

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESCUELA DE DERECHO**



**ANÁLISIS DEL CASO PURA VIDA Y LOS RIESGOS PENALMENTE  
RELEVANTES EN LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y SU NECESARIA  
REGULACIÓN COMO MODALIDAD DE ESTAFA EN EL CÓDIGO  
PENAL PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE**

**ABOGADO**

**AUTORA**

**STEFANY LIZETH SANCHEZ FERNANDEZ**

**ASESORA**

**MGTR. GLADYS YOLANDA PATRICIA RAMOS SOTO CÁCERES**

**Chiclayo, 2019**

**Dedicatoria**

*A mis padres, quienes con su infinita paciencia y sacrificio han permitido que culmine mi carrera profesional en Derecho y siga con éxito en el ejercicio de esta noble profesión como es la abogacía.*

*A mis profesores de la carrera de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, quienes con su experiencia y conocimientos han forjado en mí, a una profesional con ética, principios religiosos y con sólidos conocimientos en el Derecho.*

**Agradecimiento**

*A Dios, por estar siempre presente y guiarme en este mundo, para seguir cumpliendo su palabra y realizar el bien entre mi prójimo.*

*A la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, por haberme albergado durante estos últimos años, y formado con sabiduría, fe cristiana y crítica en el quehacer jurídico.*

*A mi asesora, Dra. Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres, quien, con mucha paciencia y sus aportes académicos, ha guiado esta investigación con mucho ímpetu, la cual me ha permitido conocer más a fondo y con actualidad el Derecho Penal.*

## RESUMEN

La publicidad engañosa, es un tema que ha motivado la presente investigación, a raíz del caso “Pura Vida Nutrimax”, donde el Grupo Gloria S.A., fue sancionado por INDECOPI, al haber incurrido en infracción al artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC), en tanto se vulneró la expectativa del consumidor; y el artículo 32° del mismo cuerpo legal al haber quedado determinado que la denominación del producto en estudio no reflejaría su verdadera naturaleza, generando confusión en el consumidor.

Dicha sanción de carácter administrativa, resulta insuficiente si verificamos al realmente afectado y el bien jurídico vulnerado, pues, consideramos que está en juego intereses patrimoniales de los consumidores, y con ello surge la interrogante, ¿Si resulta esencial analizar el caso “Pura Vida Nutrimax” en relación a la publicidad engañosa a fin de determinar los riesgos penalmente relevantes para su necesaria regulación como modalidad de estafa en las relaciones de consumo en el Código Penal peruano?.

Frente a la pregunta planteada en la presente investigación, podemos indicar que existen riesgos penalmente relevantes surgidos de la publicidad engañosa, cuya conducta contiene elementos objetivos y subjetivos que se asemejan al delito de estafa, por lo que es necesario tipificar a dicha conducta como una modalidad de estafa en la relación de consumo, pues, al analizar el caso se ha descubierto el carácter delictivo que contiene, muchas veces encubierta como una simple omisión en su denominación y etiquetado del producto, induciendo al error al consumidor. No existe en nuestro ordenamiento jurídico penal, regulación alguna que se asemeje a proteger el bien jurídico patrimonio de los consumidores cuando en una relación de consumo es afectada por la publicidad engañosa.

**PALABRAS CLAVES:** Relación de consumo, publicidad engañosa, delito de estafa, patrimonio, delito de resultado.

### **ABSTRACT**

Misleading advertising is an issue that has motivated the present investigation, following the case "Pure Life Nutrimax", where the Grupo Gloria S.A., was sanctioned by INDECOPI, for having committed an infringement of Article 19 of the CPDP while the consumer expectation; and article 32 of the same legal body having been determined that the name of the product under study would not reflect its true nature, generating confusion in the consumer.

Said sanction of an administrative nature, is insufficient if we verify the really affected and the legal right violated, then, we consider that patrimonial interests of consumers are at stake, and with this the question arises, if it is essential to analyze the case "Pure Life Nutrimax" in relation to misleading advertising in order to determine the criminally relevant risks for its necessary regulation as a form of fraud in consumer relations in the Peruvian Penal Code?

Faced with the question posed in this investigation, we can indicate that there are criminally relevant risks arising from misleading advertising, whose conduct contains objective and subjective elements that resemble the crime of fraud, so it is necessary to classify misleading advertising as a modality of fraud in the consumer relationship, then, when analyzing the case has been discovered the criminal nature of misleading advertising, often disguised as a simple omission in its name and labeling, the same that leads to error to the consumer, and therefore it is necessary to take into account the criminally relevant risks that this conduct developed in a consumer relationship brings us.

There does not exist in our criminal legal system, any regulation that resembles protecting the legal good patrimony of consumers when in a consumer relationship is affected by misleading advertising.

**KEYWORDS:** Consumption ratio, misleading advertising, fraud, heritage, crime of result.

## ÍNDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO .....	III
RESUMEN.....	IV
ABSTRACT .....	V
INTRODUCCIÓN .....	X
<b>CAPÍTULO I: LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y EL CASO LECHE “PURA VIDA NUTRIMAX” EN LA SANCIÓN IMPUESTA POR INDECOPI EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....</b>	<b>13</b>
<b>1. ASPECTOS PRELIMINARES .....</b>	<b>13</b>
1.1. La “Constitución Económica” y el modelo económico social de mercado ....	14
1.2. La economía social de mercado en el Perú.....	15
1.3. La relación de consumo .....	17
1.3.1. Sujetos de la relación de consumo .....	17
1.3.2. Sobre el standard del consumidor razonable .....	18
<b>2. DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.....</b>	<b>20</b>
2.1. Definición de actividad publicitaria.....	20
2.2. Economía social de mercado y la justificación de la actividad publicitaria....	22
2.3. La actividad publicitaria como herramienta comercial.....	22
2.4. Principios de la actividad publicitaria.....	24
2.4.1. Principio de veracidad.....	24
2.4.2. Principio de legalidad.....	26
2.4.3. Principio de Idoneidad .....	28
2.4.4. Principio de autenticidad .....	28
2.5. Fundamentos de la publicidad .....	29
2.5.1. Fundamento constitucional .....	29
2.5.2. Fundamento económico .....	30
2.5.3. Fundamento desde la protección del consumidor .....	30
2.6. Aspecto negativo de la actividad publicitaria: publicidad engañosa .....	31
2.6.1. Conceptualización de la publicidad engañosa .....	31
2.6.2. Publicidad engañosa y sus efectos.....	34
2.6.3. Algunas manifestaciones de publicidad engañosa.....	36

<b>3. PROTECCIÓN NORMATIVA AL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA</b> .....	37
3.1. Constitución Política del Perú de 1993 .....	38
3.2. Código de Protección y Defensa del Consumidor .....	39
3.3. Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal ..	40
3.4. Órganos competentes.....	40
3.4.1. Competencia de INDECOPI.....	40
3.4.2. Funciones de las Comisiones de Protección al Consumidor .....	42
3.4.3. Funciones de la Sala de Defensa de la Competencia.....	43
<b>4. ANÁLISIS DEL CASO “LECHE PURA VIDA NUTRIMAX”</b> .....	43
4.1. Procedimiento Administrativo Sancionador al Grupo Gloria S.A. por el caso “Leche Pura Vida Nutrimax” .....	44
4.1.1. Inicio .....	44
4.1.2. Desarrollo.....	46
4.1.3. Resolución final .....	48
4.2. ¿Es la omisión de información relevante en el etiquetado del producto “Pura Vida” una manifestación de publicidad engañosa?.....	50
<b>5. APRECIACIÓN CRÍTICA</b> .....	52
<b>CAPÍTULO II: CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO</b> .....	55
<b>1. CONSIDERACIONES GENERALES</b> .....	55
1.1. Origen y naturaleza de la estafa .....	58
<b>2. LA ESTAFA EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO</b> .....	59
2.1. Ubicación sistemática en los delitos contra el patrimonio.....	59
<b>3. CONCEPTO DE ESTAFA</b> .....	60
<b>4. REGULACIÓN DE LA ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO</b> .....	62
4.1. Forma básica .....	62
4.2. Formas agravadas.....	63
<b>5. ESTRUCTURA TÍPICA</b> .....	64
5.1. Tipo Objetivo .....	65
5.1.1. Sujeto activo .....	66
5.1.2. Sujeto pasivo .....	67
5.1.3. Bien jurídico protegido: patrimonio .....	68
5.1.4. Elementos típicos .....	71
5.2. Tipo subjetivo .....	76

5.2.1. Dolo: ánimus de lucro.....	76
<b>6. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO .....</b>	<b>78</b>
6.1. Tentativa .....	78
6.2. Consumación .....	78
<b>7. PENALIDAD.....</b>	<b>79</b>
<b>8. MODALIDADES DE ESTAFA .....</b>	<b>80</b>
<b>9. LA ESTAFA Y LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.....</b>	<b>82</b>
9.1. La publicidad engañosa y su antecedente de punibilidad en el Código Penal peruano.....	82
<b>10. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y PUNIBILIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL COMPARADA .....</b>	<b>83</b>
10.1. Código Penal de España.....	83
10.2. Código Penal de Nicaragua .....	84
<b><u>CAPÍTULO III: RIESGOS PENALMENTE RELEVANTES DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y SU NECESARIA REGULACIÓN COMO MODALIDAD DE ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO .....</u></b>	<b>86</b>
<b>1. CAMBIO DE PARADIGMA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL .....</b>	<b>86</b>
1.1. Libertad económica y Criminalidad.....	87
1.2. La estafa y nuevos fenómenos delictivos.....	90
1.3. Responsabilidad penal empresarial .....	93
<b>2. LAS POSTURAS ACERCA DE LA PROTECCIÓN PUNITIVA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO MODALIDAD DE ESTAFA.....</b>	<b>94</b>
2.1. Postura en contra .....	94
2.2. Postura a favor.....	96
2.3. Posición adoptada.....	99
<b>3. RIESGOS PENALMENTE RELEVANTES.....</b>	<b>101</b>
3.1. Vulneración al bien jurídico patrimonio .....	102
3.2. Insuficiente protección administrativa.....	106
3.3. Inseguridad en el consumo.....	109
<b>4. LA ESTAFA Y LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA .....</b>	<b>111</b>
4.1. El empresario como sujeto activo .....	113
4.2. El engaño como núcleo de la configuración típica .....	114
4.3. Encuadramiento legal como modalidad de estafa.....	115
<b>5. NECESARIA REGULACIÓN .....</b>	<b>118</b>
5.1. La anticipación de la intervención penal .....	118

5.2. Futura tipificación de la publicidad engañosa.....	119
5.3. Descripción típica del nuevo delito .....	121
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>125</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>127</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>128</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>138</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada “*Análisis del caso Pura Vida y riesgos penalmente relevantes en la publicidad engañosa y su necesaria regulación como modalidad de estafa en el Código Penal Peruano*”, abarca un tema de actualidad, puesto que recoge problemática reciente respecto de la publicidad engañosa extraída del caso “Pura Vida Nutrimax”, donde INDECOPI sancionó administrativamente a la empresa Grupo Gloria S.A.

El objetivo trazado, está referido al análisis del caso “Pura Vida” en relación a la publicidad engañosa a fin de determinar los riesgos penalmente relevantes para su encuadramiento legal y su necesaria regulación como modalidad de estafa en las relaciones de consumo en el Código Penal peruano.

Nos encontramos en un contexto donde predomina la economía social de mercado, la misma que tiene como fundamento la libertad económica, derecho que se encuentra prescrito en la Constitución Política del Perú de 1993, es por ello que existe la competencia comercial a gran escala en una sociedad de consumo, cuya actividad tiene como herramienta la publicidad, medio que se utiliza para influir en forma directa e indirecta en la compra de algún producto (bien o servicio). Cuya utilización tiene dos facetas, una de carácter positiva, cuando su utilidad sirve para promocionar u ofertar sus productos; sin embargo, por el lado negativo, esta

herramienta comercial es utilizada para inducir a error al consumidor, perjudicándolo económicamente.

Cuando afirmamos que la actividad publicitaria trae consecuencias negativas en una relación de consumo, nos estamos refiriendo a que su contenido o mensaje puede ser verídico o engañoso, para ello nuestro ordenamiento jurídico desde el ámbito administrativo ha regulado límites a la publicidad en defensa de la competencia (cuyo órgano encargado es INDECOPI), conforme al artículo 65° de la Constitución Política del Perú.

Ese aspecto perjudicial de la actividad publicitaria, ha motivado que la presente investigación tenga como objeto de estudio, el análisis del caso “Leche Pura Vida Nutrimax”, siendo uno de los productos lácteos por el cual INDECOPI inició de oficio un Procedimiento Administrativo Sancionador contra el Grupo Gloria S.A., sancionándolo por haber incurrido en infracción al artículo 19° del CPDC en tanto se vulneró la expectativa del consumidor; y el artículo 32° del mismo cuerpo legal al haber quedado determinado que la denominación del producto en estudio no reflejaría su verdadera naturaleza, generando confusión en el consumidor.

La presente investigación identificó los riesgos penalmente relevantes que trae consigo la publicidad engañosa, partiendo del análisis del caso “Leche Pura Vida Nutrimax”, determinando que es insuficiente la protección que brinda la normatividad en sede administrativa (INDECOPI), porque está en juego el bien jurídico patrimonio, es decir los intereses patrimoniales de los consumidores. Por ello recomendamos su regulación punible configurándolo como una modalidad de estafa en la relación de consumo.

Para fundamentar nuestra posición, hemos desarrollado la temática en tres capítulos, que son los siguientes: *Capítulo primero*, donde se describe teóricamente el tema de la publicidad en general, hasta llegar a la publicidad engañosa, para finalmente analizar el Expediente N° 053-2017/CC3, donde INDECOPI inició al Grupo Gloria un Proceso Administrativo Sancionador de oficio por sus productos lácteos, siendo uno de ellos “Leche Pura Vida”, siendo finalmente sancionada

administrativamente. El *capítulo segundo*, abarca la parte doctrinaria al describir la estructura del delito de estafa y sus elementos típicos tanto objetivo como subjetivo, a fin de encontrar rasgos típicos comunes con la publicidad engañosa. Y finalmente el *capítulo tercero*, que consideramos la parte más relevante, ya que aquí se determina los fundamentos de la recomendación, señalando cuales son los riesgos penalmente relevantes de la publicidad engañosa que lo configuraría como una modalidad de estafa en la relación de consumo, proponiendo su necesaria regulación punible en el Código Penal peruano.

## CAPÍTULO I

### LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y EL CASO LECHE “PURA VIDA NUTRIMAX” EN LA SANCIÓN IMPUESTA POR INDECOPI EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### 1. ASPECTOS PRELIMINARES

El panorama actual sobre las relaciones de consumo, son distintas en comparación a los años remotos. Nuestro tiempo contemporáneo se mueve en base a la economía de mercado, donde el capitalismo ha influenciado en casi todos los aspectos de la vida y en varias naciones tanto las que se encuentran en vías de desarrollo y los países desarrollados<sup>1</sup>, convirtiéndonos en una sociedad de consumo, donde la actividad económica más influyente es la industria, siendo esta una máquina de producción de bienes y servicios, con la finalidad de atender a una sociedad cada vez más perfeccionista e insatisfecha.

Así el filósofo francés Gilles Lipovetsky, sobre nuestro tiempo actual afirma que “el consumo, en esencia, no es más que una actividad reglada por la búsqueda del reconocimiento social, manifiestase eso sí, en vista del bienestar, de la funcionabilidad, del placer para sí mismo”<sup>2</sup>.

Según el autor estamos viviendo en una sociedad hiperconsumista, reflejo de la tercera fase del capitalismo de la sociedad de consumo. Casi todos los países de América Latina han adoptado un sistema neoliberal, dando apertura al libre

---

<sup>1</sup> Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. *El derecho de la libre competencia*, Lima, San Marcos, 1997, p. 71.

<sup>2</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *O imperio de efémero: a moda seu destinonas sociedades modernas: Sau Paulo*, Copanhia Da letras, pp. 172-173. Citado por CARRANZA ALVAREZ, César. *Temas actuales de Derecho del Consumidor*, Lima, Editorial Normas Jurídicas, 2017, p. 237.

comercio, y para ello el poder político ha estructurado este sistema desde las leyes, creando así un marco jurídico que reglamente y defina este sistema socioeconómico, así están plasmados en sus constituciones.

### **1.1. La “Constitución Económica” y el modelo económico social de mercado**

La constitución Política como carta fundamental, establece de manera general, las directivas del modelo económico, asimismo las reglas o principios que regulan la actividad económica y empresarial, determinando la forma o el modelo económico de la sociedad, a través del cual pretenderá “la distribución óptima de la riqueza mediante la explotación más acertada y socialmente adecuada de los recursos limitados”<sup>3</sup>.

Estos principios reguladores de la actividad económica vienen a constituir el marco global normativo y de observancia obligatoria de todos los ciudadanos y de donde parten las normas que el legislador dicta, entiéndase como parámetros de todo desarrollo de la actividad económica en relación con el catálogo amplio de intereses tutelados.

Estas premisas constitucionales en materia económica constituyen lo que se denomina “Constitución Económica”<sup>4</sup>, en la cual se engloba las concepciones fundamentales del Estado en materia económica y que en el caso peruano se refiere al Título III (“Régimen Económico”) de la Constitución Política de 1993<sup>5</sup>.

En la praxis legislativa la regulación constitucional del marco jurídico económico aparece por primera vez en la Constitución de Weimar; con esto “comienza el

---

<sup>3</sup> BOTTKE, Wilfried. “*Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*”, Traducción de Soledad Arroyo y Teresa Aguado, en: Revista Penal N° 2, Praxis, Barcelona, 1998, p.1; Citado por CARO CORIA, Dino Carlos y, REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Derecho Penal Económico Parte General*, Tomo I, Lima, Jurista Editores, 2016, p. 101.

<sup>4</sup> Término Introducido por BECKRATH, en 1932, con motivo del homenaje al economista y sociólogo Werner SOMBART, con ese término hacía referencia a un conjunto de preceptos económicos en las constituciones posteriores al año 1917, el mismo que no solo regulada aspectos de la propiedad privada, sino que ampliaba su horizonte regular como por ejemplo la intervención estatal en la economía.

