

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL
DENUNCIANTE : DEMUS ESTUDIO PARA LA DEFENSA DE LOS
DERECHOS DE LA MUJER
DENUNCIADA : COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ S.A.C.
MATERIA : PUBLICIDAD COMERCIAL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD
PUBLICIDAD DISCRIMINATORIA
ACTIVIDAD : COMERCIALIZACIÓN DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

SUMILLA: *se confirma la Resolución 198-2008/CCD-INDECOPI del 10 de diciembre de 2008 que declaró infundada la denuncia presentada por Demus Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer contra Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. por una presunta infracción del principio de legalidad contenido en el artículo 3 del Decreto Legislativo 691 –Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor–, puesto que el anuncio cuestionado no estimula a los consumidores a cometer una conducta discriminatoria contra los homosexuales.*

Lima, 10 de marzo de 2009

ANTECEDENTES

1. El 30 de junio de 2008, Demus Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (en adelante, Demus) denunció a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. (en adelante, Ambev) por presuntas infracciones del Principio de Legalidad contenido en el artículo 3 del Decreto Legislativo 691 –Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor. En su denuncia señaló que Ambev había difundido un (1) anuncio televisivo en el que publicitaba su cerveza “Brahma”, el cual contiene:
 - (i) un mensaje homofóbico que discriminaría y desvalorizaría a uno de los personajes masculinos del spot por su orientación sexual, al presentarlo con rasgos que se caracterizarían en el imaginario como femeninos, llamándolo incluso “brócoli” (término con el que en el Perú se suele denominar despectivamente a los varones homosexuales), entre otras frases de tono burlesco¹; y,
 - (ii) un mensaje sexista, puesto que muestra a dos personajes femeninos que representan a la cebada y que se encuentran vestidas con bikini,

¹ De acuerdo con Demus, en el anuncio se refieren al personaje de forma despectiva en cuanto a su orientación sexual, al señalar “Éste pasa pero ni se siente”.

situación que no se relacionaría en nada con el bien que caracterizan y que, por tanto, mostraría a la mujer como un objeto de atracción para el varón, atentando contra su imagen y dignidad.

2. En este orden de ideas, Demus señaló que la publicidad no puede atentar contra la dignidad de las personas, siendo que no se puede preferir la libertad de expresión sobre el referido principio constitucional. Asimismo, sostuvo que no se puede alegar que a partir de la interpretación superficial que hace un consumidor del anuncio no se advierte la afectación de la dignidad vía el fomento del homofobismo y la cosificación de la mujer.
3. En sus descargos, Ambev señaló que el anuncio cuestionado no contenía frases, afirmaciones o imágenes que denotaban alguna valoración negativa respecto de las mujeres o los homosexuales y que, en consecuencia, fomenten, incentiven o estimulen directamente a los consumidores a cometer una ofensa o un comportamiento discriminatorio en contra de dichos grupos. A decir de la denunciada debía apreciarse que el anuncio cuestionado se desarrolla en un contexto evidentemente humorístico y fantasioso, en el que se presenta un ficticio *casting* para escoger al mejor lúpulo para que Ambev elabore la cerveza “Brahma”. En consecuencia, el motivo de descalificación de tres (3) de los cuatro (4) candidatos no tendría vinculación con la opción sexual de éstos², en la medida que son eliminados los personajes que no representan la cualidades que debe reunir el producto publicitado y que caracterizaban un sabor amargo, falta de sabor y un sabor suave³.
4. Asimismo, Ambev sostuvo que no se mostraba un mensaje que discriminara a las mujeres, pues si bien éstas aparecían en bikini no lo hacían de una manera desproporcionada ni excesiva que fomente una percepción obscena o degradante de éstas, sino únicamente reflejaban el recurso publicitario del uso de la belleza femenina.
5. Mediante Resolución 198-2008/CCD-INDECOPI del 10 de diciembre de 2008, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal⁴ (en adelante, la Comisión) declaró infundada la denuncia interpuesta por Demus contra Samitex por infracción del principio de legalidad contenido en el artículo 3 del Decreto Legislativo 691, en los extremos de la presunta difusión de publicidad discriminatoria contra los homosexuales y las mujeres.

² En sus descargos Ambev incluso señaló que: “Si se aceptase los argumentos contenidos en la denuncia, necesariamente tendría que aceptarse que la publicidad en cuestión discrimina también a: (i) los varones rudos y malhumorados; (ii) los varones de aspecto serio y distante; (iii) los varones aburridos o no divertidos, etc”.

³ Este último caso corresponde a la representación que presuntamente desvalorizaría la sexualidad gay.

⁴ Antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1044, Comisión de Represión de la Competencia Desleal.

