe ser precisado, definido y delimitado en la demanda.

2. Planteada así la cuestión, es manifiesto que no corresponde analizar la pretensión de cese de publicidad engañosa por parte de la Sociedad emplazada, pues dicho extremo fue desestimado en primera instancia y consentido por el demandante. Asimismo, es evidente que la pretensión de que se ordene a la Sociedad emplazada que en su publicidad deje de convocar a personas de características étnicas caucásicas es contraria a la naturaleza del proceso de amparo, pues no tiene por finalidad restituir el ejercicio de un derecho fundamental y porque, en caso de estimarse, restringiría irrazonablemente el ejercicio del derecho a la libertad de contratar.

Por dicha razón, corresponde analizar únicamente la pretensión de cese de la publicidad discriminatoria.

Sobre la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por publicidad

3. En la demanda se aduce “que en la publicidad emitida por Leche Gloria existe un alto sentido de menosprecio o de valoración negativa hacia aquellas personas, sean niños, adolescentes o jóvenes de estatura baja”. Se agrega que la publicidad de la Sociedad emplazada “lejos de contribuir a que los criterios discriminatorios por estatura y raza sean superados (...) alimenta la discriminación y el menosprecio a las personas de estas características”, pues en su publicidad se convoca “casi exclusivamente a personas de tez blanca, cabello rubio y ojos claros”.
4. Si bien en la demanda se cuestiona el contenido de la publicidad de la Sociedad emplazada, en ella se omite precisar qué anuncio, anuncios o campaña publicitaria es la que se cuestiona y califica como discriminatoria. Esta falta de precisión no puede ser subsanada con los alegatos del demandante, por no ser uniformes.

En efecto, en el listado de medios probatorios ofrecidos con la demanda, se aporta “9. El mérito del sentido de los anuncios de la empresa denunciada propalados en el último año, los cuales deberán ser solicitados a Televisión Nacional del Perú, Canal 7” (subrayado agregado). De este medio probatorio ofrecido, se podría inferir que la publicidad objeto de cuestionamiento es aquella difundida entre abril de 2006 y abril de 2007 (fecha de presentación de la demanda); sin embargo, en el escrito de fecha 14 de marzo de 2011, obrante de fojas 174 a 175, el demandante requiere al juzgado de primera instancia que:

oficie a la empresa ABOPE TIME PERU S.A., dedicada a la investigación de medio, para que proporcione la publicidad televisiva emitida por la empresa demandada, entre los años 2006, 2007 y 2008, para determinar el carácter discriminatorio de la publicidad de GLORIA S.A. (subrayado y énfasis agregados).

Los dos alegatos transcritos evidencian que no existe unidad argumentativa respecto al período de difusión de la publicidad discriminatoria. En todo caso, por los argumentos del demandante podría entenderse que se inició en el 2006 y terminó en el 2008.

5. A ello hay que agregar que el demandante no ha aportado ningún medio probatorio pertinente y suficiente que respalde y corrobore su alegato de publicidad discriminatoria. Este comportamiento procesal no es conforme a lo precisado en la STC 4762-2007-PA/TC, en la que el Tribunal subrayó que “son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes, recae y se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice” (subrayado agregado).

No obstante ello, corresponde destacar que INDECOPI en su contestación aportó la publicidad que el demandante considera discriminatoria. En efecto, en la Resolución N.º 0703-2008/TDC-INDECOPI, de fecha 9 de abril de 2008, obrante de fojas 137 a 146, se da cuenta de los anuncios publicitarios de la campaña “Tres vasos de leche al día” que promocionan el consumo del producto *Leche Gloria*, que dicen:

El primer anuncio (...) inicia con la imagen de un niño y su madre en una bodega. El niño mira a otro que es más alto que él. Este último sale de la bodega y camina por la calle, deteniéndose a mirar a otro niño de gorro amarillo que es más alto que él. Seguidamente, el anuncio muestra el niño de gorro amarillo mirando a un adolescente que es más alto que él. Todos estos niños son mostrados posteriormente en el anuncio tomando leche. Simultáneamente a la emisión de las imágenes, una locución en *off* señala: “*Todos soñamos con llegar alto. Todos queremos ver el mundo desde arriba. Todos queremos ser más grandes. Sigue tomando tres vasos de leche Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande*”.

El segundo anuncio muestra imágenes intercaladas de varios niños jugando en la playa y tomando leche *Gloria* y latas de leche *Gloria*. Durante la emisión de este anuncio, una locución en *off* musicalizada señala: “*Llegó el verano, sol todo el día, hace calor refrescarme quería y como quiero crecer todavía, este verano tomo leche fría. Tres, tres, tres vasos de leche fría, tres, tres, tres vasos de Gloria al día*”. Seguidamente una voz en *off* señala: “*Este verano tus hijos siguen creciendo. Dale leche Gloria con agua fría*”.

y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes. Glo, glo, glo, Gloria”.

6. Habiendo precisado el alcance de la publicidad a evaluar, es conveniente recordar que en el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, la Corte IDH ha precisado que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación”.

En el presente caso, el Tribunal considera que la publicidad transcrita no evidencia distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en la raza o la estatura, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas; razón por la cual debe desestimarse la demanda. Además, el demandante no ha aportado un término de comparación para realizar el juicio de igualdad, ya que sus alegatos son subjetivos.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda, porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos invocados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**