<sup>5</sup> Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos y, REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob. Cit., p. 102.

proceso de introducción en los cánones constitucionales de disposiciones referentes al orden económico y social”<sup>6</sup>.

Con ello afirmamos, que una Constitución Política establece el modelo económico de cada país, y que en nuestra época la gran mayoría de Estados han optado por el modelo de “economía social de mercado”<sup>7</sup> con sus diferentes variantes y según el nivel de desarrollo: países desarrollados y en vías de desarrollo. Cuando afirmamos que este modelo económico establecido en las Constituciones Políticas de cada Estado, tiene sus propias variantes, nos referimos básicamente a dos formas: una síntesis de los modelos de economía planificada e intervencionista y los modelos de economía de abstención absoluta o de libertad absoluta.

## **1.2. La economía social de mercado en el Perú**

Nuestro país, ha optado por este modelo de economía, siendo su principal característica la libertad de iniciativa privada, recogida por el artículo 58° de la Constitución Política peruana:

*“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.*

La Constitución Política vigente (1993), si bien es cierto, mantiene el modelo de economía social de mercado, adoptado por su antecedente, la Constituyente de 1979, pero con una diferencia, que la actual contiene una fórmula mucho más

---

<sup>6</sup> BAJO FERNANDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, Madrid, Ceura, 2001, p. 19.

<sup>7</sup> Este modelo tiene sus orígenes en la “Escuela de Friburgo”, en el pensamiento de ERHARD, quien como Wilhen RÖPKE anota: “inició un capítulo en la historia de la economía”, OCAMPO VÁSQUEZ, Fernando. *“La posición de dominio en el mercado: entre el uso y el abuso”*, en *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 10, nota 01, Lima, 1995, p. 305.

abierta, la cual tiene un crítica por su excesivo liberalismo del actual modelo económico constitucional<sup>8</sup>.

En el anterior acápite nos hemos referido a que existen básicamente dos variantes o formas del modelo económico social de mercado, que han adoptado cada país, de acuerdo a su nivel de desarrollo, en ese sentido, vale preguntarse ¿Qué variante del modelo económico social de mercado ha adoptado el Perú en la Constitución Política?; podemos afirmar que ha adoptado características de una economía intervencionista por parte del Estado y un liberalismo de mercado. Lo que al final podemos señalar, es que existe la libertad de iniciativa privada pero con parámetros reguladores, donde el Estado interviene; estas son las razones que ha llevado a Meini Méndez a afirmar que: “Nuestro orden económico, en tanto economía social de mercado, es una matización intermedia de estos dos modelos económicos –se refiere a la economía liberal y la de intervención- que se acerca mucho más al primero que al segundo”<sup>9</sup>.

Asimismo, podemos indicar que la igualdad jurídica entre los competidores es elevada también a rango constitucional. En el Perú dicho principio se halla contenido en el Art. 2.2. de la Constitución Política, cuyo antecedente es posible ubicarlo en el Art. 112° de la Carta Política de 1979, cuya fuente fue a su vez la Constitución Política de España<sup>10</sup>.

Cabe mencionar, que nuestra Constitución Política, menciona el principio de libre competencia, la cual garantiza a todos los ciudadanos, la libertad de competencia en el mercado y se rechazan las conductas que impliquen un abuso de posición dominante en el mercado<sup>11</sup>, veamos lo que prescribe el artículo 61° de la Constitución Política del Perú:

---

<sup>8</sup> Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *“El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993”*, En: *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 10, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 26.

<sup>9</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p.63.

<sup>10</sup> Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos y, REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob. Cit. p. 109.

<sup>11</sup> IBID. p. 109.

*“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.*

Estas dos últimas reglas jurídicas económicas establecidas en la Constitución Política del Perú, es decir, la igualdad jurídica entre los competidores y el principio de libre concurrencia, han llevado a concretar una relación de consumo y de buena fe en la competitividad, por ello debemos abordar el tema de la relación de consumo y qué sujetos intervienen en esta interrelación.

### **1.3. La relación de consumo**

#### **1.3.1. Sujetos de la relación de consumo**

Según Espinoza Espinoza<sup>12</sup>, nos señala dos sujetos: el consumidor y el proveedor. El mismo autor señala sobre el **Consumidor**, que sus coordenadas conceptuales están referidas en el artículo IV.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor:

- a) Es, en primer lugar, la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final, productos o servicios, actuando en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.
- b) Lo es también la microempresa que se encuentra en situación de asimetría informativa.

Adicional a ello, debemos indicar que sobre la definición del consumidor el modelo jurídico peruano ha asimilado una definición residual imperante que es

---

<sup>12</sup> Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derechos de los consumidores*, 2da Edición, Lima, Editorial Rodhas, 2012, pp. 94-96.

la de “toda persona que actué con un propósito ajeno a su actividad profesional”<sup>13</sup>.

Con respecto al **proveedor**, tiene una definición legislativamente descriptiva, señalando que es una persona natural o jurídica que fabrica, elabora, manipula, acondiciona, mezcla, envasa, almacena, prepara, expende, suministra productos o presta servicios a los consumidores (Art. IV.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor).

En la Resolución Final N° 159-2004-CPC se precisó que:

*“se debe considerar que la definición del proveedor no sólo se circunscribe a quien finalmente vendió el bien o servicio, sino a cada uno de los intervinientes en la cadena de producción – consumo, entendiéndose por ésta al conjunto de personas jurídicas o naturales de derecho público o privado, que facilitan el traslado de un producto o servicio desde el fabricante hasta el consumidor final, en el territorio nacional. Si bien los integrantes de la cadena de producción – consumo cumplen roles distintos, la responsabilidad por infracción a la Ley dependerá del fabricante, del importador, del distribuidor, del prestador y de todos aquellos intervinientes en dicha cadena, según sea el caso”<sup>14</sup>.*

### **1.3.2. Sobre el standard del consumidor razonable**

Este tema, tiene relación con la diligencia y compromiso que tiene un consumidor en la relación de consumo; exigencia que tiene un origen remoto, pues es en el Derecho Romano donde se indica que las relaciones jurídicas exigen una debida diligencia y carácter razonable.

Así, Espinoza Espinoza, señala:

---

<sup>13</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ley de Protección al Consumidor: Comentarios, Precedentes Jurisprudenciales, Normas complementarias*, Editorial Rodhas, Lima, 2004, pp. 27-37.

<sup>14</sup> Resolución Final N° 159-2004-CPC, de fecha 11.02.04.

*“La historia del ordenamiento jurídico nos muestra que siempre se han puesto standards de conducta para regular y proteger determinados tipos de relaciones jurídicas. Desde el antiguo Derecho Romano se hablaba de la diligencia bonus pater familiae, en el Common Law se utiliza la figura del reasonable man, en el Civil Law se emplea el concepto “diligencia ordinaria requerida” (como es el caso del art. 1314 C.C.), por citar algunas experiencias. En materia de tutela del consumidor; se ha desarrollado –a nivel jurisprudencial administrativo- el concepto de “consumidor razonable”. Este standard de conducta tiene como finalidad que el Estado, a través de su ordenamiento jurídico, proteja sólo aquellos consumidores que tengan una diligencia ordinaria en sus elecciones en el mercado”<sup>15</sup>.*

El mismo autor, se realiza una interrogante: ¿Qué significa en concreto un “consumidor razonable”?, ante ello cita algunos ejemplos:

*“aquel que se informa adecuadamente antes de hacer una adquisición (no sólo respecto de las cualidades del producto o del servicio, sino también, entre otros aspectos, su periodo de garantía), el que lee las fechas de los vencimientos en los alimentos y medicamentos, el que lee la posología y contradicciones de los mismos, el que lee antes de firmar los contratos, el que exige un comprobante de pago o factura por su adquisición, el paciente que pregunta qué tipo de anestesia se le va aplicar en una intervención quirúrgica, el consumidor que es alérgico que debe leer los ingredientes del alimento o cosmético que va a comprar para evitar una reacción negativa , el que va a un restaurant y sabe que es alérgico a un alimento determinado y le informa al mozo de ello para la preparación de su plato, el que no compra productos ni adquiere servicios de procedencia ilícita. ¿Cuál es el común denominador de estos casos?: el parámetro medio de diligencia: estar en una posición equidistante entre el consumidor particularmente acucioso y aquel descuidado. Esta posición ha quedado sentada en los Lineamientos sobre Protección al Consumidor*

---

<sup>15</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derechos de los consumidores*, Ob. Cit., p. 50.

*aprobados por la Comisión de Protección al Consumidor, mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, del 07.06.01*<sup>16</sup>.

En buena cuenta existe identidad entre el parámetro de diligencia y el del consumidor razonable. Un sector de la doctrina hace un análisis interesante respecto a la toma de decisiones de los consumidores ante situaciones de incertidumbre y es en esta situación que se ve su comportamiento razonable<sup>17</sup>.

Así, Sánchez del Solar Quiñonez, señala que: “no se trata de evaluar primero la conducta del consumidor de carne y hueso y eventualmente quedarse en su falta de diligencia para liberar al proveedor de responsabilidades”<sup>18</sup>. Es justamente, el criterio más equilibrado respecto de las responsabilidades en una relación de consumo, respecto que no debe de liberarse de responsabilidades al proveedor, por falta de la diligencia del consumidor, es por ello que debe de intervenir el Estado, a través de sus regulaciones legislativas, por ahora reguladas desde el ámbito administrativo.

## **2. DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA**

### **2.1. Definición de actividad publicitaria**

Isler Soto señala que “La publicidad es la comunicación que el proveedor dirige a los consumidores por cualquier medio idóneo de comunicación, con la finalidad de informarlo e incentivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Las condiciones objetivas contenidas en la publicidad deben ser verdaderas hasta el momento de celebrar el contrato”<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derechos de los consumidores*, Ob. Cit., pp. 50-51.

<sup>17</sup> IBID, p. 52.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ DEL SOLAR QUIÑONEZ, Ángel. *La Ley de Protección al Consumidor y la función del estándar del consumidor razonable en la solución de los conflictos de consumo*, en Revista Peruana de Jurisprudencia, Año 7, Número 57, Trujillo, noviembre 2005, p. 32.

<sup>19</sup> ISLER SOTO, Erika Marlene. *Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor*, Chile, Editorial Universidad Austral de Chile, 2013, p. 127.

Fernando Costa de Azevedo, en un estudio sobre la publicidad y la relación de consumo en el Derecho brasileño, afirma que: “la actividad publicitaria constituye el origen de las relaciones de consumo y su fase precontractual”<sup>20</sup>.

Juan Francisco Rojas, ha sostenido que: “la publicidad comercial es el instrumento más eficaz para que las empresas transmitan información a los consumidores sobre las cualidades de la oferta que colocan en el mercado. Las empresas, a través de la publicidad comercial, informan a los consumidores sobre la existencia de nuevos productos, sobre la naturaleza y calidad de los ya existentes, sobre las condiciones de venta, sobre las ventajas que ciertos productos tienen sobre otros, sobre los precios de lista o sobre los precios promocionales y, en general, sobre cualquier atributo que pueda ser atractivo a ojos del consumidor”<sup>21</sup>.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, se infiere que la publicidad como herramienta comercial propia de la competitividad del mercado, presenta una característica persuasiva, esto es, que tiene como objetivo seducir al consumidor hacia determinado producto, mediante la utilización de distintas técnicas publicitarias engañosas.

En consecuencia, podemos afirmar que la publicidad es un instrumento de la actividad comercial que se utiliza en la competencia de negocios y cuyos destinatarios son los consumidores de bienes o servicios. Ello se ve materializado mediante la transmisión de mensajes que tienen la capacidad de captar el ánimo subjetivo del cliente para consumir el producto y muchas veces inducir en error, lo que finalmente es de interés para el productor o empresario.

---

<sup>20</sup> COSTA DE AZEVEDO, Fernando. “*Publicidad y relación jurídica de consumo. Breves reflexiones a partir del Derecho Brasileño*”. En: CARRANZA ALVAREZ, César. Ob. Cit. p. 246.

<sup>21</sup> ROJAS LEO, Juan Francisco. *Publicidad Comercial y Derecho a la Información de los Consumidores*. En: ANDA News Año 10 N° 53. Lima: Empresa Editora El Comercio S.A., 2005. p 84. Citado por GONZALES DELGADO, Gabriel. “*El principio de veracidad publicitaria y el deber de información a los consumidores*”, En: Revista Ita lus Esto, [Ubicado el 25. XI 2018]. Obtenido en: <http://www.gonzalezvaldivialaw.com/images/gonzales-valdivia/publicaciones/gonzalez-delgado.pdf>

## **2.2. Economía social de mercado y la justificación de la actividad publicitaria**

Dentro del libre comercio, las empresas compiten entre sí con el mismo producto ofertado a los consumidores, y son ellos los que definen a quien comprar y qué comprar. Ello trae consigo una intensa competitividad, que influye en la subjetividad del individuo, es por ello que el instrumento para influenciar en el consumo, es la publicidad, pero muchas veces ese instrumento de competencia comercial, se torna en engañosa, por lo que las legislaciones de distintos países, han optado por regular este aspecto de la publicidad engañosa.

Así nuestra Constitución Política vigente, en este panorama actual ha prescrito que estamos inmersos en una economía social de mercado, como lo hemos expuesto anteriormente, y en este contexto aceptamos las reglas de juego de este modelo económico, así el artículo 58º de la Carta Fundamental, nos señala que la iniciativa privada es libre y esta se ejerce dentro de un contexto o marco de una economía social de mercado, cuya función del Estado debe ser la de orientación al desarrollo del país, teniendo en cuenta como pilares de desarrollo principales, los sectores que promueven el empleo, el sector salud, el sector educación, la misma seguridad en sentido amplio, los servicios públicos básicos y la modernización de la infraestructura.

También señala, en el artículo 59º que es el Estado quien debe garantizar la libertad laboral o de trabajo, la libertad de empresa, el desarrollo del comercio y la industria, sin embargo, agrega que en el desarrollo de dichas libertades se debe ejercer no contraviniendo las normas y no lesionando aspectos como la moral, la salud y la seguridad pública<sup>22</sup>.

## **2.3. La actividad publicitaria como herramienta comercial**

La actividad publicitaria, es una herramienta comercial muy utilizada por las empresas, mediante la cual dan a conocer sus ofertas y se persuade a los consumidores para que adquieran sus productos, esta actividad se realiza mediante

---

<sup>22</sup> Cfr. CHANAME ORBE, Raúl. “*Exégesis de la Constitución Económica*”, Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3, N° 5 / 2009, pp. 272-279.

una serie de estrategias de comunicación. Dicha publicidad resulta ser un instrumento que tiene la finalidad de difundir de manera reducida la información existente, y esto hace que de forma subjetiva los consumidores tomen sus decisiones de consumo principalmente en base a sus necesidades. Esto guarda relación con lo que afirma Zigmunt Bauman, que la sociedad de consumidores rechaza o no acepta que se opongán al modo de ser de la cultura consumista<sup>23</sup>.

Según INDECOPI, la actividad publicitaria se distingue en una triple función:

- (i) La de ser informativa;
- (ii) La de ser persuasiva; y
- (iii) La de constituir un mecanismo de competencia.

De tal manera, a través de este instrumento promocional, se informa a la ciudadanía de la existencia de un determinado producto (bien o servicio); lo que ayuda a que los consumidores puedan contratar y adquirir rápidamente bienes y servicios.

La publicidad comercial tiene una finalidad persuasiva, es decir subjetiva, que va dirigida al consumidor, atrayendo clientes mediante la exposición de las características ventajosas del producto ofertado o la persuasión incluso en el sentimiento del consumidor, haciéndolo parte de su propio *modus vivendi*. Como podemos notar, al ser la publicidad comercial parte integrante de la actividad empresarial, es una herramienta típica de la competencia, la cual induce o trata de inclinar a la clientela hacia sus productos mediante la persuasión, y así incrementar su participación y poder en el mercado, claramente con fin lucrativo<sup>24</sup>.

Cabe mencionar que es un tema complejo, puesto que por un lado su función se enmarca dentro de lo regulado o normado por el ordenamiento jurídico de las propias reglas de la oferta y la demanda; por el otro existe una línea divisoria en

---

<sup>23</sup> Cfr. BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo: a transformación de las personas en mercadería*, Rio de Janeiro, Zahar, 2008, p. 71.

<sup>24</sup> Cfr. INDECOPI, *Documento de Trabajo: Lineamientos sobre publicidad engañosa*, [Ubicado el 25. XI 2018]. Obtenido en: [https://www.indecopi.gob.pe/documents/51775/0/Trabajo\\_Lineamientos.pdf/ef12a5f8-0d58-4576-b68d-63509cec14fc](https://www.indecopi.gob.pe/documents/51775/0/Trabajo_Lineamientos.pdf/ef12a5f8-0d58-4576-b68d-63509cec14fc), p.4.

cuanto al error consciente o inconsciente de los que envían el mensaje publicitario, cuyas representaciones o metáforas contienen la intención de engaño.

Tal como se señaló en su oportunidad, la publicidad es una gran herramienta de transacción comercial, que si bien es cierto, por un lado, es legal dentro de una relación de consumo; por el otro, se torna en irregular o en su forma específica en engañosa, al ser susceptible de inducir al consumidor al error, por sus omisiones<sup>25</sup>. Por ello es importante revisar la actividad publicitaria en base a principios que lo regulan.

## **2.4. Principios de la actividad publicitaria**

La posición de vulnerabilidad acompaña a los consumidores en todas las fases de la relación de consumo, inclusive en la fase precontractual, que es la fase de oferta al público o de la publicidad de productos o servicios<sup>26</sup>. Por ello es importante que se pongan en práctica los principios reguladores de la actividad publicitaria, los cuales vamos a describirlos a continuación:

### **2.4.1. Principio de veracidad**

Este principio, tiene la característica de ser un parámetro normativo dentro de la competencia dinámica, que se utiliza para dar fluidez a la actividad económica, y cuyos agentes son los empresarios y productores, presumen por cierto la información ofrecida por el productor o el contenido del producto.