6. En lo que respecta a la presunta publicidad de corte homofóbico, la Comisión señaló que, tras un análisis superficial e integral del anuncio televisivo cuestionado, los consumidores aprecian una formulación publicitaria de carácter humorístico que recrea un fantasioso concurso entre distintos personajes que representan cualidades del producto lúpulo, sin que la opción sexual de estos determine su eliminación. En este escenario, aún cuando el anunciante recurrió a la utilización de la palabra “brócoli”, ello constituía un uso de mal gusto aislado, en el marco de la promoción de la adquisición de la cerveza “Brahma” a partir de un mensaje que busca destacar la particular calidad del lúpulo que utiliza, sin favorecer o estimular en la realidad conductas ofensivas o discriminatorias contra los homosexuales.
7. El 22 de diciembre de 2008, Demus apeló la Resolución 198-2008/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró infundada la denuncia por una presunta publicidad discriminatoria contra los homosexuales, indicando que:
 - (i) no solo se prohíben los anuncios discriminatorios que tengan un impacto en la realidad, sino que basta que en la pieza publicitaria se muestre un acto lesivo de la dignidad de la persona;
 - (ii) finalmente, toda publicidad, al ser por naturaleza persuasiva, genera en los consumidores la posibilidad de replicar en la realidad la conducta discriminatoria mostrada;
 - (iii) el hecho que el anuncio tenga contenido humorístico no enerva la afectación y el trato despectivo que se advierte respecto de la orientación homosexual.

ANÁLISIS

Marco general de interpretación de las restricciones a la actividad publicitaria

8. El artículo 2 inciso 4 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) reconoce a la libertad de expresión⁵ como un derecho de naturaleza fundamental cuyo contenido esencial viene determinado por la garantía de toda persona para transmitir y difundir libremente sus ideas, opiniones o apreciaciones de naturaleza subjetiva⁶.

⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2, Declaración de derechos.-Toda persona tiene derecho:

(...)

4.- A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral, o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

(...)

⁶ El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 0905-2001-PA/TC (Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra Comunicación y Servicios S.R.Ltda.), ha manifestado en el fundamento jurídico 9 que: “(...) la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir

9. En ordenamientos comparados se ha considerado que la publicidad comercial constituye una manifestación del derecho constitucional a la libertad de expresión⁷. Ello, en vista que la publicidad es una forma de expresión de naturaleza comercial mediante la cual el anunciante plasma en una comunicación pública una serie de aseveraciones y opiniones, con el objetivo de fomentar el consumo del producto o servicio anunciado.
10. El artículo 59 de la Constitución consagra también el derecho fundamental a la libertad de empresa⁸, concepto de carácter general cuyo contenido esencial radica en la autonomía de la voluntad del agente para crear una unidad económica, acceder al sector económico de su elección escogiendo el modelo empresarial y de gestión que desee, y finalizar libremente la actividad económica emprendida⁹.
11. Una de estas manifestaciones esenciales –la de elegir la forma de gestión y organización– implica que el empresario tiene la facultad de determinar sus objetivos empresariales y en función de ellos decidir la manera de combinar los factores de producción así como los mecanismos de competencia que

libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente".

Aún cuando ambos derechos se encuentran íntimamente vinculados y cuentan con un sustrato similar, tienen un tratamiento singularizado, derivado de la propia distinción que denota el artículo de la Constitución. Esta sutil diferenciación –oportunamente advertida por el Tribunal Constitucional–, trasladada al campo de la actividad publicitaria, permitiría distinguir entre anuncios que por su contenido objetivo importan una manifestación de la libertad informativa del anunciante, y anuncios que por expresar juicios subjetivos o meras opiniones calzan dentro de la libertad de expresión del agente económico.

⁷ En el caso *Virginia State Board of Pharmacy contra Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, el Tribunal Supremo Norteamericano afirmó la posibilidad de protección de la publicidad comercial a través de la Primera Enmienda –que recoge el derecho a la libertad de expresión–, en base al interés que los consumidores tienen en la libre circulación de información de carácter comercial. Véase: TATO PLAZA, Anxo. "Publicidad Comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana". *En*: Actas de Derecho Industrial N° 14, 1991-1992, pp. 169-196.

De la misma manera, la opinión de la doctrina argentina es por considerar a la publicidad comercial como una manifestación concreta de la libertad de expresión mediante la cual se comunican ideas o juicios. Véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "La Publicidad y los consumidores en el fin de siglo". *En*: Gaceta Jurídica – Actualidad Jurídica, Tomo 60, 1998, pp. 69A-83A.

⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 59, Libertades de trabajo, empresa, comercio e industria.**.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas su modalidades.