Este principio tiene relación con el principio de buena fe, concebida ésta como una exigencia ético-social cuyo contenido está compuesto por el respeto de la personalidad ajena y por la colaboración con los demás<sup>27</sup>. Con razón se advierte que “exigencias de comportamiento que eran solamente éticas han sido incorporadas al Derecho. Lo que eran deberes éticos, convertidos en obligaciones legales”<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5ta Edición, Sao Paulo: RT, 2005, p. 804.

<sup>26</sup> Cfr. CARRANZA ALVAREZ, César. *Ob. Cit.*, p. 240.

<sup>27</sup> Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derechos de los consumidores*, *Ob. Cit.*, p. 56.

<sup>28</sup> GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El principio general de buena fe en el Derecho Administrativo*, 5ta Edición, revisada, actualizada y ampliada, Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 23.

Ello está fundamentado en la limitación de la publicidad comercial, porque muchas veces esta publicidad se utiliza de manera negativa a través del engaño o actos de engaño. Su importancia radica en regular los actos de competencia y, de la publicidad en particular, sobre todo de aquella que vulnera los derechos de los consumidores a fin de brindar protección en las condiciones de los bienes o servicios que ofrecen el mercado<sup>29</sup>.

Según Fernández Frades señala que: “la publicidad debe ser necesariamente objetiva y abstenerse de incurrir en falsedades, exageraciones o connotaciones ajenas a la verdadera naturaleza, componentes o propiedades de los productos o servicios”<sup>30</sup>.

Este principio que regula dicha información vertida mediante la publicidad, es el principio de veracidad, donde las informaciones, símbolos, imágenes, mensaje, etc., que se den a conocer mediante la publicidad deben ser seguras y en ese sentido no debe contener información engañosa que induzca al error al consumidor, ni de forma directa o indirecta. Cabe indicar, que existen diversos pronunciamientos, donde se ha establecido que un anuncio que induce al error a los consumidores, a manera de filtro previamente debe determinarse el contenido del mensaje publicitario. Y creemos que, este es tal vez un parámetro a su regulación, delimitando así el mensaje, después de una previa revisión general de los elementos contenidos en dicha publicidad la misma que debe ser corroborada o contrastada con la realidad, en bien de la objetividad en el consumo.

Existe, también este parámetro, o tiene su justificación, porque dentro de la publicidad engañosa, se encuentra un tipo de publicidad abusiva, pues, es interesante destacar la preocupación del legislador con respecto a la protección de los grupos sociales conocidos como hipervulnerables, esto es grupos que

---

<sup>29</sup> Cfr. Resolución N° 0723-2014/SDC-INDECOPI, Principio de veracidad publicitaria, {Expediente N° 054-2013/CCD}, Lima, 2014.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ FRADES Francisco. *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor*. Santiago de Chile. Editorial Lexis Nexis, 2003.

presentan algún factor físico o social, capaz de agravar la ya existente posición de vulnerabilidad que ocupan en el mercado de consumo<sup>31</sup>.

El principio de veracidad se encuentra estrechamente relacionado con la vulneración del derecho del consumidor a la información veraz u objetiva, esto es, si existe una transgresión a este principio, entonces se configura un acto ilícito conexo con la competencia desleal y en si con la afectación central del derecho de información de los consumidores, derecho protegido constitucionalmente<sup>32</sup>.

Este principio exige una licitud total de la publicidad que se extiende a los consumidores, por ello esta restricción a la publicidad antiética y engañosa está regulada en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044 (Vigente desde el 25 de junio 2008)<sup>33</sup>, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Donde se señala que están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cual fuera la forma que se haya adoptado y cualquier medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten<sup>34</sup>.

#### **2.4.2. Principio de legalidad**

Es un principio general incluso del Derecho, sin embargo, éste también está relacionado en forma especial en el Derecho Administrativo y el Derecho del Consumidor. El principio de legalidad, está referido al cumplimiento estricto de lo reglamentado o normado en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la actividad publicitaria debe aplicarse en base a la normatividad nacional que lo regula, es decir respetar obligatoriamente el conjunto de normas del derecho positivo de nuestro país; cuya actuación al ser regulada normativamente debe no ser contraria a la ley.

---

<sup>31</sup> Cfr. CARRANZA ALVAREZ, César. Ob. Cit. p. 241.

<sup>32</sup> Cfr. RESOLUCIÓN N° 0901-2004/TDC-INDECOPI, Principio de veracidad, Publicado el 07 de diciembre del 2004.

<sup>33</sup> Anteriormente estuvo regulado por el Decreto Legislativo N° 691, Regulación sobre la publicidad y defensa del consumidor, DEROGADO por la Segunda Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1044, publicado el 26 junio 2008. La citada Ley entró en vigencia luego de treinta (30) días calendario de la fecha de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

<sup>34</sup> Cfr. RESOLUCIÓN N° 072-2006/CCD-INDECOPI, Publicado el 07 de diciembre 2006.

Por ello es importante notar, como el Código del Consumidor impone a los proveedores el deber de dar cumplimiento a todo el contenido suficientemente preciso de sus mensaje publicitario, esto es, aquel que informa, de modo objetivo, en cuanto a la intención y los elementos indispensables para la formación de la información del consumidor<sup>35</sup>.

Respecto al tema de la publicidad comercial, esta tiene que ver con cualquier tipo de anuncio publicitario al momento de ofertar productos (bienes o servicios), los cuales cuentan con una regulación que permite realizar dicha actividad en cualquier hora y por cualquier medio de comunicación, en base a la libertad económica dentro de un marco constitucional, sin embargo, dicha libertad se ejerce dentro de un marco de respeto a los derechos, principios y libertades establecidas en la constitución, donde se hace referencia a las restricciones o límites de la actividad publicitaria, conforme está establecido en el Artículo 3°, del Código de Defensa y Protección al Consumidor, en la cual prevé textualmente, lo siguiente:

*“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”<sup>36</sup>.*

Al establecer parámetros normativos frente a los anuncios publicitarios, lo que el legislador pretende es proteger a la parte más vulnerable, en este caso el consumidor, esto guarda relación con el principio de legalidad dentro de un ámbito esencial que es la seguridad jurídica, amparado constitucionalmente, donde regula que las obligaciones contraídas deben de estar legalmente amparada en la norma, con la finalidad de tener un sustento legal o base normativa<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. ANTONIO HERNAN, Benjamín; LIMA MARQUEZ, Claudia y ROSCOE BESA, Leonardo, *Manual del Derecho del Consumidor*, 6ta Edición, Sau Paulo: RT, pp. 256-257.

<sup>36</sup> RESOLUCIÓN N° 075-2007/CCD-INDECOPI, Lima, 2007.

<sup>37</sup> Cfr. ARAOZ VILLENA, Luis Alberto. *El principio de legalidad en la nueva constitución política del estado*, México, Ed. Porrúa S.A., 2013, p.56.

El principio de legalidad es un principio rector de toda actividad legal, es decir de la labor legislativa, cuya protección o sustento se encentra en el ordenamiento jurídico, mediante el cual es posible el desarrollo de un estado social de mercado, y democrático, con normas claras y precisas, pero que estas brinden también protección. Este es un principio que tiene arraigos constitucionales que busca el control de actividades colectivas y está vinculado a un Estado de Derecho<sup>38</sup>.

### **2.4.3. Principio de Idoneidad**

La idoneidad consiste en la coincidencia entre lo que el consumidor tiene como expectativa y que realmente recibe. También se refiere lo que el consumidor espera dependiendo de la calidad y cantidad de información que haya recibido de cada producto (bien o servicio)<sup>39</sup>.

Este principio, determina la información del producto y su respectiva naturaleza y su finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. Por ello, las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

Este principio tiene relación con la asimetría informativa, constituyéndose así en una de las manifestaciones de esta última. Así se presenta un supuesto de falta de idoneidad cuando no existe coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe; naturalmente lo que el consumidor espera depende de la calidad y cantidad de información que le ha brindado el proveedor<sup>40</sup>.

### **2.4.4. Principio de autenticidad**

Este principio tiene que ver con lo auténtico en la información publicitaria, es decir que el anuncio, mensaje, simbología, representación, información, etc., referente a

---

<sup>38</sup> Cfr. BELADIEZ ROJO, Margarita. “*La vinculación de la Administración al derecho*”. En: Revista de Administración Pública 153. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 2000.

<sup>39</sup> Cfr. EGACAL, *El ABC del Derecho de protección al consumidor*, Lima, Editorial San Marcos, 2015, p. 35.

<sup>40</sup> IBID.

un producto o servicio, dirigida a los consumidores debe ser real. Lo que se busca en realidad es no vulnerar la autenticidad del producto o servicio, distinguiéndose de las programaciones o informaciones televisivas, es decir, publicidad encubierta.

INDECOPI, señala respecto a la publicidad engañosa, que esta consiste en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, para poder impedir que los consumidores reconozcan la veracidad de la información del producto. Lo cual constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio, esto a referencia del caso tratado<sup>41</sup>.

Si bien es cierto, nuestro sistema permite la libertad comercial, este no del todo ilimitado, el Estado en su función protectora del consumidor, regula dichas limitaciones a las actividades económicas, y de dicha delimitación no es ajena la publicidad, por eso que el derecho a informar a los consumidores tiene sus propios límites. Se critica la posición que fija este derecho dentro de los principios de corrección profesional, por cuanto se terminaría con subordinar la libertad de manifestación del pensamiento y de información a las exigencias del correcto funcionamiento del mercado<sup>42</sup>.

## **2.5. Fundamentos de la publicidad**

### **2.5.1. Fundamento constitucional**

Como venimos indicando, la publicidad tiene su base legal o reconocimiento en diferentes normas tanto internacionales como nacionales, dentro del ámbito nacional es la Constitución Política quien lo reconoce de forma indirecta, al reconocer el derecho de competencia y la libertad económica.

---

<sup>41</sup> Cfr. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, "*Comité Compial DIGESA*", Lima, Ed. INDECOPI, 2015.

<sup>42</sup> Cfr. ESPINOZA, Juan. *Derechos de los consumidores*, Ob. Cit., p. 485.

En ese sentido, Vilela Carbajal, al señalar que un derecho que se encuentra dentro de la Constitución Política, indica lo siguiente: “dentro de un adecuado sistema de una economía de mercado, en su artículo 65, de la norma citada, protege los derechos de los consumidores y usuarios, en este sentido salvaguarda los derechos de los consumidores, como son el derecho a la información, salud y seguridad, estos derechos mencionados tienen como finalidad respaldar el derecho de los consumidores”<sup>43</sup>.

### **2.5.2. Fundamento económico**

La parte económica respecto de la publicidad engañosa, tiene su fundamento en la libertad económica, que también tiene relevancia constitucional, veamos por ejemplo el artículo 58° y siguientes de la Carta Fundamental de 1993, pues esto tiene inicio en la oferta y la demanda de los bienes o servicios puestos al mercado; sin embargo, su actuación va a poner en riesgo el desarrollo económico no solamente individual o empresarial, sino del país, por ello es importante señalar que al final de cuentas, se ve afectada la imagen de la empresa que incurrió en ella <sup>44</sup>.

### **2.5.3. Fundamento desde la protección del consumidor**

Definitivamente, cuando se cometen prácticas arbitrarias, el más afectado será el consumidor, quien contratará o adquirirá el producto (bien o servicio) inducido por el mensaje publicitario falso o engañoso. Expuesto lo anterior, es que precisamente es el Decreto Legislativo N° 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la normatividad que establece sanciones para el proveedor que incurre en hechos constitutivos de publicidad engañosa, consistentes en sanciones distintas a las establecidas en las reglas generales civiles<sup>45</sup>. Sin embargo, la protección está dirigida en forma taxativa a la competencia, es decir

---

<sup>43</sup> VÍVELA CARBAJAL, Jorge Eduardo. “Fundamento de protección del consumidor”, Revista Jurídica, marzo 2010, p. 2.

<sup>44</sup> Cfr. CAMACHO PEREIRA, Consuelo. “La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. Integración de la publicidad en el contrato”, Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi, 2012, p.128.

<sup>45</sup> Cfr. Artículo 6º.- Cláusula general. - 6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten. 6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

solo en defensa de la competencia a nivel comercial o empresarial, limitándose sólo al ámbito de la actividad privada y desde una perspectiva de ética social y de velar por las reglas de juego claras en una sociedad de mercado.

Podemos afirmar que la protección del consumidor se desarrolla en un ambiente económico, establecido en nuestra Constitución Política del Perú de 1993, salvaguardando el elemento receptor de una relación de consumo, no diríamos el más importante, pero si el más vulnerable, ya que de los elementos que intervienen en la relación de consumo, el consumidor es quien recibe bienes o servicios, y quien al final de cuentas es el que paga por el producto y se beneficia en la utilización del mismo. Por ello el Estado es quien para mantener esta relación de consumo con reglas claras, brinda protección explícita al receptor.<sup>46</sup>

## **2.6. Aspecto negativo de la actividad publicitaria: publicidad engañosa**

### **2.6.1. Conceptualización de la publicidad engañosa**

Como se ha señalado en líneas anteriores, la publicidad, si bien es cierto, es un medio que facilita al consumidor y al proveedor conocer el producto antes de adquirirlo y comparar con otros, podemos catalogar a esta publicidad como positiva; sin embargo, también puede ser una fuente de ilicitud en contra del consumidor, en caso que no se emplee en la forma establecida por el ordenamiento jurídico, configurando un supuesto de publicidad engañosa, que es el objeto de estudio de la presente investigación.

En cuanto a la característica de la publicidad engañosa, Claudia Lima Marques, señala lo siguiente: “la característica principal de la publicidad engañosa, es ser susceptible de inducir al consumidor al error, por sus omisiones” y en cuanto a la publicidad abusiva, indica que es la “publicidad antiética, que hiere la vulnerabilidad del consumidor, los valores sociales básicos, y la propia sociedad como un todo”<sup>47</sup>.

Barraza y Barrientos señalan que “el término de publicidad engañosa es imprescindible, el cual ha sido definido por diferentes autores especializados en el

---

<sup>46</sup> Cfr. VÍVELA CARBAJAL, Ob. Cit. p. 2.

<sup>47</sup> MARQUES, Claudia Lima. Ob. Cit., p. 804.

área de comunicación, y cada uno propone un concepto según el enfoque que desea dar, sin embargo la esencia del concepto se mantiene, el cual se basa en la comunicación de productos y servicios con el fin de ser adquiridos por los consumidores”<sup>48</sup>.

Es por ello importante, como la publicidad engañosa se ha originado y en qué contexto se desarrolla, afirmamos que se da hado por la facultad de la libertad económica y en la ampliación del mercado, en consecuencia, así como trae ventajas también surgieron desventajas para el consumidor.

Por ello, Edwin Farfán señala que, la publicidad engañosa viene a ser un cúmulo de situaciones, surgidas de diferentes situaciones, capaz de intentar agrupar todos los peligros en la cual el consumidor es víctima de esta actividad llamada publicidad, y este autor, aporta una clasificación en cuatro grupos: “violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial, las situaciones de engaño, el uso de la subliminalidad y la violación de reglamentos administrativos”<sup>49</sup>.

En el ámbito internacional, también este aspecto se ha visto regulado, así la Directiva del Parlamento Europeo define a la publicidad engañosa como, “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”<sup>50</sup>.

En el ámbito nacional, el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante CPDC) establece que la protección del consumidor frente a la publicidad

---

<sup>48</sup> BARRAZA Teresa & BARRIENTOS José. *Publicidad engañosa*, 2015 [Ubicado el 25. IV 2018]. Obtenido en [http://fido.palermo.edu/servicios\\_dyc/blog/docentes/trabajos/26431\\_88983.pdf](http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/blog/docentes/trabajos/26431_88983.pdf)

<sup>49</sup> FARFÁN, E. “*Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa*”, Estudios de Derecho LXV, N° 145 (2008):220. Citado por FLÓREZ-ACERO, German y RODRÍGUEZ. -FLÓREZ, Juan Carlos, *La publicidad engañosa: estudios críticos*, Bogotá, Colección JUS privado N° 11, Universidad Católica de Colombia, 2017 p. 111. [Ubicado el 25. IV 2018]. Obtenido en: [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18303/1/Propiedad-intelectual-nuevas-tecnolog%C3%ADas-y-derecho-del-consumo\\_Cap04.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18303/1/Propiedad-intelectual-nuevas-tecnolog%C3%ADas-y-derecho-del-consumo_Cap04.pdf)

<sup>50</sup> Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, Art. 2, letra b).

tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informática en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, que induzca o pueda influenciar a error sobre el origen, naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición<sup>51</sup>.

Así, también el Código de Protección y Defensa del Consumidor, nos indica que herramientas legales se utiliza frente a la publicidad, veamos, por ejemplo:

**Artículo 12º.- Marco legal**

*“La publicidad comercial de productos y servicios se rige por las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, o por aquellas normas que las sustituyan o modifiquen, y por las normas específicas del presente subcapítulo y las de publicidad de determinados productos y servicios contenidas en el presente Código”<sup>52</sup>.*

Asimismo, existe una regulación genérica de la publicidad engañosa, en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, veamos el siguiente artículo:

**Artículo 3.- Prohibición de información falsa o que induzca a error al consumidor.**

*“Está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”<sup>53</sup>.*

---

<sup>51</sup> Cfr. RESOLUCIÓN N° 001-2016-LIN-cd1/INDECOPI, de fecha 22 de junio de 2016, p.7.

<sup>52</sup> Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 promulgada el 14 de agosto del 2010.

<sup>53</sup> IBID

Debemos dejar en claro, que si bien es cierto es el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29751), quien regula en el Sub Capítulo II en forma específica algunos supuestos de protección del consumidor frente a la publicidad; sin embargo, es el Decreto Legislativo N° 1044 “Ley de Represión de la Competencia Desleal”, quien regula en forma más detallada lo concerniente a la protección del consumidor frente a la publicidad falsa o engañosa.

Como hemos descrito, la publicidad engañosa se desarrolla dentro de un marco comercial, donde el consumidor o víctima es inducido en error o engaño en la contratación de un producto o servicio, con lo cual se vulnera el principio de buena fe contractual entre el consumidor y su proveedor.

### **2.6.2. Publicidad engañosa y sus efectos**

Para entender cuáles son sus efectos de la publicidad engañosa, debemos abarcar el tema de la publicidad desde el punto de vista normativo, ya que en nuestro país se encuentra regulada en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, veamos por ejemplo en su artículo siguiente:

#### *Artículo 59.- Definiciones*

*“Para efectos de esta Ley se entenderá por:*

*d) Publicidad: a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de competencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales”<sup>54</sup>.*

Como vemos, mediante la Ley de Represión de la Competencia Desleal, nuestro ordenamiento jurídico, define que es la publicidad y como debe desarrollarse, sin embargo, ello no es suficiente, pues desde el punto de vista del Derecho del

---

<sup>54</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Consumidor se intenta poner límites a la publicidad, a pesar de ello, siempre existe la parte negativa, y ella es la publicidad engañosa.

Los efectos de la publicidad engañosa, está referido a la vulneración de la leal competencia y al sujeto de la relación de consumo más vulnerable, en este caso la afectación al consumidor. Esta protección lo realizan la siguiente normativa: Ley de Represión de la Competencia Desleal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, y en forma específica del Derecho de los Consumidores.

Sin embargo, debemos señalar, que anteriormente la publicidad engañosa, estaba regulada penalmente en nuestro Código Penal, en el art. 238 (Informaciones falsas sobre calidad de productos), que fue derogado por Decreto legislativo N° 1044 “Ley de Represión de la Competencia Desleal” de fecha 26 de junio del 2008 y que entro en vigencia a partir del 26 de julio del mismo año, donde se establecía que la Publicidad Engañosa se configuraba “por cualquier medio publicitario, afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por si misma de inducir a error grave al consumidor”. Sin embargo, al principio con el ingreso en vigencia del Decreto Legislativo N° 1034 “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, que fue publicado el 26 de junio de 2008 se despenalizó esta figura, en cuanto delitos económicos se refiere. Es decir, que el Decreto Legislativo N° 1034 se origina con la finalidad de proteger la competencia desleal, sin embargo, tenía vacíos, por lo que posteriormente es modificado mediante Decreto Legislativo N° 1044 cambiando incluso su nomenclatura “Ley de Represión de la Competencia Desleal”, por ello es que afirmamos que en definitiva quien deroga el art. 238 del Código Penal peruano, es este último decreto legislativo. En efecto, así lo indica la segunda disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1044 “Ley de Represión de la Competencia Desleal”, que derogó definitivamente este artículo 238° del Código Penal, como hemos referido tipificada como delito a la publicidad engañosa, por lo que se optó en darle otra naturaleza jurídica, es decir de configurarla como una infracción y que esta sea atendida en sede administrativa, a través del órgano competente, que es INDECOPI, teniendo como consecuencia ya no una pena

privativa de libertad, sino una pena de multa y algunas medidas coercitivas complementarias<sup>55</sup>.

Según Abanto Vásquez, refiriéndose a la imputación objetiva del artículo derogado (art. 238° del C.P.), señala: "La afirmación falsa debe además ser idónea para causar un error grave en el consumidor. Ciertamente una afirmación falsa podrá en principio ser idónea para causar error, pero si el tipo exige además que esto se mida en función del entendimiento que le puedan dar los consumidores, en el caso concreto, es posible que los consumidores no hayan tomado en serio la afirmación falsa. La idoneidad puede existir ya cuando hay en la propia ley regulaciones específicas sobre el contenido de determinados anuncios publicitarios (por ejemplo, la obligación de incluir el IGV en el precio). Pero, en otros casos, habrá que recurrir al criterio interpretativo de cómo han apreciado los consumidores la información falsa"<sup>56</sup>.

### **2.6.3. Algunas manifestaciones de publicidad engañosa**

Algunas manifestaciones que pueden ser consideradas publicidad engañosa<sup>57</sup>:

- Mensajes publicitarios incluso en Internet que incluyen cláusulas del tipo "oferta válida hasta fin de existencias", "oferta válida hasta acabar stock" u "oferta válida salvo error tipográfico".
- Mensajes que incluyen expresiones ambiguas, desconocidas o con una pluralidad de significados que dan lugar al riesgo de que el destinatario interprete el mensaje en un sentido que no corresponde con la realidad.
- Utilización de letra pequeña, ilegible o diminuta en los anuncios, con la intención o no, que el destinatario no los perciba.
- Utilización de mensajes que estimulan al comprador a tomar una decisión rápida pero que no se cumplen.

---

<sup>55</sup> Cfr. URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal Práctico, concordancias, doctrina, jurisprudencia y evolución legislativa*, Tomo II, 2da Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 66.

<sup>56</sup> ABANTO VASQUEZ, M, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Lima, Editorial Idemsa, 2000, pp. 158-159.

<sup>57</sup> Cfr. THOMPSON, Iván. *La publicidad engañosa*, 2014. [Ubicado el 25. IV 2018]. Obtenido en: <http://www.promonegocios.net/publicidad/publicidad-enganosa.html>

- Inclusión del precio sin impuestos de ley en el anuncio, con la intención de que el destinatario vea un precio más atractivo o menor al de la competencia.
- Omisión de datos fundamentales que puedan influir en la decisión del consumidor, por ejemplo, en cuanto a la peligrosidad, el precio completo, las condiciones jurídicas, etc.
- Realización de promesas que luego no se cumplen, intencionadamente o no; por ejemplo, la promesa de "entrega en 30 minutos a domicilio" u "entrega en 30 minutos a domicilio, sino es gratis", oferta que no es cumplida por el proveedor bajo el argumento de que "existe sobredemanda del producto" o que hubo congestión vehicular.
- Exageraciones acerca de los beneficios del producto; por ejemplo, aquellos mensajes de ciertos productos que supuestamente curan o previenen enfermedades de forma efectiva, o, aquellos productos que tratan la obesidad sin necesidad de dieta o ejercicios.
- Presentación de mensajes publicitarios ante los consumidores sin que éstos puedan identificarlos como tales. Por ejemplo, cuando el mensaje publicitario se presenta bajo la forma de mensaje informativo, pseudocientífico, artístico o creativo.

### **3. PROTECCIÓN NORMATIVA AL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA**

Existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, tres ámbitos de protección al consumidor frente a la publicidad engañosa, la primera de ellas es el ámbito constitucional de forma muy general sobre los derechos del consumidor y las dos siguientes bases normativas especializadas que regulan la protección y defensa del consumidor, estas serían las siguientes:

- a) Constitución Política del Perú de 1993
- b) Ley N° 29571, El Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- c) Decreto Legislativo N° 1044, "Ley de Represión de la Competencia Desleal".

Estas dos normas últimas normas especializadas, a la vez se complementan, veamos por ejemplo lo que prescribe respecto a la publicidad en el art. 12° del CPDC:

*Artículo 12°.- Marco legal La publicidad comercial de productos y servicios se rige por las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, o por aquellas normas que las sustituyan o modifiquen, y por las normas específicas del presente subcapítulo y las de publicidad de determinados productos y servicios contenidas en el presente Código<sup>58</sup>.*

### **3.1. Constitución Política del Perú de 1993**

Nuestra Constitución Política vigente, protege los intereses de los consumidores y los usuarios, dicha protección es sobre bienes jurídicos colectivos (como la información, sobre bienes y servicios, la salud y la seguridad en la población) teniendo como fundamento el artículo 65° de la Carta Fundamental.

***“Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios.***

*Para al efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”<sup>59</sup>.*

El derecho protegido del consumidor se basa a una buena información cierta y verdadera, donde se reconoce u obliga a la empresa que cumpla previamente con su obligación de proporcionar información suficiente, por consiguiente, el consumidor se encontrará debidamente capacitado para adoptar una decisión

Figueroa Bustamante, recordando a la ley derogada (Decreto Legislativo N.° 716 Ley de Protección al Consumidor<sup>60</sup>), señala que dicha protección constitucional al

<sup>58</sup> Cfr. Ley N° 29571, El Código de Protección y Defensa del Consumidor

<sup>59</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Centro De Estudios Constitucionales; *Compendio Normativo, Constitución Política del Perú*, Lima, Primera Edición, 2015, p. 32.

<sup>60</sup> Cfr. DECRETO LEGISLATIVO N° 716, ley que protegía al consumidor (Derogado).

consumidor se basa en las reglas del mercado, y dicha norma fundamenta la protección en el principio de autotutela según el cual debe existir un mercado regido por la competencia perfecta, la misma que consiste en una situación en la cual los precios surgen por la espontánea unión de la oferta y la demanda, sin que exista ningún elemento distorsionador<sup>61</sup>.

Por lo tanto la tutela del consumidor está organizada, desde el punto de vista de la técnica normativa, sobre diversos niveles: el nivel definitorio de la noción de consumidor, el nivel codificadorio de los derechos fundamentales de los consumidores, el nivel representativo de los intereses de los consumidores obtenido tanto a través del registro y la legitimación para actuar, en definitiva el consumidor goza de derechos inherentes del consumidor<sup>62</sup>.

El consumidor, es la figura de mayor protección en una relación de consumo. Lo que palabras de Alfredo Bullard, señala “La persona es protegida en el rol del consumidor únicamente en tanto y en cuanto su actuación se da en el referido ámbito del mercado, instancia que se reconoce y persigue consagrar el derecho libre de elegir qué consumir y qué producir por parte de los proveedores y los consumidores”<sup>63</sup>.

### **3.2. Código de Protección y Defensa del Consumidor**

En el Código de Protección y Defensa del Consumidor se hace referencia a la protección del consumidor frente a la publicidad, el Código menciona que: “la protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentra y la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta, (...). Asimismo

---

<sup>61</sup> Cfr. FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. *Introducción al derecho financiero bancario y bursátil*, Lima, Ed. San Marcos, 2010, p.p. 293 y 294.

<sup>62</sup> Cfr. ALPA. Guido. “*Derechos del consumidor*”, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 2010, p.85

<sup>63</sup> BULLARD, Alfredo. “*Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*”, Lima, Ed. Palestra, 2003, p. 617.

atendiendo el impacto que la publicidad puede generar en las conductas sociales, la protección del consumidor frente a la publicidad persigue que los anuncios no afecten el principio de adecuación social, evitando induzcan a cometer actos ilegales o antisociales de discriminación u otros de similar índole<sup>64</sup>.

### **3.3. Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal**

El Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal protege al consumidor en el ámbito de la competencia desleal, con respecto a la información errónea para ganar en la competitividad, es decir exige no inducir a error a los consumidores de la siguiente manera:

#### *“Artículo 8.- 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”<sup>65</sup>.*

### **3.4. Órganos competentes**

#### **3.4.1. Competencia de INDECOPI**

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), fue creado en noviembre de 1992 para promover

---

<sup>64</sup> Cfr. EGACAL, Ob. Cit. p. 75.

<sup>65</sup> Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia y para proteger todas las formas de propiedad intelectual, mediante Decreto Ley No. 25868 <sup>66</sup>.

Cabe decir, que el Decreto Ley No. 25868 fue modificado mediante el Decreto Legislativo No. 807 en el mes de abril del año 1996, con motivo de precisar claramente las facultades de las Comisiones y Oficinas que lo conforman, se eleve substancialmente el monto de las multas, se incremente la magnitud de otras sanciones existentes y se simplifiquen los procedimientos existentes, así tenemos:

*Artículo 1º.- “Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento”<sup>67</sup>*

Finalmente, con fecha 24 de junio de 2008 se promulga el Decreto Legislativo No. 1033 (deroga y sustituye el Decreto Ley 25868 y sus normas modificatorias) que aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, la cual define la naturaleza de la entidad en su artículo 1º:

Artículo 1.- Naturaleza del INDECOPI. - *El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI – “es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y rige su funcionamiento de acuerdo con las disposiciones*

---

<sup>66</sup> Cfr. Decreto Ley N° 25868, *Ley de Organización y Funciones del Indecopi*. Publicado el 18 de noviembre de 1992.

<sup>67</sup> Decreto Legislativo N° 807, *Ley de Facultades, normas y organización del Indecopi*. Publicado el 16 de abril de 1996.

*contenidas en la presente Ley y en sus normas complementarias y reglamentarias*<sup>68</sup>

### **3.4.2. Funciones de las Comisiones de Protección al Consumidor**

La Comisión de Protección al Consumidor (CPC) es el órgano administrativo competente y especializado para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en él, salvo que su actividad sea regulada por norma expresa con rango de ley. Su misión es promover y garantizar proactivamente el respeto y ejercicio de los derechos de los consumidores basándose en la excelencia y calidad de su personal. Asimismo, tiene como visión liderar la defensa y promoción de los derechos de los consumidores a escala regional, brindando servicios confiables, oportunos y transparentes, contribuyendo al desenvolvimiento del mercado en el marco de la leal y honesta competencia<sup>69</sup>.

El INDECOPI actualmente tiene, tres (03) Comisiones de Protección al Consumidor, cuyo funcionamiento y competencia se encuentra determinadas de la siguiente manera<sup>70</sup>:

- a) Comisión de Protección al Consumidor N° 1: este órgano se encarga de los Procedimientos e investigaciones que versen sobre lo siguiente: (i) servicios bancarios y financieros, (ii) mercados de valores en tanto se refiera a inversiones que califican como consumidores, (iii) sistema de pensiones, (iv) planes de salud, (v) servicios de salud humana; y, (vi) seguros incluido el Seguro Obligatorio por Accidentes de Tránsito (SOAT) y Certificado contra Accidentes de Tránsito (CAT)<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Decreto Legislativo N.° 1033, *Ley de Organización y Funciones del Indecopi*. Vigente desde el 24 de junio de 2008.

<sup>69</sup> Cfr. EGACAL, Ob. Ci. pp. 7-8.

<sup>70</sup> Cfr. Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI No. 027-2013-INDECOPI-COD fue aprobada la división temática de la competencia resolutoria de las Comisiones de Protección al Consumidor No. 1 y No. 2.

<sup>71</sup> Cfr. CALLIRGOS RAMÍREZ, B. R., & ROBLES MALDONADO, I. M. (2018, May 12). *El caso Pura Vida*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, Perú. [Ubicado el 25. XI 2018]. Obtenido en: <https://repositorioacademico.upc.edu.pe>

- b) Comisión de Protección al Consumidor N° 2: Este órgano se encarga de los Procedimientos e investigaciones en materia de Protección al Consumidor que contemplen los demás segmentos económicos que no sean de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor N° 1<sup>72</sup>.
- c) Comisión de Protección al Consumidor No. 3, según referencia en la página web de INDECOPI, “es competente de manera exclusiva para iniciar, investigar y resolver, procedimientos administrativos sancionadores por iniciativa de la misma autoridad en materia de protección al consumidor<sup>73</sup>.”

### **3.4.3. Funciones de la Sala de Defensa de la Competencia**

La Sala de Defensa de la Competencia N° 02 es una de las salas especializadas que integran el Tribunal de Indecopi. Esta sala es el órgano funcional que reconoce en segunda y última instancia administrativa con carácter nacional, los procesos relacionados con la protección de los derechos de los consumidores. Dicho órgano resuelve las apelaciones interpuestas por las partes involucradas en el procedimiento seguido ante una comisión con competencia en materia de protección al consumidor en contra de la resolución que pone fin a la instancia, con el objetivo que sea revisada por este órgano superior<sup>74</sup>.

## **4. ANÁLISIS DEL CASO “LECHE PURA VIDA NUTRIMAX”**

Como punto de partida, debemos indicar que para cada caso donde se vulnere el derecho del consumidor, en forma general, se tiene el siguiente procedimiento administrativo sancionador que se inicia por INDECOPI, veamos un flujograma:

---

<sup>72</sup> IBID

<sup>73</sup> Cfr. INDECOPI, [Ubicado el 25. XI 2018]. Obtenido en: <https://www.indecopi.gob.pe>

<sup>74</sup> IBID. p. 8.

FIGURA N° 1

## PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE INDECOPI



FUENTE: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

#### 4.1. Procedimiento Administrativo Sancionador al Grupo Gloria S.A. por el caso “Leche Pura Vida Nutrimax”

##### 4.1.1. Inicio

Es preciso indicar que el Grupo Gloria, es una empresa nacional que se ha consolidado en el mercado nacional e internacional y que concentra dentro de nuestro mercado de consumo más del 80% en productos lácteos.

Asimismo, es conveniente precisar que antes que se inicie la investigación en sede administrativa en nuestro país, las primeras noticias respecto del producto “Leche Pura Vida”, fueron los medios extranjeros quienes informaron que la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos (AUPSA) llegó a determinar que el producto lácteo “Pura Vida” no podía ingresar más a su país con el etiquetado o denominación “leche”, porque dicho producto industrializado en su composición no contenía los elementos propios de la bebida natural, en consecuencia dicho organismo ordenó el retiro del producto cuestionado de su mercado, es decir el Grupo Gloria fue sancionado en Panamá por su producto “Leche Pura Vida Nutrimax”.

Posteriormente, esta información dada a conocer por los medios extranjeros, llegó a nuestro país, y fue la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) quien se pronunció respecto de este hecho suscitado en Panamá, porque el producto “Leche Pura Vida” también se comercializaba en nuestro mercado como “leche evaporada”, y esta asociación consideraba que dicho producto lácteo transgredía la Norma Técnica Nacional y el Codex Alimentarius, pero su crítica no sólo se quedó en el plano técnico nutricional, sino que señaló que su denominación “Leche” y su etiquetado induce al consumidor al error por mostrar la imagen de una vaca, la misma representación que no guarda relación con sus componentes reales.

Posteriormente INDECOPI inicia de oficio el Procedimiento Administrativo Sancionador con el Expediente N° 053-2017/CC3, básicamente por acciones de supervisión y fiscalización desarrolladas por la Secretaría Técnica de la CC3 (Comisión de Protección al Consumidor N° 03), la misma que encargó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, cuyo análisis de los productos de la empresa Grupo Gloria S.A.