⁹ Según César Landa, "(...) el contenido esencial de la libertad de empresa radica en la autonomía de la voluntad para crear libremente una empresa, poder acceder a cualquier sector económico de la producción o servicio y elegir libremente el modelo empresarial con el cual actuar; asimismo, la libertad de empresa supone la capacidad de auto-organización empresarial y la finalización de la actividad y la liquidación de la empresa, de acuerdo todo ello con los procedimientos establecidos por ley. Véase: LANDA ARROYO, César. *En*: "Reforma de la Constitución Económica: Desde una perspectiva del Estado Social de Derecho". *En*: Revista Institucional de la Academia de la Magistratura. Número 6. Lima, 2002, p. 226.

estime convenientes para maximizar el beneficio económico en el desarrollo de su actividad.

12. Bajo esta facultad constitucional de optar por el mecanismo de competencia que considere más eficiente, el empresario puede recurrir como estrategia de competencia y posicionamiento en el mercado a la utilización de publicidad. En efecto, la herramienta publicitaria constituye un típico mecanismo de competencia que forma parte integrante de la actividad empresarial¹⁰, puesto que constituye uno de los elementos más poderosos con que cuentan los oferentes para desviar la clientela hacia sus productos o servicios y de esa manera aumentar su participación y poder de mercado.
13. Habiendo reconocido la existencia de al menos dos derechos fundamentales que están involucrados en el desarrollo de la actividad publicitaria, corresponde determinar un criterio interpretativo que parta del reconocimiento de estos derechos en juego. En este escenario, tanto la libertad de expresión como la libertad de empresa ameritan un tratamiento destinado a asegurar, en la medida de lo posible, su goce por parte del sujeto titular de dichos derechos. En ese sentido, bajo una interpretación *pro homine* propia del análisis de los derechos constitucionales, la regla es que las libertades fundamentales deben ejercerse ampliamente, por lo que es necesario aplicar restrictivamente las limitaciones que existan sobre dichas libertades¹¹; claro está, sin que ello implique afectar desproporcionadamente otros eventuales derechos constitucionales que se encuentren en colisión.
14. Los agentes económicos utilizan la publicidad en el contexto de mercado en el que se desarrollan, ejercitando a través de las comunicaciones publicitarias los mencionados derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la libertad de empresa. Por ello, las normas que establezcan limitaciones a la actividad publicitaria deben ser aplicadas restrictivamente y, por tanto, ante varias interpretaciones posibles deberá optarse por la menos gravosa, de manera que se limite en la menor medida el ejercicio de estos derechos fundamentales.
15. Dicha fórmula restrictiva es coherente, asimismo, con la naturaleza del procedimiento sancionador. En efecto, si se considera que nos encontramos

¹⁰ La doctrina es pacífica en reconocer que la publicidad tiene tres funciones primordiales, plasmadas en su finalidad persuasiva, informativa y como mecanismo de competencia. Al respecto, véase en BROSETA PONT, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Madrid: Editorial Tecnos, 1994, p. 155.

¹¹ Marcial Rubio señala que: "(...) el principio *pro homine* conduce a interpretar restrictivamente las restricciones a los derechos y a interpretar extensivamente los derechos constitucionales para darles, por tanto, mayor protección. La regla general es que los derechos se aplican cada vez que exista la posibilidad de hacerlo y, aun en el caso de diversas interpretaciones posibles, es necesario elegir la más favorable a ellos ". Véase: RUBIO CORREA, Marcial. "La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2 005, p. 369.

frente a la potestad más aflictiva con que cuenta la administración para limitar derechos o imponer restricciones a las facultades ciudadanas, dicho poder punitivo debe interpretar las normas que establecen prohibiciones o limitaciones de manera que se restrinja en la menor medida el goce de las libertades de los administrados.

16. Ahora bien, es preciso señalar que en ninguna medida la fórmula restrictiva implica un desconocimiento de otros derechos fundamentales que colisionan con la actividad publicitaria. En otras palabras, este colegiado no pretende con este criterio restrictivo conceder un reconocimiento preferente a los derechos a la libertad de expresión y de empresa. Únicamente, lo que se procura es poner de relieve que una interpretación amplia del contenido de las prohibiciones implica, finalmente, un desborde del poder sancionador y una sobre inclusión de supuestos que carecen de relevancia social para derecho administrativo sancionador¹².