El Procedimiento Administrativo Sancionador en contra de GLORIA S.A., se inicia a instancia de la Secretaría Técnica - INDECOPI, con cargo a dar cuenta a la Comisión de Protección al Consumidor N° 3 - Lima; en tanto habría incurrido en presunta infracción a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto no brindó información relevante respecto a la naturaleza de los siguientes productos:

- Bonlé – Bolsitario – Leche evaporada parcialmente descremada, esterilizada con maltodextrina y grasa vegetal.
- Bonlé – Tetrapack - Leche evaporada parcialmente descremada esterilizada, con maltodextrina, grasa vegetal y enriquecida con vitaminas A y D.
- Gloria – Tetrapack – Sin lactosa leche chocolatada, semidescremada UHT, fácil digestión, con vitaminas A, C y D.
- Gloria – Lata – Leche evaporada parcialmente descremada, con miel de abeja, minerales y vitaminas.

- **Pura Vida Nutrimax – Bolsitarro – Leche UHT con maltodextrina, grasa vegetal, proteína aislada de soya, minerales (Hierro y Zinc) y vitaminas A y D.**<sup>75</sup>

Conociendo los 5 productos, por lo que se le inició el Procedimiento Administrativo Sancionador al Grupo Gloria, corresponde a la presente investigación, analizar el siguiente caso: “Pura Vida – Bolsitarro – Leche UHT con maltodextrina, grasa vegetal, proteína aislada de soya, minerales (Hierro y Zinc) y vitaminas A y D”; porque consideramos el más resaltante y polémico de todos los cinco casos anteriormente mencionados y el cual es objeto de estudio, cuya muestra se analizará de acuerdo a lo constatado en la Resolución Final N° 176-2017/CC3 – INDECOPI.

#### **4.1.2. Desarrollo**

Cabe indicar que anterior al presente Procedimiento Administrativo Sancionador<sup>76</sup> en análisis, hubo otro donde el denunciante era la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), denuncia interpuesta ante INDECOPI, quien a través de la **Comisión de Protección al Consumidor N° 2 – CC2**, inicia el primer **Expediente N° 679-2017/CC2** contra el **Grupo Gloria S.A. y Nestlé S.A.**, donde INDECOPI sancionó a dichas empresas por infringir el derecho de información de los consumidores **al no consignar en sus etiquetas el nombre verdadero de sus productos lácteos**; y por afectar el deber de idoneidad que están obligados a cumplir como proveedores, pues comercializaron un producto distinto al que esperaban los consumidores<sup>77</sup>.

Este es el primer caso contra dichas empresas, cuya investigación realizada por INDECOPI, concluyó en primera instancia, cuyas denuncias fueron realizadas por terceros, y referidas a los productos lácteos<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr. Resolución Final N° 176-2017/CC3 - INDECOPI, pp. 2-3.

<sup>76</sup> Iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor N° 03 signado en el Expediente N° 053-2017/CC3.

<sup>77</sup> Cfr. INDECOPI, [Ubicado el 25. IX 2018]. Obtenido en: <https://www.indecopi.gob.pe>

<sup>78</sup> IBID

En el caso de la empresa Gloria, la multa llegó a un total de 2 320 UIT, equivalentes a S/ 9 396 000 (nueve millones trescientos noventa y seis mil soles), por los siguientes productos<sup>79</sup>:

**TABLA 1.**  
**MULTA A LA EMPRESA GLORIA S. A. POR PRODUCTO**

Producto	Razón social	Infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor	Multa
Pura Vida Nutrimax	Gloria S. A.	Infracción al derecho a la información (artículo 10 y 32)	450 UIT
		Incumplir el deber de idoneidad (artículo 18 y 19)	450 UIT
Niños Defense	Gloria S. A.	Infracción al derecho a la información (artículo 10 y 32)	450 UIT
		Incumplir el deber de idoneidad (artículo 18 y 19)	450 UIT
Bonlé Familiar	Gloria S. A.	Infracción al derecho a la información (artículo 10 y 32)	260 UIT
		Incumplir el deber de idoneidad (artículo 18 y 19)	260 UIT

*FUENTE: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*

Como podemos apreciar en el recuadro anterior, dentro de los productos por el cual fue sancionada la empresa Gloria, es: Pura Vida Nutrimax y Bonlé Familiar, que son fórmulas lácteas.

**En esta primera sanción, sobre el producto “Pura Vida Nutrimax”, el Grupo Gloria infringió el derecho a la información de cada uno de los consumidores, en el sentido de que omitió consignar no sólo en el etiquetado sino en todo el envase, la nomenclatura o denominación del verdadero producto, es decir que lo llamó “leche evaporada parcialmente descremada” cuando en realidad se trataba de una “mezcla láctea compuesta”, es decir contenía insumos no lácteos, era sólo una mezcla láctea pero de compuestos. En este caso tiene dos tipos de infracciones, la primera contenida en los artículos 10 y 32 del Código de Protección y Defensa del Consumidor), la cual la Comisión de Protección al Consumidor N° 02 le impuso una multa de 450 UIT; y la segunda infracción**

<sup>79</sup> IBID

contenida en el artículo 18 y 19 del mismo Código y por la misma sanción (450 UIT), por ofrecer y comercializar un producto distinto al que ofreció a los consumidores.

**Una vez sancionada la empresa Gloria por este caso de incumpliendo a lo dispuesto en el *Codex Alimentarius*; a partir del año 2017 y ante la resolución emitida por DIGESA, la empresa adecuó su denominación, cambiándola de “Leche evaporada descremada” por la de “mezcla láctea compuesta”, sin embargo, el cambio sólo fue en cuanto a su denominación y no de las imágenes de representación, por lo que en su bolsitarro continuaba usando la imagen de una vaca, que en este caso simboliza al producto leche.**

Posteriormente ya en el **Expediente N° 053-2017/CC3**, la **Comisión de Protección al Consumidor N° 3** - INDECOPI; inicia de oficio el Procedimiento Administrativo Sancionador, esta vez sólo contra el Grupo Gloria S.A., a raíz de todo el escándalo desatado contra esta empresa particularmente por sus productos lácteos, en tanto no brindó información relevante respecto a la naturaleza de los siguientes productos: Bonlé – Bolsitario, Bonlé – Tetrapack, Gloria – Tetrapack, Gloria – Lata, Pura Vida – Bolsitarro<sup>80</sup>.

En este expediente, el Grupo Gloria nuevamente se encuentra involucrado con respecto a sus productos lácteos y dentro de ellos en especial con el producto “Leche Pura Vida”, en la que nuevamente INDECOPI encuentra indicios de infracción a lo establecido en el artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor en tanto el consumidor esperaba recibir un producto que correspondía a la denominación de su etiquetado y asimismo infracción al artículo 32° del mismo Código, en cuanto a la denominación del producto no reflejaba su verdadera naturaleza, generando confusión en el consumidor<sup>81</sup>.

#### **4.1.3. Resolución final**

La resolución final N° 176-2017/CC3, sanciona a la empresa Gloria respecto a los productos entre ellos el denominado “Pura Vida”, por haber infringido lo prescrito

---

<sup>80</sup> Cfr. Resolución Final N° 176-2017/CC3 - INDECOPI, pp. 2-3.

<sup>81</sup> Cfr. Resolución Final N° 176-2017/CC3 - INDECOPI, p. 3.

por el artículo 19° de la Ley N° 29571 (Código de Protección y Defensa del Consumidor), debido a que se vulnerado la expectativa del consumidor, puesto que este último sujeto de la relación de consumo esperaba recibir un producto que corresponda a la denominación de su etiquetado<sup>82</sup>.

Asimismo, sanciona a la misma empresa y sobre el mismo producto, por haber infringido lo prescrito en el artículo 32° del mismo código, por haber constatado que los productos, entre ellos, “Pura Vida”, no correspondería a su verdadera naturaleza, pues ello genera confusión en el consumidor<sup>83</sup>.

Por dichas infracciones y determinada su responsabilidad de la empresa Gloria respecto a lo establecido en los artículos 19° y 32° del CPDC, la Comisión de Protección al Consumidor – CC3 impone una única sanción que asciende a 450 UIT, puesto que los productos bolsitarro y tetrapack, ambos de la marca “Bonlé”, y el producto Bolsitarro de la marca “Pura Vida”, en su denominación utilizaron el término leche, cuando en realidad no lo eran, y al generar expectativa en los consumidores, puesto estarían afectando su derecho a la idoneidad e información del producto, al no recibir un producto conforme a sus intereses.

Como hemos indicado anteriormente, tanto la CC2 y la CC3, tuvieron casos sobre la infracción y responsabilidad de la empresa Gloria, y sobre varios productos lácteos, siendo sancionada dos veces, coincidiendo dicha infracción casi por los mismos productos, siendo uno de ellos el producto “Pura Vida”; por lo que el Tribunal de Indecopi como última instancia administrativa, llega a confirmar la sanción a la empresa Gloria y Nestlé por vicios hallados en la información brindada a los consumidores, sin embargo en esta misma resolución redujo la multa impuesta por ambas comisiones, en este caso la Sala de Protección al Consumidor de Indecopi, considera que existe afectación al principio *non bis in ídem*<sup>84</sup>, y en ese sentido no se podía sancionar dos veces por el mismo hecho, en consecuencia la

---

<sup>82</sup> IBID, p. 56.

<sup>83</sup> Cfr. Resolución Final N° 176-2017/CC3 - INDECOPI, p. 57.

<sup>84</sup> IBID, pp. 15-16.

multa impuesta en los dos casos sumaba 900 UIT, lo que el tribunal rebaja sólo y únicamente a 450 UIT, pues no se podría sancionar dos veces.

#### 4.2. ¿Es la omisión de información relevante en el etiquetado del producto “Pura Vida” una manifestación de publicidad engañosa?

Partiendo de lo señalado por INDECOPI en su documento de trabajo denominado “Lineamientos de Publicidad Engañosa” publicado en su página web en el año 2015<sup>85</sup>, señala que existen los siguientes tipos de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño<sup>86</sup>:

- a) **Engaño por falsedad:** este es un de los casos más simple en la cual se transgrede el principio de veracidad publicitaria, puesto que consiste en que las afirmaciones vertidas o empleadas en el producto no corresponden a la a su verdadera naturaleza o a la realidad.
  
- b) **Engaño por inducción a error:** Este caso sucede cuando las afirmaciones, conteniendo aun veracidad, pueden llevar a un consumidor a hacerse una idea del producto o servicio que se está publicitando y así determinar sus características, sin embargo, esas características en la realidad no poseen o carece, dependiendo muchas veces de la forma como son presentadas, siendo una de ellas la utilización de las imágenes que las acompañan. Veamos el siguiente ejemplo: “el caso de una empresa dedicada a la comercialización de cojinetes con rodamientos, que consignó en sus empaques la frase “Registered in Japan”. Al respecto, de la revisión del empaque, solo se apreciaba dicha frase, sin que tenga ninguna referencia a una procedencia geográfica distinta a Japón. Por ello, la Comisión consideró que la frase “Registered in Japan” era capaz de dar a entender a los consumidores que los referidos productos tenían un origen japonés. Sin embargo, de la revisión de los medios probatorios se verificó que estos

---

<sup>85</sup> Cfr. INDECOPI, Documento de Trabajo “*Lineamientos de Publicidad Engañosa*”, pp. 1-15, [Ubicado el 25. IX 2018]. Obtenido en: <http://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4174>

<sup>86</sup> IBID, pp. 8-11.

provenían de otro lugar geográfico, esto era, de la República Popular China”<sup>87</sup>.

**c) Engaño por omisión de información relevante:** Este caso típico es una modalidad de la inducción a error, puesto que la información indicada o presentada en el producto o servicio está siendo ocultada, o se omitió información relevante, es decir que en este caso el consumidor se encuentra expuesto a que la publicidad carezca de información respecto de algún elemento esencial. Veamos el siguiente ejemplo: “una empresa dedicada al rubro de telecomunicaciones difundió una promoción del servicio de “Internet Móvil” a alta velocidad a solo S/.49.00 por los dos primeros meses. En el interior del anuncio se indicaba que la velocidad de navegación en cualquier plan era de 2000 kbps. Sin embargo, el anunciante omitió informar que en realidad la velocidad mínima garantizada era solo el 10%, a pesar que dicha omisión era capaz de inducir a error a los consumidores respecto de las reales ventajas del servicio ofrecido”<sup>88</sup>.

**d) Engaño por información inexacta y/o ambigua:** Este caso es otra modalidad de inducción a error, está referido a que la información por parte del anunciante tiende a asegurar a inducir a error a los consumidores, ya que el mensaje publicitario tiene un contenido inexacto o ambiguo del producto o servicio. Veamos el siguiente ejemplo: “una empresa dedicada a la venta de productos importados, que comercializó condensadores secos consignando las frases “MADE DUCATTI ITALY” y “MADE IN CHINA”, en los empaques y en los mismos productos. Al respecto, la Comisión determinó que dichas frases transmitían a los consumidores un mensaje ambiguo respecto a la procedencia geográfica del producto. Por tanto, dicha presentación era capaz de inducir a error a los consumidores, quienes

---

<sup>87</sup> Resolución N° 015-2015/CCD-INDECOPI y la Resolución N° 521-2015/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 0069-2014/CCDINDECOPI, en el procedimiento seguido por Luis Felipe Elías Huapaya en contra de Sudameri's de Rodamientos S.A.C. Citado por: INDECOPI, Documento de Trabajo, Ob. Cit. p. 9.

<sup>88</sup> Resolución N° 060-2012/CCD-INDECOPI y Resolución N° 1217-2013/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 259-2011/CCD, en el procedimiento seguido de oficio en contra de Telefónica Móviles S.A. Citado por: INDECOPI, Documento de Trabajo, Ob. Cit. pp. 10-11.

podieron haber interpretado que se trataba de productos de origen italiano, cuando esto no era cierto, dado que provenían de la República Popular China, conforme se verificó en el procedimiento”<sup>89</sup>.

Teniendo en cuenta lo descrito en el presente acápite, y partiendo que INDECOPI a través de sus Comisiones tanto la CC2 y CC3, ha determinado que la empresa Gloria, siendo una empresa de talla internacional, conoce muy bien los parámetros sobre el anuncio de las características del producto, tanto desde su elaboración, como de su descripción de sus características y contenido, y hasta su denominación y etiquetado, por lo que en el caso “Pura Vida”, a pesar de haber sido indicado ciertas pautas por DIGESA, la empresa Gloria trató de seguir induciendo al error al consumidor, al hacer creer que el producto “Pura Vida” era leche, no sólo porque en su primera sanción por parte de la CC2, se le indicó, y a pesar de ello continuo con el mensaje oculto en su imagen o presentación como es la imagen de una vaca en su bolsitarro, por ello consideramos que este caso después del análisis realizado, es un tipo de engaño por inducción a error al consumidor, y por ende es un tipo de publicidad engañosa.

Refiriéndose al caso “Pura Vida”, el Defensor del Pueblo, señaló lo siguiente: “La información que presenta el etiquetado es altamente engañosa. Viola dos reglas: deber de información e idoneidad. Frustran las expectativas del cliente”<sup>90</sup>.

## **5. APRECIACIÓN CRÍTICA**

En nuestro ordenamiento jurídico, existe normatividad que protege al consumidor de la publicidad engañosa, así tenemos: Decreto Legislativo N° 1044, “Ley de Represión de la Competencia Desleal” y la Ley N° 29571, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, estas normas no solo especifican el control y el procedimiento sancionador contra la publicidad engañosa, sino también el órgano

---

<sup>89</sup> Resolución N° 020-2015/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0520-2015/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 0112-2014/CCD, en el procedimiento seguido de oficio en contra de A & C Ducatti Company S.A.C. Citado por: INDECOPI, Documento de Trabajo, Ob. Cit. pp. 11-12.

<sup>90</sup> Defensoría del Pueblo – Walter Gutiérrez – Noticias RPP, [Ubicado el 25. IX 2018]. Obtenido en: <https://rpp.pe/lima/actualidad/caso-pura-vida-como-empezo-la-polemica-sobre-la-leche-ensvasada-en-el-peru-noticia-1055938>

competente y sus funciones, que corrigen y sancionan las formas y métodos injustos y abusivos que derivan de la competencia en una relación de consumo.

En el caso “Pura Vida”, el Grupo Gloria quien tiene la patente de dicho producto lácteo, se ha utilizado un tipo de engaño por inducción a error, constituyéndose en publicidad engañosa.

Frente a ello, somos de la opinión que una empresa como el Grupo Gloria, es difícil que no sea diligente en la descripción, etiquetado y denominación de sus productos lácteos, por lo que consideramos que en el caso “Pura vida” ha cometido no sólo una infracción de carácter administrativa, sino que ha vulnerado un bien jurídico protegido tanto por la Constitución Política en su art. 65° y asimismo por el Derecho Penal con respecto al patrimonio, a pesar de esta conducta delictiva, considerada como publicidad engañosa, no está tipificada como delito en nuestro actual Código Penal.

En el caso “Pura Vida”, se demuestra que existe una debilidad en la protección de los derechos de los ciudadanos como consumidores, debilidad del sistema de fiscalización y control en favor del consumidor, ya que no fue nuestro país el que detectó irregularidad en el producto lácteo “Pura Vida”, sino el país de Panamá, más aun si en su haber el Grupo Gloria ha tenido 8 a 10 casos de denuncias ante INDECOPI y estas han sido archivadas u otras infundadas, pero no sólo pasa con el Grupo Gloria, actualmente en cuestión de publicidad engañosa también están incurriendo empresas como MOVISTAR, RIPLEY, NESTLÉ, REPSOL, TIOCTAN, etc. Por ello señalados que los ciudadanos estamos expuestos mediante la publicidad engañosa a riesgos penalmente relevantes derivados de la relación de consumo.

El cuadro comparativo de “Leche Pura Vida Nutrimax” muestra la nueva y última modificación vigente:

TABLA 2.

**CUADRO COMPARATIVO DE “LECHE PURA VIDA NUTRIMAX” MUESTRA LA NUEVA Y ÚLTIMA MODIFICACIÓN VIGENTE.**

DENOMINACIÓN INICIAL	MODIFICACIÓN APROBADA
<p>Leche evaporada parcialmente descremada con: leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y Zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)- “PURA VIDA”- NUTRIMAX,</p> <p>Modifica su formulación (adición de: emulsificante (SIN 471) en la cantidad de 2500 mg/kg).</p>	<p>Mezcla Láctea Compuesta con:</p> <p>extracto de Soya,</p> <p>maltodextrina y</p> <p>grasa vegetal “PURA VIDA” – NUTRIMAX</p>

*Fuente: Pantalla de página web de la DIGESA que muestra la modificación al registro de “Pura Vida”*

*Fecha: 07/7/17*

## CAPÍTULO II

### CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La tipificación de la Estafa como delito ha tenido una evolución legislativa que ha venido adaptándose a las nuevas formas de criminalidad, desde el Derecho romano con el crimen *stellionatus*, en donde los elementos constitutivos de criminalidad han sido: el provecho indebido a causa del engaño, incluso atacando la buena fe y la confianza<sup>91</sup>.

*Stellionatus*, fue una figura criminal que fue utilizada en el Derecho romano, cuya característica principal era la defraudación, era una figura amplia que abarcaba muchas conductas defraudatorias, siendo una de ellas, la venta o permuta de forma dolosa de un bien ajeno o que estaba obligada ya con otra. Es decir era una figura que se cometía en perjuicio de la propiedad ajena, cuyo nomenclatura le dieron los romanos, inspirados en el estelión o salamandra, cuyo animal varia de colores cuando está expuesta a los rayos del sol<sup>92</sup>.

Así cada legislación de cada país ha ido adoptando un tipo de regulación frente a la estafa, por un lado una regulación de tipo amplia y otra de carácter restrictiva; por ejemplo la regulación típica que se le da a la estafa en nuestra legislación penal, es de carácter restrictiva, teniendo en cuenta que con la inclusión del artículo 196-

---

<sup>91</sup> Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ra Edición, Lima, 2008, pp. 1047-1048.

<sup>92</sup> Cfr. CARRARA CARRARA Francesco. *Programa de derecho criminal* vol. IV, Colombia, Ed. Temis, 1996, p. 2336.

A del Código Penal vigente se tiene una tipología de estafa en cuyo centro se encuentra el tipo penal de estafa básica y su modalidad agravada directa como es precisamente la estafa agravada contenida en el artículo en referencia. La periferia se encuentra constituida por los delitos de defraudación contenidos en el artículo 197 del Código Penal peruano, y en donde destaca por excelencia el delito de estelionato<sup>93</sup>.

El delito de estafa, y su configuración en el Código Penal peruano actual, a diferencia de los Códigos Penales anteriores y derogados, tiene una específica protección frente a la víctima y sobre el deber de garante, así Medina Frisancho, indica que quien comete el delito de estafa, no es el que manipula psíquicamente al disponente, sino quien infringe un deber de veracidad que lo obliga frente a la víctima, al margen de la interpretación o representaciones estrictamente subjetivas que se tengan del hecho<sup>94</sup>.

La estafa penal se trata en términos generales, de un desprendimiento patrimonial, pero no cualquier desprendimiento, sino que se tiene que dar un desplazamiento físico de orden patrimonial – económico, y cuya acción lo realiza la propia víctima, digamos que por su propia voluntad, entendiendo que la víctima es quien voluntariamente se desprende de su patrimonio, pero cuya voluntad está viciada por un error idóneo, en consecuencia distorsionada su voluntad por el error, causado por un comportamiento doloso del sujeto activo<sup>95</sup>.

El delito de estafa, al igual como el delito de homicidio, robo, hurto, violación sexual, falsificación de documentos, entre otros por antonomasia ha estado como infracción penal en la consciencia de los seres humanos y obviamente dentro de nuestro acervo cultural en materia jurídico-penal, pues, al ser una cuestión subjetiva y la consideramos ilícita, sería impensable dos supuestos: en primer lugar, que los legisladores, tanto nacionales como extranjeros, no la contemplen expresamente

---

<sup>93</sup> Cfr. FIGARI, Rubén y GUEVARA VASQUEZ, Iván. *El delito de estafa, con especial énfasis en la legislación peruana y argentina*. Lima, Editorial IDEMSA, 2018, p. 7.

<sup>94</sup> Cfr. MEDINA FRISANCHO, José Luis, *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, Grijley, Lima, 2011, p. 91.

<sup>95</sup> Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra el patrimonio*, Lima, Legales Ediciones, 2018, p. 322.

en sus respectivos Códigos Penales como un delito en su parte especial, es decir que no existe legislación en el mundo que no se tipifique positivamente el delito de estafa, en consecuencia la estafa constituye una infracción “clásica” y “nuclear” dentro del campo del Derecho Penal para todas las legislaciones; y en segundo lugar, sería impensable que se pueda alegar a favor del imputado una causal de exoneración de responsabilidad por error de prohibición vencible e invencible (artículo 14°, segundo párrafo del Código Penal peruano), algo así como un negligencia o imprudencia, y al tener en cuenta que se trata de algo que se encuentra en la consciencia de actuar dolosamente, por lo que sería un error totalmente burdo y hasta cómico, pensar en un acto de omisión para alegar culpabilidad y no dolo<sup>96</sup>.

La legislación peruana respecto del delito de estafa ha ido variando en forma típica y ubicación sistemática, así en el Código Penal de 1924 se describía el delito de estafa en su artículo 244° y que según la praxis jurisdiccional de la época servía de base para proteger el patrimonio de los particulares frente a los libramientos indebidos<sup>97</sup>.

Veamos lo que prescribía el artículo 244°:

*“El que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro artificio, Astucia o engaño, se procure o procure a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, será reprimido con penitenciaría o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes”<sup>98</sup>.*

La reforma penal de 1991 supuso un cambio de orientación político-criminal. El legislador peruano, ha apostado por regular la protección penal, por ejemplo, del cheque, bajo la rúbrica de los “delitos contra la confianza y la buena fe en los

---

<sup>96</sup> IBID, pp. 322-323.

<sup>97</sup> Cfr. BRAMONT ARIAS, Luis. *Código Penal anotado*, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la UNMSM, Lima, 1966, p. 361.

<sup>98</sup> Artículo 244° del Código Penal de 1924.

negocios”. La razón de tal decisión político-legislativa obedece a la identificación que se hace del bien jurídico tutelado que determina la lesividad del hecho, pues trasciende al daño patrimonial generado a la víctima, porque esta es engañada al transmitírsele la idea de pago de una obligación a su favor<sup>99</sup>.

Lo anteriormente expuesto refleja pues, una evolución legislativa de ubicación sistemática de los delitos que se han ido extrayendo por su naturaleza penal y por el bien jurídico protegido, una especie de especificación de los delitos, esto lo traigo a colación, puesto que el delito de estafa ha sufrido dichos cambios, sin embargo, hoy la criminalidad económica nos trae nuevas conductas que si bien es cierto pueden aparentemente ser lícitas, pero si encontramos el trasfondo de dicha conducta dentro del ejercicio de la libertad económica, vamos a encontrar elementos delictivos que merece ser tipificado o punible, es el caso de la publicidad engañosa, y este capítulo trata de encontrar esos elementos en la publicidad engañosa en relación con el delito de estafa.

### **1.1. Origen y naturaleza de la estafa**

La estafa es tan antigua como la humanidad. El engaño sobre el cual se monta el acto defraudatorio, es el punto de quiebre de todo acto de confianza y de regularidad en el plano de las relaciones intersubjetivas de las personas humanas.

Así, Rubén Figari e Iván Guevara<sup>100</sup>, refieren que en la obra “Utopía” de Tomás Moro, el primer crimen tuvo carácter patrimonial, sostienen que de acuerdo a las complejidades que suelen estar presentes en la vida del ser humano en sociedad, habría un dato aún más preciso: el crimen patrimonial que quebró definitivamente la confianza interpersonal en un sistema social de propiedad privada no fue el hurto, sino la estafa. Y es que la estafa no solamente toca fibras sociales patrimoniales, al repercutir con el acto defraudatorio a la esfera de las relaciones interpersonales propiamente dichas. El hurto o el robo con sus elementos centrales característicos, como son la sustracción, el apoderamiento y la disponibilidad potencial, no impacta

---

<sup>99</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, Jurista Editores, Lima, 2010, p. 249.

<sup>100</sup> Cfr. FIGARI, Rubén y GUEVARA VASQUEZ, Iván. Ob. Cit., p. 27.

a la esfera interpersonal de la misma forma en que lo hace respecto del ser humano, pues en la sustracción la persona no entrega voluntariamente parte de su propiedad personal, como sí, en cambio sucede con el delito de estafa.

Haciendo un poco de Historia del Derecho, podemos afirmar que, en la doctrina jurídica, el origen de la tipificación del delito de estafa se encuentra en el derecho Romano, con la figura del *stellionatus*.

Roy Freyre, nos señala que, en el sistema romano, se previó el acto *criminal stellionatus* como un hecho relevante punible, es decir tiene un contenido de ilicitud, este se llegaba a concretar o consumir cuando el sujeto activo obtiene provecho indebido a causa de engaño. Asimismo refiere que, esta figura se siguió en el Derecho Italiano y se toma el mismo término o figura del *stellionatus* como el perjuicio de la propiedad ajena, esto es la parte patrimonial, que se presenta mediante el abuso de confianza trasgrediendo la buena fe de otros, utilizando la falsedad mediante engaños o mentiras<sup>101</sup>.

## **2. LA ESTAFA EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO**

### **2.1. Ubicación sistemática en los delitos contra el patrimonio**

El delito de estafa se encuentra regulada dentro del capítulo correspondiente a los delitos contra el patrimonio, lo cual se deduce que el bien jurídico protegido es el patrimonio en función a las personas afectadas que pueden verse mermadas materialmente o patrimonialmente, a consecuencia del engaño o algún tipo de acto defraudatorio incurrido por el sujeto activo.

Así lo ha entendido nuestra doctrina nacional, en específico lo indica Ramiro Salinas Siccha, cuando señala que: “El patrimonio de las personas se constituye en el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal del artículo 196°. De manera específica, se protege la situación de disponibilidad que tienen las personas

---

<sup>101</sup> Cfr. ROY FREYRE, Luis, *Derecho Penal Peruano. Parte especial*, Tomo III., Lima: 1983, p. 147. Citado por ANTACHOQUE VELASQUEZ, Walter Edison, *El delito de estafa y el incumplimiento contractual con dolo antecedente de la parte promotora en la venta de bienes inmuebles futuros, año 2016*, Lima, Tesis para optar el título de abogado, 2017, pp. 30-31. Ubicado [25.XI.2018] Obtenido en: <http://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1553/TITULO%20-%20Antachoque%20Velasquez%2C%20Walter%20Edison.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

sobre sus bienes, derechos o cualquier otro objeto, siempre que tal situación tenga una protección jurídica de relevancia económica”<sup>102</sup>.

Por su parte Peña Cabrera Freyre sostiene que: “No hay objeción alguna en la doctrina especializada, que el delito de estafa ataca el patrimonio de una persona, la suma de valores que se ve mermada, luego de la acción engañosa provocada por el autor, que genera el desplazamiento del acervo patrimonial a su esfera de custodia. De ningún modo, el artículo 196°, ha de tutelar el derecho a la verdad ni la buena fe de los agentes del mercado, en virtud de su contenido etéreo, carente de base material”<sup>103</sup>.

Con esta última posición, no concordamos, porque como vamos a ver en el capítulo III, al referirnos de forma indirecta que también la estafa protege la veracidad de las transacciones comerciales, es decir, de forma directa protege el patrimonio, pero indirectamente la veracidad en la información.

Respecto a la ubicación en el Código Penal peruano, James Reátegui Sánchez nos indica que, cuando ubica al delito de estafa dentro del capítulo correspondiente a los delitos contra el patrimonio, se infiere que dicha ubicación en nuestro Código Penal, se da a conocer que dicha regulación protege al bien jurídico patrimonio y en este caso a las personas que pueden verse mermadas producto del engaño y la defraudación<sup>104</sup>.

### **3. CONCEPTO DE ESTAFA**

El delito de estafa consiste en la utilización de algún artificio o engaño, con la finalidad o intención de procurar para sí o para terceros un aprovechamiento patrimonial, causando así un perjuicio ajeno, por lo que se afirma que la estafa es

---

<sup>102</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit., p. 1058.

<sup>103</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 2da reimpresión, Lima, 2010, pp. 342-344.

<sup>104</sup> Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra el patrimonio*, Ob. Cit., p. 323.

una forma de defraudación, en efecto podemos señalar que, la defraudación en el género y la estafa, una de sus modalidades típicas o viene a ser la especie<sup>105</sup>.

El delito de estafa, según el art. 196 del Código Penal, se define como el perjuicio patrimonial ajeno, causado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, induciendo o manteniendo en error al agraviado, procurándose el estafador un provecho económico para sí o para un tercero<sup>106</sup>.

De esta definición se puede deducir los elementos que configuran este delito, los cuales se encuentran en relación de antecedente a consecuente, tales elementos típicos son: el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio (tipicidad objetiva), asimismo el dolo y el ánimo de lucro (tipicidad subjetiva). El Código Penal no hace referencia expresa a la disposición patrimonial como elemento del tipo de estafa, pero este elemento está implícito en el art. 196 del Código Penal vigente, entendiendo que la forma en que se perjudica al sujeto pasivo o víctima, es mediante un acto de disposición de su patrimonio; aparte de que el bien jurídico protegido gira en torno a la facultad de disposición del patrimonio con la que cuenta el sujeto pasivo<sup>107</sup>.

Como bien podemos apreciar, el delito de estafa contiene una secuencia lógica de desarrollo del *iter criminis*, que hay que tener en cuenta, y su descripción típica no es una mera aplicación simple, sino que se necesita una interpretación, por ello, podemos decir que no todos los elementos normativos del tipo se van a describir taxativamente, ello se deduce de la interpretación, el claro ejemplo en esta estafa es el acto de disposición patrimonial.

---

<sup>105</sup> Cfr. PILCO GARAY, R. *El Delito de Estafa en la Legislación Peruana*. Ubicado [25.XI.2018] Obtenido en: <http://www.monografias.com/trabajos61/delito-estafa-legislacion-peru/delitoestafa-legislacion-peru2.shtml>

<sup>106</sup> Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta Edición, Lima – Perú, Editorial San Marcos, 2006, p. 351.

<sup>107</sup> Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ob. Cit., p. 352.

En esta línea de pensamiento, el penalista García Caveró señala que: “La hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta”<sup>108</sup>.

#### **4. REGULACIÓN DE LA ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO**

##### **4.1. Forma básica**

Anteriormente el delito de estafa sólo se regulaba en forma genérica, a diferencia de los delitos de hurto y robo como delitos más comunes en nuestra realidad criminal, estos delitos últimos si tenían formas agravadas, en cambio la estafa sólo se limitaba a una forma básica descrita en el artículo 196° del Código Penal Peruano, pues el artículo 197° del mismo cuerpo legal se refería a supuestos típicos de defraudación, entre los cuales se encontraba el estelionato (inciso 4), que tienen una estructura distinta, por ello es importante destacar que posteriormente el legislador con el apoyo de la doctrina nacional analizó el artículo 197°<sup>109</sup>.

Dentro de esta crítica respecto de la descripción típica del art. 197° del Código Penal, doctrinarios como Bramont-Arias y María García Cantizano, señalaron lo siguiente: “Estamos frente a casos especiales de defraudación que el legislador ha considerado oportuno tipificar de manera expresa. No son circunstancias agravantes del delito de estafa, conclusión que se deduce de la misma penalidad asignada a estos casos... Al configurarse como tipos autónomos de defraudación, distintos del delito de estafa, no es preciso que en su estructura típica aparezcan los elementos característicos de dicho ilícito penal...”<sup>110</sup>.

Cuando nos referimos a la forma básica de tipificación del delito de estafa, nos estamos refiriendo al tipo base o también llamado tipo general de estafa, que no es más que la descripción legal general del delito de estafa, del cual parte el legislador penal para luego ramificar las agravantes o modalidades.

---

<sup>108</sup> GARCIA CAVERO, Percy. *“La aplicación de trabajo tipo penal de hurto al apoderamiento de acciones desmaterializadas de una sociedad anónima”*. En: *181 nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, Lima, Perú, Editorial Juristas Editores, p. 36.

<sup>109</sup> Cfr. FIGARI, Rubén y GUEVARA VASQUEZ, Iván. Ob. Cit., p. 28.

<sup>110</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ob. Cit., p.36.

Así el legislador peruano lo ha recogido a través del artículo 196 del Código punitivo nacional bajo el tenor:

*“Artículo 196.- El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid y otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”<sup>111</sup>.*

#### **4.2. Formas agravadas**

Respecto a las agravantes del tipo básico de estafa, Rubén Figari e Iván Guevara, señalan que la regulación en el tipo base de estafa resultaba hasta cierto punto insuficiente para cubrir una determinada gama de supuestos de consideración, por lo que el legislador único imaginario criminalizó conductas agravadas de estafa mediante el artículo 2 de la Ley N° 30076, publicada con fecha 19 de agosto del 2013 con el artículo 196-A que se incorporó al Código Penal, dejando en claro la dependencia sustancial del contenido típico de este último artículo incorporado en relación con el artículo 196, que recoge el delito de estafa en su forma básica<sup>112</sup>.

Las agravantes se encuentran descritas en el artículo 196-A del texto penal sustantivo a manera de modalidades agravatorias que giran alrededor de la conducta básica o tipo base:

***Artículo 196-A.-** “La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:*

- 1. se cometa en agravio de menor de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
- 2. se realice con la participación de dos o más personas.*
- 3. se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.*

---

<sup>111</sup> Código Penal Peruano de 1991, artículo 196.

<sup>112</sup> Cfr. FIGARI, Rubén y GUEVARA VASQUEZ, Iván. Op. Cit. p. 28.

4. se realice en ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.
6. se realice en aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima”<sup>113</sup>.