Tipificación de la conducta infractora: publicidad discriminatoria

17. El artículo 3 del Decreto Legislativo 691 contempla distintas limitaciones a la actividad publicitaria. Así, dicho dispositivo en su segundo párrafo establece que ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, política o religiosa¹³.
18. El segundo párrafo de la precitada norma tiene por objeto proteger directamente a las personas como sujetos de derecho, pues exige que los anunciantes no favorezcan o estimulen conductas ofensivas o discriminatorias que atenten contra su dignidad. En ese sentido, dicho precepto constituye una herramienta de rango legal incluida por el legislador en el ordenamiento para, en el ámbito publicitario, tutelar el derecho a no ser discriminado reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución y en una serie de instrumentos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento.
19. Bajo las reglas interpretativas expuestas en los puntos considerativos 8 al 16, esta Sala estima que, si bien se deben proscribir aquellos anuncios que efectivamente lleven a discriminar en la realidad puesto que el derecho a no

¹² Al respecto, Alejandro Nieto menciona una importante jurisprudencia preconstitucional española (STS del 23 de mayo de 1972) en la cual se indica que: "Si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de la legalidad de pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas, tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables (entre otros, el de que) debe rechazarse la interpretación extensiva y la analógica de la norma y la posibilidad de sancionar un supuesto diferente al que la misma contempla". Véase: NIETO GARCÍA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Madrid: Editorial Tecnos, 2da. edición ampliada, 2000, pp. 242-243.

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 691, Artículo 3.-** Los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes. Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa. Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades. (subrayado agregado)

ser discriminado constituye también una libertad de índole fundamental, el ejercicio de esta potestad punitiva requiere seguir la interpretación menos lesiva de las libertades de los anunciantes al momento de analizar la conducta. En este contexto, deberá entenderse que la conducta reprimida por el artículo 3 del Decreto Legislativo 691 no radica en la sola exposición de imágenes u otras formas de presentación que contengan o evoquen una conducta discriminatoria, pues ello supondría una fuerte restricción a las libertades de los agentes económicos en el campo publicitario. En este sentido, será ilícito un anuncio publicitario cuando se transmita un mensaje que objetivamente favorezca o estimule en los destinatarios la práctica de una conducta discriminatoria.

20. En reiterados pronunciamientos, varios de ellos iniciados a solicitud de Demus, la Sala ha precisado que “la ley no prohíbe la difusión de cualquier frase o imagen que pudiese ser considerada discriminatoria u ofensiva -de la misma manera que no prohíbe anuncios que presenten conductas antisociales, criminales o ilegales-, sino sólo de aquéllas que tengan como efecto o resultado “favorecer o estimular” determinados tipos de discriminaciones u ofensas: las raciales, sexuales, sociales, políticas o religiosas” (subrayado añadido)¹⁴.
21. Una interpretación contraria que censure la sola difusión de imágenes y frases calificadas por un determinado grupo como discriminatorias limitaría el ejercicio de las libertades fundamentales de expresión y de empresa e implicaría una “actividad regulatoria” por parte de la autoridad administrativa respecto de cual debe ser el contenido de un anuncio.
22. Cabe señalar que la aplicación del artículo 3 del Decreto Legislativo 691 no solo debe optar por un método de interpretación restrictivo al ser una norma que limita derechos, sino que debe preferir esta perspectiva restrictiva dado el importante inconveniente práctico que reposa en el propio relativismo del concepto de dignidad, que es el principio-derecho que subyace al de discriminación. En efecto, la doctrina constitucional¹⁵ y la experiencia

¹⁴ Resolución 283-97/TDC-INDECOPI del 28 de noviembre de 1997; Resolución 0220-1998/TDC-INDECOPI del 19 de agosto de 1998; Resolución 0333-1999/TDC-INDECOPI del 29 de septiembre de 1999; Resolución 0360-1999/TDC-INDECOPI del 20 de octubre de 1999; Resolución 2346-2007/TDC del 26 de noviembre de 2007; y, Resolución 1800-2008/TDC-INDECOPI del 4 de septiembre de 2008.

¹⁵ De acuerdo con Ingo von Münch, “La Constitución ha incorporado a la dignidad de la persona humana como un concepto jurídico abierto; es decir que su contenido concreto debe irse verificando en cada supuesto de tratamiento o denuncia, sobre la base de ciertos patrones sustantivos e instrumentales de interpretación. Esto quiere decir que la dignidad no es un concepto que tenga un contenido absoluto. Lo cual es una virtud para la dogmática, pero a su vez una dificultad para la jurisprudencia; por cuanto, un mismo acto o decisión gubernamental [y de los particulares] puede ser considerado digno para unos ciudadanos e indigno para otros”. Véase: VON MÜNCH, Ingo. “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”. En: REDC, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Año 2, Número 5, mayo-agosto, 1982, p. 18.

comparada¹⁶ han indicado que el concepto de dignidad es una noción que no tiene un contenido objetivo que sea identificable *a priori*, debido a que lo que puede ser digno para algunos es indigno para otros. En ese contexto, la autoridad administrativa debe ser sumamente cautelosa, pues en una supuesta tutela de la dignidad podría sancionar una publicidad desagradable o de mal gusto que no tiene el calificativo de discriminatoria, causando con ello un intervencionismo innecesario en “el mercado de las ideas” publicitario, el cual debe ser arbitrado por los consumidores o por los pares a través de los sistemas de autodisciplina publicitaria¹⁷.