Por agravante entendemos a aquellas circunstancias que hace que la comisión del delito tenga un mayor castigo por el juzgador, porque constituye un mayor peligro, o los afectados son más de dos personas o se realiza por más de dos sujetos. Por ejemplo un agravante sería la premeditación es decir que el sujeto discernió para causar el daño, están inmersos también como agravantes el dolo directo y la intención de causar daño<sup>114</sup>, esto está referido al dolo, en cuanto se verifique que planeó todo para cometer el ilícito penal, nuestro Código Penal sobre el particular establece cinco agravantes en donde el delito de estafa produzca un mayor daño a las víctimas.

## 5. ESTRUCTURA TÍPICA

Aquí tenemos dos conceptos muy puntuales, el primero es el referido al tipo penal y el segundo referido a la tipicidad. Hay ciertas conductas en nuestra sociedad que las leyes penales para su descripción utilizan fórmulas abstractas, pues, señalan la conducta cuyo desvalor la hace acreedora de una pena<sup>115</sup>.

El tipo penal, es una fórmula abstracta, por lo general está constituido por todos aquellos elementos que caracterizan a una acción humana (antijuricidad, culpabilidad, etc.) como contraviniente de una norma. Una acción es considerada como típica cuando es prohibida por el ordenamiento jurídico penal<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> Código Penal Peruano de 1991, artículo 196-A.

<sup>114</sup> Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial, vol. I*, Lima: Ediciones Legales, 2016, p. 670.

<sup>115</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Editorial Temis, ANUD, 1984, p. 212.

<sup>116</sup> Cfr. Cooperación Alemana de Desarrollo GTZ. *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, Lima, AMAG, p. 49.

Sobre la tipicidad la jurisprudencia penal, en el Expediente N°2163-97-B, ha señalado:

*“Solo existe tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, es decir cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo legal formulado por el legislador; por lo tanto, la tipicidad no está limitada a la descripción del hecho objetivo –manifestación de la voluntad y resultado perceptible del mundo exterior-, sino que también contiene la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo de delito, esto es, la parte subjetiva que corresponde a los procesos psíquicos y constitutivos del delito (dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo)”<sup>117</sup>.*

Heydegger, menciona que la mejor técnica legislativa, se encuentra establecido en el art. 196° del actual Código Penal en los términos siguientes: *“El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid y otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”<sup>118</sup>.*

### **5.1. Tipo Objetivo**

Cuando nos referimos al tipo objetivo, nos referimos a la tipicidad objetiva como tal, que contiene los elementos estructurales de la imputación, estos se exteriorizan al momento del desarrollo del injusto penal, por ejemplo: los sujetos de la acción, el bien jurídico tutelado, los elementos normativos, etc.).

---

<sup>117</sup> CARO JOHN, José Antonio (Dir.), ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (Coord.), *Diccionario de Jurisprudencia Penal*, Lima, Editorial Grijley, 2007, p. 650.

<sup>118</sup> HEYDEGGER, Francisco, R, *Código Penal & Nuevo Código Procesal Penal*, Lima, Ed. Instituto Pacífico, 2018, p.167.

### 5.1.1. Sujeto activo

El sujeto activo, es quien ejecuta la acción típica, es decir aquellos que no solamente realizan la conducta delictiva, sino también aquellos que en calidad de garantes omiten sus funciones<sup>119</sup>.

Autor de estafa no es quien manipula psíquicamente al disponente, sino quien infringe un deber de veracidad que lo obliga frente a la víctima al margen de la interpretación o representaciones estrictamente subjetivas que se tengan del hecho<sup>120</sup>.

El sujeto activo en el delito de estafa, conforme lo ha descrito en el tipo penal nuestro legislador, este puede ser cualquier persona, es decir no exige ninguna condición especial, por ello se afirma que es un delito común. Abarcaría incluso a los representantes de personas jurídicas, si éstas son las que han cometido el ilícito defraudatorio.

En ese sentido, Salinas Siccha, señala que: “Sujeto activo, agente o actor del delito de estafa puede ser cualquier persona natural. No se exige alguna cualidad, condición o calidad especial en aquel”<sup>121</sup>.

Reátegui Sánchez, afirma que: “habrá que poner límites y diferencias, así en la estafa la conducta engañosa del autor apunta a inducir a error a la víctima para conseguir una disposición patrimonial perjudicial, mientras que en la defraudación tributaria la conducta fraudulenta del autor busca dejar de pagar una deuda. Conforme a la tipicidad objetiva del delito de estafa este se encuentra integrado por los siguientes elementos: (i) engaño; (ii) error; (iii) acto de disposición; y (iv) perjuicio patrimonial”<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Manual de Derecho Penal. Parte General, Vol. II, Lima, Instituto Pacífico, 2014, p. 759.

<sup>120</sup> Cfr. MEDINA FRISANCHO, José Luis. *La imputación a la víctima en los Delitos de Defraudación Patrimonial*, Grijley, Lima, 2011, p.91.

<sup>121</sup> Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. II, 4ta edición, Lima, 2010 Editorial Grijley, p, 1087.

<sup>122</sup> REATEGUI SANCHEZ. *Delitos contra el Patrimonio*. Ob. Cit. p. 331.

### 5.1.2. Sujeto pasivo

En virtud del principio de lesividad, en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda a la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que ha sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo (...) <sup>123</sup>.

Angel Nardiello, señala que: “sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado” <sup>124</sup>. Es decir, es aquella persona quien sufre la acción típica, en otras palabras, es la víctima de la conducta incriminatoria.

El mismo autor señala que: “el sujeto pasivo de la conducta puede no ser el sujeto pasivo del delito. Quien sufre los afectos del ardid o engaño en la estafa puede no ser necesariamente el que sufre los efectos lesivos del patrimonio” <sup>125</sup>.

En el mismo sentido, Bramont Arias, afirma que: “sujeto pasivo del delito es la persona que sufre el perjuicio patrimonial. Generalmente la persona que padece el perjuicio es la engañada; pero puede suceder que la persona engañada sea diferente de la que sufre el perjuicio, en este caso sujeto pasivo del delito será la que sufre el perjuicio, y la persona engañada será el sujeto pasivo de la acción” <sup>126</sup>.

En tal sentido, podemos colegir según los autores señalados en este acápite, que el sujeto pasivo es la víctima del engaño, pero también del perjuicio patrimonial, por ello existe un nexo causal desde que se realiza el primer acto llamado engaño hasta el efecto causado, en este caso el desprendimiento patrimonial, también es cierto que nada exige que la misma víctima del embaucamiento lo sea también del daño económico, pudiendo ser un tercero.

---

<sup>123</sup> GACETA JURÍDICA. *Diccionario Penal Jurisprudencial*, Lima, 2009, p. 559.

<sup>124</sup> NARDIELLO, Ángel Gabriel. *Estructura del hecho punible. Lineamientos doctrinales, planteo y resolución de casos*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2012, p. 55.

<sup>125</sup> IBID, p. 56.

<sup>126</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ob. Cit., p.352.

### 5.1.3. Bien jurídico protegido: patrimonio

Angel Nardiello, sobre el bien jurídico tutelado, señala lo siguiente: “Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan”<sup>127</sup>.

El mismo autor nos indica que el bien jurídico cumple dos funciones, que son dos razones fundamentales por las que no se puede prescindir: una función garantizadora, y una función teleológica-sistemática<sup>128</sup>.

Piñol Rodríguez, por otro lado, señala respecto a la conceptualización del delito de estafa, que esta tiene diferentes manifestaciones o mejor dicho efectos, siendo uno de ellos el perjuicio del patrimonio, en consecuencia constituye una lesión del patrimonio a través de un procedimiento ilícito, falaz, irregular que cuenta con varios elementos que se presentan de forma correlacionada o consecutiva que les une un nexo causal para concretarse en un hecho ilícito, dichos elementos son el ánimo de lucro, seguido del engaño y error<sup>129</sup>.

De acuerdo a la formulación legal del artículo 196 del Código Penal peruano se tiene que el patrimonio o propiedad privada de las personas, en un régimen de disposición que perjudica al sujeto pasivo del delito. Por precisión del artículo 196-A del citado Código sustantivo, el patrimonio puede constituir bienes muebles e inmuebles<sup>130</sup>.

Sobre este caso al respecto, la doctrina española y en especial el jurista español Francisco Muñoz Conde, refiere lo siguiente: “Bien jurídico protegido común a todas las modalidades de estafa es el patrimonio ajeno en cualquiera de sus elementos integrantes, bienes muebles e inmuebles, derechos, etc., que pueden constituir el objeto material del delito. Eso no quiere decir, como entiende algún sector de la

---

<sup>127</sup> NARDIELLO, Ángel Gabriel. Ob. Cit., p. 55.

<sup>128</sup> IBID.

<sup>129</sup> Cfr. PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de Derecho Penal*, Coruña, Ed. Thomson Civitas, 2003, p.230.

<sup>130</sup> Cfr. FIGARI, Rubén y GUEVARA VASQUEZ, Iván. Op. Cit. p. 29.

doctrina, que en la estafa sea el patrimonio como un todo el bien jurídico protegido, sino solamente que, salvo en alguna modalidad típica concreta, la estafa pueda incidir en cualquiera de los elementos integrantes del patrimonio. Al mismo tiempo la estafa lesiona la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico...”<sup>131</sup>.

La misma posición pero, con un concepto conciso pero amplio respecto al enfoque del bien jurídico patrimonio, a la anterior anotación, MEZGER indica lo siguiente: “bien jurídico protegido en la estafa es el patrimonio y el mantenimiento de la verdad de la buena fe en el tráfico patrimonial”<sup>132</sup>.

Estamos de acuerdo, con esta última concepción respecto a la protección amplia del bien jurídico patrimonio en el delito de estafa, ya que si bien es cierto el bien jurídico tutelado por el delito de estafa es el patrimonio, pero de forma indirectamente protege el mantenimiento de la verdad de la buena fe en el tráfico patrimonial.

En este sentido dicha protección, conllevaría a indicar que, dentro de la vulnerabilidad de la publicidad engañosa como modalidad de estafa, no sólo abarcaría el patrimonio sino también en forma indirecta el mantenimiento de la verdad de la buena fe en el tráfico patrimonial.

Frente a ello, tenemos recurrir, sobre el enfoque que se tiene respecto del concepto patrimonio, veamos lo siguiente:

#### **a) Concepción jurídica**

De acuerdo a esta teoría el patrimonio “es el conjunto de relaciones jurídicas, sean activas (derechos) o pasivas (obligaciones) que, en el momento de que se trate, forman esta esfera”<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*, 13° edición, Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 2008, p. 404.

<sup>132</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Buenos Aires, 2004, p. 168.

<sup>133</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Manuel. Derecho Civil, Parte General*, Editorial Bosch, Barcelona – España, p. 71.

Entonces, en conformidad con la teoría jurídica planteada, refiere que el patrimonio estaría integrado únicamente por aquellos valores reconocidos por el derecho como derechos patrimoniales subjetivos, por ende, no forman parte del patrimonio las meras expectativas o situaciones simples a futuro, como por ejemplo el derecho a heredar.

### **b) Concepción económica**

De acuerdo a esta teoría, el patrimonio está formado por la suma de los valores económicos, expresada en dinero, que pertenecen a una persona, lo que significa que el patrimonio estaría limitado a aquellos bienes que poseen un valor económico, estén o no concretados en derechos subjetivos.

### **c) Concepción patrimonial personal**

Esta teoría llamada del concepto personal del patrimonio, ha sido propuesta por Harro Otto, quien considera que el concepto patrimonio es una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito de los objetos. Dicho desarrollo está constituido por las relaciones de dominio de la persona, reconocidas por el orden jurídico, respecto a los objetos (bienes patrimoniales) que son admitidas por la sociedad jurídicamente organizada como objetos independientes del tráfico económico y lo característico de este concepto consiste en el reconocimiento de la finalidad económica individual y las posibilidades de acción del titular del patrimonio<sup>134</sup>.

Discrepamos con esta última concepción sobre patrimonio, debido a que es muy individualista, ya que trata al patrimonio sólo como una forma de pertenencia individual, olvidando que existen valores económicos colectivos, Por ello, somos de la idea, que el bien jurídico patrimonio, en nuestro Código Penal Peruano, tiene el concepto mixto sobre el patrimonio, es decir es tanto un valor jurídico como económico.

---

<sup>134</sup> Cfr. FIGARI, Rubén y GUEVARA VASQUEZ, Iván. Op. Cit. p. 202.

#### **d) Concepción mixta o jurídica – económica**

Esta teoría es la de carácter ecléctico, pues combina la concepción jurídica y económica, digamos que es una teoría intermedia, pues esta concibe al patrimonio como la suma de valores económicos puestos a disposición de una persona bajo protección del ordenamiento jurídico. Esta posición es defendida por Hans Welzel<sup>135</sup>.

#### **5.1.4. Elementos típicos**

Como hemos indicado en líneas anteriores, para que se configure el delito de estafa, se tiene que cumplir con los elementos señalados en el art. 196° del Código Penal vigente, estos deben aparecer secuencialmente en la conducta que desarrolla el sujeto activo en contra del sujeto pasivo, ese orden secuencial es el siguiente:

- Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta.
- Inducción a error o mantener en él.
- Perjuicio por disposición patrimonial.
- Obtención de provecho indebido para sí o para un tercero

Cuando se indica que dichos elementos deben desarrollarse secuencialmente, significa que, el primero en aparecer es el engaño idóneo y eficaz, de forma maliciosa capaz de provocar que el sujeto activo logre provocar un error en el sujeto pasivo, viciando su voluntad, ya que se forma la idea con hechos falsos, muy bien simulados por el sujeto que comete el delito. Todo ello llega a provocar un perjuicio patrimonial que se materializa con el desprendimiento de su patrimonio, esto es, el desplazamiento de los bienes o intereses económicos de parte del sujeto pasivo, resultando provechoso para el sujeto de la acción delictiva quien finalmente se beneficia económicamente o beneficia a otro.

#### **a) Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta**

Fidel Rojas Vargas, señala específicamente nos referiremos al elemento típico del engaño, elemento del tipo objetivo que puede ser definido como “la falta de verdad

---

<sup>135</sup> Cfr. FIGARI, Rubén y GUEVARA VASQUEZ, Iván. Op. Cit. p. 200.

de lo que se dice o se hace creer, con el evidente propósito de lograr una disposición patrimonial perjudicial a través del error, por lo que es necesario tenerse en cuenta que no todo engaño es ilegal”<sup>136</sup>.

En efecto, existen diversas posturas que intentan resolver el problema en torno a la verificación de la tipicidad del engaño, así podemos citar las siguientes:

El **engaño** como cuestión de causalidad<sup>137</sup>. Consideran que el engaño es típico al comprobar que, efectivamente, causó un error en la víctima. Aquí se aprecia una concepción del delito de estafa como una sucesión de elementos engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio económico, por lo que bastaría verificar este elemento secuencial aunado a una relación de causalidad.

El engaño como un problema de imputación objetiva. En los últimos años, algunos autores han abandonado los criterios anteriormente señalados y consideran que la tipicidad del engaño no es un problema de causalidad, sino de imputación objetiva que tiene acción y resultado.

Reátegui Sánchez<sup>138</sup>, por un lado, los seguidores de los criterios de imputación objetiva esbozados por el funcionalismo teleológico valorativo estiman que solo debe considerarse como engaños típicos a aquellos que crean un riesgo jurídico penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, esto es, del patrimonio ajeno. Por otro lado, para los seguidores del funcionalismo normativo, la primera cuestión a resolver es determinar quién es competente por el error de la víctima, es decir, se debe comprobar si el engaño puede imputarse objetivamente al autor.

Pastor y García<sup>139</sup>, para determinar el engaño, se debe que acudir al concepto de “accesibilidad normativa”, es decir, llegar a definir o determinar si el sujeto contó

---

<sup>136</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*, t. II, Lima: Ara, 2012, p. 622.

<sup>137</sup> IBID. p. 620.

<sup>138</sup> Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 445.

<sup>139</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y PASTOR, Nuria. *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial*, Lima: Ara, 2005, pp. 128-151.

con el acceso a la información, o fue diligente en el conocimiento de lo que iba a adquirir, para tomar la decisión de disponer de su patrimonio o desprenderse él, y si cuenta con los conocimientos necesarios para descifrarla: si contó con dicho acceso será de su incumbencia averiguar la información.

La Corte Suprema, mediante el Expediente N.º 2166-2001, Lima, de fecha 12 de junio del 2003, Castillo Alva<sup>140</sup>, menciona que el engaño toma una definición en la desfiguración de lo real o lo verdadero, que puede ser capaz de inducir a error a una o pluralidad de personas, por lo que engaño orienta la acción o efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier mecanismo o modo, algo que no es la verdad material, sobre esta forma fraudulenta, el derecho es vulnerado por el engaño, este perjuicio supone una determinada simulación por parte del sujeto del que tiene la aptitud suficiente para inducir a error al otro, siendo que lo decisivo en el engaño es dar de cualquier modo concluyente y determinado la paraciencia engañosa de que lo verdadero aun hecho falso, por la otra parte, el engaño de la estafa ha de ser anterior al error y la disposición patrimonial.

Según, Sala Penal Permanente, en la Casación N.º 421-2015-Arequipa, Lima, de fecha 21 de marzo del 2017, el engaño como nexos causal del error en la víctima no es suficiente. Es necesario que este sea idóneo o bastante. Solo así se le puede atribuir objetivamente al agente. Si no hay engaño idóneo, debido a que aparece algún criterio que excluye la imputación objetiva, la conducta será atípica. De modo que no es errado afirmar que, dentro de los elementos objetivos de la estafa, el engaño es el elemento más importante.

Reátegui Sánchez<sup>141</sup>, en ese sentido, señala que el uso del engaño es importante para la consumación del delito de estafa. No obstante, el engaño debe ser idóneo o como asevera un sector de la doctrina suficiente, puesto que “creará o incrementará el riesgo o peligro de producción del resultado dañoso, cuando sea adecuado para producir error.

---

<sup>140</sup> Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 3*, Lima: Grijley, 2006, p. 260.

<sup>141</sup> Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 446.