23. En este orden de ideas, los términos “favorecer o estimular” implican que el mensaje transmitido en el anuncio pueda objetivamente generar en la realidad conductas ofensivas o discriminatorias. Es éste el sentido del artículo 3 y el cauce que ha procurado esclarecer la actual legislación sobre la materia.
24. En efecto, es importante señalar que el fraseo utilizado en el vigente Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁸– establece

¹⁶ La Federal Trade Commission, en respuesta a un pedido de enmienda de las Normas que regulan la Asociación de Abogados de Florida, señaló que: “Determinar si una publicidad es ‘digna’ es una cuestión referida a los parámetros de cada observador. Es virtualmente imposible escribir una definición de ‘digna’ que pueda aplicarse a todas las publicidades de abogados. Como la ABA [Asociación de Abogados de Norteamérica] establece en su comentario a la Norma Modelo 7.2, ‘materias de efectividad y gusto en publicidad son cuestiones de especulación y juicio subjetivo’. El año pasado, la Comisión de Publicidad de la ABA consideró una propuesta para emitir lineamientos sobre la dignidad en la publicidad de abogados. La Comisión rechazó la propuesta debido a la dificultad de definir dignidad.
(...)”

Por tanto, recomendamos que la Corte elimine el segmento del comentario referido a la dignidad y el uso de frases comerciales, trucos, técnicas estridentes, señales, bandas sonoras y medios de comunicación extravagantes”.

Traducción libre del siguiente texto: “Whether an advertisement is ‘dignified’ is a matter of the viewer’s individual standards. It is virtually impossible to write a definition of ‘dignified’ that can be applied to all lawyer advertising. As the ABA [American Bar Association] states in its comment to Model Rule 7.2, “[q]uestions of effectiveness and taste in advertising are matters of speculation and subjective judgment.” Last year, the ABA’s Commission on Advertising considered a proposal to issue guidelines on dignity in lawyer advertising. The Commission rejected the proposal because of the difficulty of defining dignity.
(...)”

We therefore recommend that the Court delete the portion of the comment that addresses dignity and the use of slogans, gimmicks, garish techniques, signs, soundtracks, and extravagant media.”

Fragmento obtenido de la página web de la Universidad Estatal de Florida (Florida State University).
<http://64.233.169.104/search?q=cache:rU1gEjMDMNJ:www.law.fsu.edu/libray/flsupct/70366/70366resp5.pdf+%22advertising+by+attorneys%22+%22federal+trade+commission%22+taste+%22bar+association%22&hl=es&ct=clnk&cd=17&gl=pe>.

¹⁷ En la Resolución 0220-1998/TDC-INDECOPI del 19 de agosto de 1998, la Sala consideró que: “(...) la ley no limita la difusión de mensajes publicitarios que podrían considerarse de mal gusto. La ley ha preferido que sea el mercado el que determine si ese tipo de expresiones deben o no continuar transmitiéndose. Sostener lo contrario -esto es, que es rol del Estado determinar cuáles mensajes publicitarios son aceptables o adecuados, sancionando aquellos anuncios que difundan mensajes distintos- equivaldría a imponer el gusto o las opiniones de un grupo (en este caso, de aquellas personas que integran los órganos funcionales del INDECOPI) sobre el gusto o las opiniones de otros grupos de individuos que perfectamente pudiesen ser divergentes”.

¹⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 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 motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

expresamente que la conducta ilícita radica sólo en inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto catalogado como discriminatorio. Con ello se observa que el actual texto normativo ha depurado la técnica utilizada en la redacción del segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo 691, recogiendo el sentido que reiterada jurisprudencia emitida por la Sala le otorgó a los términos “favorecer y estimular”, los cuales implican que el mensaje transmitido en el anuncio pueda generar conductas ofensivas o discriminatorias en la realidad.

25. Sobre la base de las consideraciones desarrolladas, corresponde analizar si el anuncio publicitario cuestionado ha infringido el artículo 3 del Decreto Legislativo 691 en la modalidad de publicidad.

Aplicación del artículo 3 del Decreto Legislativo 691 al caso concreto

26. Para dilucidar si un anuncio publicitario ha infringido el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo 691, debe determinarse de manera previa cuál es el mensaje publicitario transmitido a los consumidores. Una vez establecido el mensaje, corresponde verificar si éste objetivamente favorece o estimula la realización de conductas discriminatorias contra la mujer.
27. El artículo 2 del Decreto Legislativo 691 establece que los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influido mediante un examen superficial del mensaje publicitario¹⁹. Por ello, el análisis de los anuncios se debe realizar sin apelar a interpretaciones complejas o forzadas, tomando en cuenta el contenido y significado común y usual que un consumidor atribuiría a las palabras, frases y oraciones comprendidas en el anuncio.
28. En los mismos términos, la evaluación de los anuncios se debe realizar en forma integral, considerando todo el contenido del anuncio –frases, imágenes y disposición de las mismas en la pieza publicitaria– debido a que es de esta forma como un consumidor aprehende el mensaje publicitario dada la atención fugaz y superficial que de ordinario presta respecto de las piezas publicitarias²⁰.

(...)

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 691, Artículo 2.-** Las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados. Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario. Las normas se aplican a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros.

²⁰ Fernández-Novoa sostiene que “Del dato de la atención fugaz y superficial que de ordinario se presta a la publicidad, cabe deducir una ulterior regla interpretativa, a saber: el sentido jurídicamente relevante del anuncio viene dado por el efecto de conjunto que el anuncio produce sobre el consumidor (...)”. Véase: FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias. En: Revista de Derecho Mercantil, Nº 107, enero-marzo, 1968, p. 92.

29. En el presente caso, el anuncio se inicia mostrando a un conocido artista que anuncia un *casting* para encontrar el “lúpulo” de la cerveza Brahma. A continuación aparecen las escenas del referido *casting*, presentándose el primer “lúpulo”, representado por una persona disfrazada de dicho insumo, siendo descartado al no “pasar” por ser “muy amargo”. Luego aparece, el segundo lúpulo, representado por una persona disfrazada de este ingrediente, el cual es descartado por no tener “*swing* ni saoco” por lo cual no podría “pasar”.
30. Posteriormente, aparece el tercer “lúpulo”, ante el cual el jurado se sorprende luego de que dicho “lúpulo” saluda y baila de una manera jocosa, ante lo cual un miembro del jurado pregunta “¿este es lúpulo o es brócoli?”, respondiéndole otro jurado “este pasa, pero ni se siente”, siendo posteriormente eliminado.
31. En la siguiente escena, el cuarto “lúpulo” ingresa generando inmediata empatía con el jurado, haciéndoles bromas, pidiendo música al levantar un brazo y exclamar “*póngase una salsa*” y con el otro “*chicas, que vengan mis cebaditas*” apareciendo en escena dos mujeres vistiendo bikinis dorados y espigas de trigo en el cabello.
32. Luego de la explicación promocional sobre el contenido de la cerveza, la escena se traslada a una playa donde se observa a un grupo de varones y mujeres brindando y tomando la cerveza “Brahma”. El anuncio finaliza con los tres jurados, las dos mujeres disfrazadas de cebaditas y el conocido artista al que se hizo mención al inicio del anuncio, quien señala: “*caballero, pasa mejor*”²¹.
33. La Comisión consideró que el anuncio difundido por Ambev no era discriminatorio contra los homosexuales pues, aún cuando se recurría a la utilización de la palabra “brócoli”, ello constituía únicamente un uso de mal gusto que, aunado a las demás escenas humorísticas que se aprecian en la publicidad —en la cual se reproduce un ficticio concurso entre personajes que representan cualidades del producto lúpulo—, recreaba una escena jocosa y de carácter fantasioso, cuyo mensaje publicitario buscaba destacar la particular calidad del lúpulo elegido, sin favorecer o estimular en la realidad conductas ofensivas o discriminatorias contra los homosexuales, siendo que la opción sexual del personaje no ha sido el aspecto que ha determinado su eliminación.
34. En su apelación, Demus señaló que el anuncio en cuestión sería discriminatorio y afectaría la dignidad de los homosexuales. Ello, por cuanto

²¹ Transcripción de la descripción del anuncio efectuada por la Comisión en su Resolución final.

el contenido humorístico del anuncio no enervaba la afectación y el trato despectivo que se advierte respecto de la orientación homosexual. Agregó que la correcta interpretación de la normativa publicitaria implica una prohibición no solo de los anuncios discriminatorios que tengan un impacto en la realidad, sino también de aquellas piezas publicitarias en las que se muestre un acto lesivo de la dignidad de la persona. Finalmente, señaló que por tener naturaleza persuasiva, toda publicidad genera necesariamente en los consumidores la posibilidad de replicar en la realidad la conducta discriminatoria mostrada.

35. La existencia de licencias publicitarias tales como el humor o la exageración²² no constituyen licencias para afectar otras libertades fundamentales del individuo, tales como el derecho a no ser discriminado. En ese sentido, aún un anuncio que recurra a una formulación cómica y que apele a un contexto lúdico y fantasioso podría eventualmente estimular a los consumidores a efectivamente incurrir en una práctica discriminatoria que atenta contra la dignidad.
36. Sin embargo, y según hemos explicado abundantemente en el apartado dedicado a la tipificación de la conducta infractora, la afectación al derecho a no ser discriminado depende de la aptitud del mensaje publicitario para traducir en la realidad una conducta de ese tipo. En ese sentido, el humor y la fantasía, en cuanto elementos que influyen en la interpretación del anuncio, contribuyen a recrear una situación fantasiosa e irónica bajo la cual el consumidor captará el mensaje publicitario en forma exagerada, sin atribuir seriedad a las escenas o frases mostradas. Por tanto, la utilización de estas licencias, por lo general, generará que los destinatarios de la pieza publicitaria no tomen en serio las diversas imágenes, secuencias y frases, de manera tal que el mensaje del anuncio no tiene la aptitud de producir efectivamente en ellos el despliegue de una conducta discriminatoria u ofensiva contra cierto sector de la sociedad.
37. En efecto, como señala la doctrina al respecto, el recurso al humor y a la exageración suelen generar que los consumidores no tomen en serio las secuencias, imágenes o frases dispuestas en el anuncio²³.

²² **DECRETO SUPREMO 020-94-ITINCI. REGLAMENTO DE LA LEY DE NORMAS DE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Uso del humor, la fantasía y la exageración

Artículo 5.- En la publicidad comercial está permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no impliquen un engaño para el consumidor o constituyan infracción a las normas sobre publicidad. Los anuncios en los que se realice exhibición de juguetes que involucren la construcción, modelaje, pintura, dibujos y similares, no deberán exagerar las facilidades de su ejecución.

²³ Al respecto el profesor español Tato Plaza señala que: "A veces, para poder captar mejor la atención del consumidor, las empresas anunciantes presentan su publicidad en forma humorística, utilizando para esto la ironía, el chiste o la sátira.

Con respecto a estas expresiones publicitarias humorísticas, la doctrina reclamó siempre un trato benevolente. Esta petición se basaba en el convencimiento de que las frases publicitarias humorísticas, irónicas y satíricas suelen ser interpretadas por el público como exageraciones; los consumidores no toman en serio los anuncios que presentan un

38. Conviene reiterar que la publicidad discriminatoria considerada ilícita por el ordenamiento es solo aquella que puede efectivamente generar que los consumidores que acceden al anuncio reproduzcan la conducta ofensiva en la realidad. En otras palabras, el solo hecho que un anuncio contenga alguna secuencia que, vista aisladamente, reproduce una escena discriminatoria no resulta elemento suficiente para calificar como ilícita la pieza publicitaria, puesto que lo sancionable es que, visto en su integridad, se transmita un mensaje que lleve a discriminar en la vida cotidiana.
39. En ese sentido, este colegiado discrepa de lo precisado por Demus en su apelación, puesto que la sola aparición de una imagen y de una frase que, supuestamente, implica la recreación de una actitud lesiva contra un individuo por su orientación sexual no quiere decir que el anuncio en su conjunto estimule efectivamente la comisión del tipo de discriminación mostrada, ya que solo se sancionará la efectiva persuasión a cometer un acto discriminatorio a que lleve el conjunto del anuncio.
40. Trasladando el razonamiento que la Sala efectuó a propósito de la prohibición de la publicidad que estimula conductas antisociales e ilegales²⁴, es pertinente señalar que adoptar una política de prohibición de toda aquella publicidad que muestre una escena discriminatoria limitaría exageradamente la creatividad publicitaria y llevaría a conclusiones irracionales, pues, por ejemplo, se sancionaría incluso aquellos anuncios cuyo mensaje central sea precisamente el opuesto, es decir, mostrar estas conductas como reprochables en el contexto de la publicidad de un determinado producto o servicio.
41. Si bien la publicidad tiene un rol persuasivo, resultaría muy simplista asumir que el objetivo de mostrar una determinada conducta o secuencia en un anuncio es el de procurar que la misma sea emulada en la realidad. En tal sentido, la determinación de la presunta ilegalidad del anuncio requiere de la fijación del mensaje publicitario.
42. Tras una apreciación integral y superficial de la pieza publicitaria, este colegiado coincide con el pronunciamiento de la Comisión en cuanto a la

tinte humorístico, sino que al contemplarlos se limitan a sonreír y no les otorgan crédito ninguno". Véase: TATO PLAZA, Anxo. La Publicidad Comparativa. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 37-38.

²⁴ Resolución 1800-2008/TDC-INDECOPI del 4 de septiembre de 2008:

"33. Una interpretación contraria no sólo implicaría una regulación de cuál debe ser el contenido de los anuncios publicitarios, censurando la libertad de expresión de los anunciantes, sino que podría llevar a conclusiones irracionales. Así, por ejemplo, un anuncio publicitario donde se muestre una escena de un acto ilegal como el no respetar las señales de un semáforo, o un acto criminal como el asesinar una persona, podría ser considerado ilícito, aun cuando el mensaje central del anuncio sea precisamente el opuesto, es decir, mostrar estas conductas como reprochables en el contexto de la publicidad de un determinado producto o servicio."

inexistencia de una conducta discriminatoria y ofensiva contra los homosexuales, toda vez que los consumidores no perciben la finalidad de promover objetivamente la realización de una conducta discriminatoria contra los individuos varones de dicha orientación sexual.

43. En efecto, la Sala estima que el anuncio en su integridad reproduce una situación ficticia y fantasiosa, como lo es el concurso entre los distintos sujetos disfrazados de lúpulo, los que tienen una personalidad particular que evoca características disímiles de este insumo, como lo son el amargor excesivo, la falta de sabor o la exagerada suavidad que representa el personaje que habría sido tratado de manera despectiva y discriminatoria.
44. Ciertamente, el mensaje transmitido por Ambev a los consumidores procura sugerir la preocupación del proveedor por elegir el lúpulo que mejor acomode a los requerimientos de sabor de su cerveza. En tal contexto, se suceden uno a uno diversos individuos que personifican de manera exagerada cada uno de los posibles lúpulos a elegir, apareciendo vestidos en forma cómica y con rasgos y actitudes estereotipadas que son dispuestas por el anunciante de manera consciente, con la finalidad de producir en los consumidores un efecto de recordación acerca del sabor que adquiere la cerveza por la especial forma en que es seleccionado el lúpulo.
45. Es improbable que la secuencia mostrada en el anuncio sea tomada en serio y que incentive a los consumidores a discriminar a los homosexuales en la realidad, como sugirió Demus. Si bien Ambev recurrió a un apelativo que coloquialmente se usa para designar a los hombres de inclinación homosexual (“brócoli”), esta Sala considera relevante precisar que ello implica una utilización que puede resultar de mal gusto para cierto sector de la sociedad. Sin embargo, es solo un hecho aislado que no contradice el sentido lúdico general del *spot* televisivo, puesto que luego este aspecto se complementa con otras caracterizaciones exageradas de este y otros personajes, que llevan a captar un único mensaje de contenido irónico.
46. En otras palabras, si bien el anuncio recurre al término “brócoli”, lo hace dentro de un marco de tono humorístico, fantasioso y absolutamente exacerbado, mostrando escenas inusuales, que en nada se condicen con la realidad. Todo ello con la única finalidad de sugerir la característica de suavidad del lúpulo no elegido, rasgo que procura ser inclusive reforzado con la utilización de la frase “*Este pasa, pero ni se siente*”, que en nada atribuye a preferencias sexuales
47. Por tanto, la palabra dentro de la secuencia mostrada no debe ser analizado de manera aislada y como un concepto “discriminatorio abstracto”, sino contextualizado y analizado en el marco de la exageración general de la pieza publicitaria y como parte de una estrategia de *marketing* en la cual se

construye una situación humorística que tiene por objeto transmitir a los consumidores un mensaje que se explica de la siguiente manera: la cerveza “Brahma” utiliza en su producción un lúpulo que ha sido especialmente seleccionado por sus características de sabor para satisfacer a los consumidores.

48. De tal manera, la Sala considera que no se está ante una publicidad que promueva la comisión de una conducta antisocial sino frente a la utilización de licencias publicitarias que, dada su disposición en el anuncio, tienen por única finalidad generar un efecto de recordación en los consumidores que les permita identificar y asociar la cerveza con el proceso de selección de su lúpulo. Por tanto, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por Demus contra Ambev por la difusión de una publicidad presuntamente discriminatoria contra los homosexuales.

RESUELVE: confirmar la Resolución 198-2008/CCD-INDECOPI del 10 de diciembre de 2008 que declaró infundada la denuncia presentada por Demus Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer contra Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. por una presunta infracción del principio de legalidad contenido en el artículo 3 del Decreto Legislativo 691 en la modalidad de publicidad discriminatoria.

Con la intervención de los señores vocales Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, Miguel Antonio Quirós García, Juan Luis Avendaño Valdez y Alfredo Ferrero Díez Canseco.

JUAN ÁNGEL CANDELA GÓMEZ DE LA TORRE
Presidente