La **astucia** es un elemento subjetivo, que se manifiesta con la simulación de una conducta, situación, cosa, fingiendo o imitando lo que no es verdadero, lo que no existe o lo que se tiene con el objeto de hacer caer en error a una persona, con lo cual el abuso de confianza son formas por las cuales el agente actúa con astucia para inducir al error y así lograr un aprovechamiento económico.

Según el autor Salinas Siccha<sup>142</sup>, menciona que la astucia es la ficción de una conducta, situación o cosa, fingiendo o imitando lo que no es, lo que no existe o lo que se tiene con el objeto de hacer caer en error a otra persona. El uso del nombre supuesto o el abuso de confianza son formas en las cuales el agente actúa con astucia.

El **ardid** es el elemento o mecanismo empleado hábil y engañosamente para lograr que una persona caiga en error<sup>143</sup>.

El ardid se presenta en las situaciones vulnerables de la sociedad, por lo que se configura con la astucia con la finalidad de cometer el engaño y aprovechamiento ilícito, por lo que este es un mecanismo y elemento de la estafa, para hacer caer en error que este consiste en la ausencia de conocimiento, ya sea por negligencia o ignorancia de sujeto pasivo o agraviado, la ardid se menciona con el conocimiento equivocado de la realidad, con lo se llega a tener una representación mental falsa de lo verdadero.

Con respecto al destinatario del ardid, la teoría exige la diligencia por parte de la víctima, pero el criterio para juzgar la existencia o idoneidad del ardid, en consecuencia, no puede prescindir de tomar en cuenta la calidad del engañado, estimar si, de acuerdo con la condición de este, puede legítimamente hablarse de un error. Por ello el siguiente acto consecuente para desarrollar el delito de estafa, es el error.

---

<sup>142</sup> Cfr. SALINAS SICCHA, Óp. Cit., p. 270.

<sup>143</sup> IBÍD., p.270

### **b) Inducción a error o mantener en el**

El error es el medio determinado por el legislador para que el sujeto activo induzca al sujeto pasivo a ejercer un acto de disposición patrimonial en su favor. Así solo mediante el engaño, y no otra forma de inducción, se podrá hablar de estafa<sup>144</sup>.

Existe cuando se produce un falso conocimiento de la realidad, que es producto del engaño y que, a su vez, motiva la disposición patrimonial perjudicial<sup>145</sup>.

El Código Penal equipara la conducta consistente en producir el error –conforme al art. 196 CP- con la de mantener en estado de error por parte del sujeto activo al indicar: “... *induciendo o manteniendo en error al agraviado...*”. El mantenimiento del error tiene como presupuesto que otro lo haya provocado, o bien que surja de una mala apreciación del agraviado; en estos casos, el comportamiento del sujeto activo se castiga cuando se fortifica o impide el cese del error mediante el engaño<sup>146</sup>.

### **c) Acto de disposición patrimonial**

Bramont Arias, seña que: “El error debe llevar a la víctima a realizar una disposición patrimonial. Es decir, debe haber un acto voluntario, aunque con un vicio del consentimiento, provocado por el engaño y el error. Si la persona que dispone del bien hizo su prestación libremente, sin que su consentimiento estuviera viciado por error, y la conducta engañosa del agente es posterior, dirigida a apropiarse del bien o a ocultar su apropiación, no habrá estafa, sino apropiación ilícita (art. 190 CP)”<sup>147</sup>.

### **d) Perjuicio por desprendimiento patrimonial**

Para configurar el delito de estafa, tiene que haber desprendimiento patrimonial, a causa del error la víctima de forma voluntaria, pero con voluntad viciada, realiza una entrega de su patrimonio a favor del sujeto activo.

---

<sup>144</sup> Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra el patrimonio*, Ob. Cit., p. 340.

<sup>145</sup> Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ob. Cit., p.355.

<sup>146</sup> IBID, p. 355

<sup>147</sup> IBID, p. 357

La disposición patrimonial tiene que producir un perjuicio estimable económicamente, pues la estafa es un delito contra el patrimonio. Dicho perjuicio patrimonial a la víctima, es para beneficio del sujeto activo, o para un tercero, este provecho debe ser siempre el acto último de la secuencia delictiva detallada por el art. 196° del Código Penal.

## **5.2. Tipo subjetivo**

Así como existe el tipo objetivo, que contiene elementos exteriores u objetivos; también existe el tipo subjetivo, que viene a ser el complemento del primero, pues el tipo subjetivo contiene elementos internos o subjetivos, que se encuentran en la conciencia del sujeto activo. Este aspecto subjetivo contiene al elemento más importante, que se llama “dolo”.

El delito de estafa es doloso ya que el sujeto activo tiene conocimiento y voluntad de engañar a alguien, causando un perjuicio patrimonial al engañado u a otra persona<sup>148</sup>. Se exige además el elemento subjetivo del tipo, como es el ánimo de lucro, que guía u orienta el actuar del actor o agente y por ello, se convierte en un elemento subjetivo adicional al dolo.

Si este elemento adicional no se verifica en determinada conducta, el delito en hermenéutica no se configura. Como todo delito contra el patrimonio o contra la propiedad se exige, como condición de tipicidad que el sujeto activo una vez en su poder o ámbito de dominio la cosa estafada en este caso, tenga como finalidad lucrarse de ese bien, ya que el tipo penal objeto de comentario señala expresamente “*el que procura para sí o para otro*”.

### **5.2.1. Dolo: ánimo de lucro**

Es una conducta típicamente dolosa. No es posible la comisión culposa. El agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos típicos objetivos con la finalidad de obtener un provecho ilícito. Esta última intención conduce a sostener que aparte del dolo, en el actuar del agente se exige la presencia de otro

---

<sup>148</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO. Óp. Cit., p. 150.

elemento subjetivo que viene a constituir el ánimo de lucro. Este elemento subjetivo aparece de modo implícito en el tipo penal.

Si, por el contrario, el agente con su actuar no busca lucrar o, mejor dicho, no busca obtener un beneficio patrimonial indebido, el delito no aparece, así en la conducta se verifique la concurrencia de algún acto fraudulento, del error, del perjuicio ocasionado por el desprendimiento patrimonial. El ánimo de lucro al final guía u orienta el actuar del actor o agente y, por ello, se convierte en un elemento subjetivo adicional al dolo. Si este elemento subjetivo adicional no se verifica en determinada conducta, el delito en hermenéutica no se configura<sup>149</sup>.

Cabe resaltar que, el producto “leche Pura Vida Nutrimax” generaba confusión en el consumidor, pues dicho producto no reflejaría su verdadera naturaleza, cuya finalidad era lograr el desprendimiento patrimonial de los consumidores, pues resulta poco creíble que la empresa Gloria S.A. no tuvo intención de estafar al público que a través de los diferentes medios de comunicación vulneraron la expectativa de éstos, generando beneficios económicos como grupo empresarial y pérdida para el sujeto pasivo.

Aunado a ellos tenemos que, “el delito de estafa supone la presencia de los elementos del tipo penal de manera concatenada y que puedan ser subsumidos en la conducta imputada como delictiva. [...]. Además, debe señalarse la idoneidad del engaño no solo precedente, sino concurrente”<sup>150</sup>.

Esto está relacionado al dolo, que es un aspecto subjetivo del tipo penal, y en la publicidad engañosa como modalidad de estafa, se pone de manifiesto el dolo, guiado por el ánimo de lucro. El ánimo de lucro al final guía u orienta el actuar del actor o agente y, por ello, se convierte en un elemento subjetivo adicional al dolo o digamos aquel que impulsa a cometerlo de forma dolosa. Si este elemento subjetivo

---

<sup>149</sup> Cfr. SALINAS SICCHA. Óp. Cit., p. 205.

<sup>150</sup> ESQUIVEL OVIEDO, Juan. *Jurisprudencia penal de la Corte Superior (2006-2008)*. Diálogo con la jurisprudencia, Lima: Gaceta jurídica, 2009, pp. 326 y 327.

adicional no se verifica en determinada conducta, el delito en hermenéutica no se configura<sup>151</sup>.

## **6. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO**

Cuando se habla de grados de desarrollo del delito, se refiere a las etapas en que se ha desarrollado la acción delictiva, es el camino que ha llevado el *iter ciminis* o conocido comúnmente como el camino del delito, esto es, desde el inicio que pueden ser los actos preparatorios hasta la consumación del hecho delictivo. Sin embargo, el delito en su parte ejecutiva, puede no siempre completarse o llevarse a ejecutarse de forma total, lo cual la doctrina ha considerado la tentativa y consumación como parte de la ejecución del acto criminal.

### **6.1. Tentativa**

La tentativa se presentará cuando los actos desplegados por el sujeto activo no se traducen en el correspondiente perjuicio económico. Y como la disposición patrimonial se encuentra directamente relacionada al perjuicio, al afirmarse que la tentativa se presenta cuando no se detecta el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo, se está diciendo que se castiga el hecho de haber desplegado el medio comisivo consistente en el engaño para conseguir la disposición patrimonial voluntaria del sujeto pasivo, en perjuicio de este último<sup>152</sup>.

### **6.2. Consumación**

El delito de estafa según nuestro ordenamiento vigente se causa cuando un sujeto procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de un tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra manera fraudulenta.

El delito de estafa se consume con el perjuicio económico, que en la mayoría de los casos tendrá lugar cuando se realiza el acto de disposición patrimonial, aunque

---

<sup>151</sup> Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra el patrimonio*, Op. Cit. p. 343.

<sup>152</sup> Cfr. FIGARI, Rubén y GUEVARA VASQUEZ, Iván. Op. Cit. p. 47.

ello no tiene por qué ser así necesariamente. No exige para la consumación la obtención de un beneficio patrimonial, puesto que basta con el ánimo de lucro; es decir, no es necesario que se produzca un incremento en el patrimonio del estafador, es suficiente con que haya actuado con intención<sup>153</sup>.

Se habla de consumación del delito de estafa cuando un cambista ha falsificado dólares y con intención de causar daño a otro se ha dirigido al punto donde los cambiara por moneda nacional si el sujeto logra cambiar todos o parte de los cheques falsos, estaríamos hablando de una consumación del delito, ya que la víctima ha sufrido un desmedro en su patrimonio pecuniario; pero, no hablaríamos de consumación del delito cuando el cambista solo ha falsificado los cheques pero no ha logrado cambiarlos con otra moneda de supuestas víctimas por lo que solo habría un grado de tentativa en la comisión del delito y este no se consumaría en su totalidad<sup>154</sup>, no olvidando que existe delito que es la falsificación de los cheques, pero aun no estamos ante la estafa por que no hay victima alguna que haya sufrido un desmedro patrimonial.

Estaríamos también ante un delito de consumación del delito de estafa cuando una persona se apersona ante un banco y con documentos falso de su identidad y atribuyéndose poderes que no le corresponden retira una fuerte suma de dinero de la entidad, en ese caso el daño se produjo, en el supuesto que no haya retirado el dinero de la entidad estaríamos solo ante una tentativa de estafa y al no producirse el daño la pena será menor.

## **7. PENALIDAD**

Cuando el Estado actúa con su facultad de castigar, el *ius puniendi*, se rige ejerciendo dicha función haciendo respetar los derechos y en particular los bienes jurídicos tutelados, castigando así a las personas que infrinjan la ley, y para ello el Estado a través de sus órganos encargados establecen penas y medidas de seguridad, haciendo cumplir los fines de la pena, esto es prevenir, sancionar y evitar

---

<sup>153</sup> Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ob. Cit., p.360.

<sup>154</sup> Cfr. TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Lima, Ed, Grijley, 2007, p.165

el delito, y siendo el caso específico proteger el bien jurídico protegido es el patrimonio, cuando se cometa un delito contra las personas por medio de la estafa donde se les desmedre la masa pecuniaria, se les tiene que aplicar una pena.

Cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el Código Penal prescribe en su artículo 196° la pena a imponer al sujeto activo que cometa el delito de estafa, siendo este desde un año de pena privativa de libertad como mínimo y como máximo seis años, y también contempla las agravantes en el caso si la comisión tenga dichas connotaciones, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

## **8. MODALIDADES DE ESTAFA**

El penalista Salinas Siccha, nos refiere que existen modalidades del delito de estafa, de las cuales se debe tomar en cuenta las que se dan con mayor frecuencia, y que son las siguientes:

- a) *“Nombre Supuesto: Cuando el agente se cambia de nombre por el de otra persona, a la cual la víctima va a confiar de tal manera que va a efectuar una disposición patrimonial.*
- b) *Calidad Simulada: Cuando el actor se atribuye rango o condición que no le corresponde, para engañar a su víctima y lograr de esta, una prestación determinada. La calidad simulada puede tratarse de una posición económica, social, política, etc.*
- c) *Influencia Fingida: El estafador aparenta o simula tener o gozar de influencia suficiente, y mediante el engaño obtiene de la víctima un provecho patrimonial ilícito.*
- d) *Abuso de Confianza: Aquí, el agente se aprovecha de la confianza generada a través de la astucia, ardid o engaño para que la agraviada disponga de su patrimonio.*
- e) *”PHISHING: En estos tiempos de postmodernidad que nos ha tocado vivir, el sujeto activo incluso puede hacer uso de la informática para verificar la conducta punible de estafa”<sup>155</sup>.*

---

<sup>155</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el Patrimonio*, Vol. I, 4ta edición, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 263.

Asimismo, la jurisprudencia presenta un sin número de mecanismos fraudulentos por los cuales se verifica el delito de estafa, así tenemos:

1. “La actitud del procesado de inducir al error al agraviado aparentando una condición que no ostentaba con la finalidad de ocasionarle un perjuicio económico, constituye una de las modalidades del tipo penal de estafa”<sup>156</sup>.
2. “Al haber utilizado la procesada un poder caduco por fallecimiento de la poderdante con el cual celebró transferencia de inmueble en perjuicio del agraviado, no informándole a este de dicha circunstancia, induciéndole así en error al adquirir el bien, se encuentra acreditado el delito y la responsabilidad del procesado”<sup>157</sup>.
3. “Se encuentra acreditado el delito y la responsabilidad del acusado, identificando en la conducta de este último el ánimo doloso de querer engañar al agraviado (...), al entregar en parte de pago un vehículo a sabiendas que no se encontraba en perfectas condiciones de funcionamiento, sin tarjeta de propiedad y con un motor distinto al declarado en la resolución de adjudicación del vehículo que pertenecía a la Policía Nacional (...)”<sup>158</sup>.
4. “se ha acreditado tanto la comisión del delito instruido como la responsabilidad penal del encausado, quien ha obrado con dolo y con el ánimo de lucrar al haber inducido a error al agraviado, engañándolo que era gerente de una empresa dedicada a la venta de terrenos, para lo cual se le hizo firmar al agraviado un contrato de separación del bien inmueble materia de litis, (...), lo cual a facetado la economía del perjudicado y ha incrementado el erario del encausado”<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> Resolución Superior del 23-10-1997; Expediente N° 5346-97.

<sup>157</sup> Resolución Superior del 26-05-1998; Expediente N° 286-98.

<sup>158</sup> Resolución Superior del 15-06-1998; Expediente N° 1036-98.

<sup>159</sup> Resolución Superior del 14-07-1997; Expediente N° 1354-98.

Todos estos mecanismos fraudulentos, nosotros consideramos modalidades de estafa, conductas que muy bien pueden dificultar su acusación como delito de estafa, debido a que nacen de una relación jurídica válida, como por ejemplo un contrato, sin embargo, ello lleva encubierto los mecanismos fraudulentos, por ello afirmamos que dentro de una relación de consumo, el proveedor es el que tiene todo bajo control, tratando de influir con su publicidad hacia los consumidores y que estos estén convencidos de comprar su producto o adquirir un servicio, sin embargo esta publicidad es falaz.

## **9. LA ESTAFA Y LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA**

### **9.1. La publicidad engañosa y su antecedente de punibilidad en el Código Penal peruano**

Tenemos que señalar, que, si bien la propuesta de nuestra investigación es que la publicidad engañosa sea considerada una modalidad de estafa en nuestro Código Penal, sin embargo, debemos indicar que esta figura ya estuvo regulada en el artículo 238, pero no dentro del rubro de los delitos contra el patrimonio, sino dentro de la rúbrica de otros delitos económicos, capítulo IV (Artículo 238 al 243).

En ese sentido, podemos afirmar que de una u otra manera la publicidad engañosa, estaba regulada penalmente en nuestro Código Penal, así en el art. 238 del Código Penal, que fue derogado por Decreto legislativo N° 1044, establecía que la Publicidad Engañosa se llegaba a configurar “por cualquier medio publicitario, afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por si misma de inducir a error grave al consumidor”. Sin embargo, al principio, con el ingreso en vigencia del Decreto Legislativo N° 1034, que fue publicado el 25 de junio de 2008 se despenalizó esta figura, en cuanto delitos económicos se refiere<sup>160</sup>.

En efecto, la segunda disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1044 “Ley de Represión de la Competencia Desleal”, derogó definitivamente este artículo 238° del Código Penal, que como hemos referido tipificada como delito a la publicidad

---

<sup>160</sup> Cfr. URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal Práctico, concordancias, doctrina, jurisprudencia y evolución legislativa*, Tomo II, 2da Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 66.

engañoso, por lo que se optó en darle otra naturaleza jurídica, es decir de configurarla como una infracción y que esta sea atendida en sede administrativa, a través del órgano competente, que es INDECOPI, teniendo como consecuencia ya no una pena privativa de libertad, sino una pena de multa y algunas medidas coercitivas complementarias<sup>161</sup>.

## 10. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y PUNIBILIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL COMPARADA

### 10.1. Código Penal de España

El país ibérico, es tal vez uno de los pocos países que ha regulado la publicidad engañosa como delito, con anterioridad a los países de la región, el Código Penal español, al regularlo le ha dado una configuración mixta, ya que la finalidad que tiene en regularlo es para salvaguardar los intereses patrimoniales de los consumidores, pero también castiga el peligro, en cuanto a los agentes que pretendan brindar información engañosa, propaganda comercial falsa o características inciertas, con la finalidad de obtener un lucro, desde luego el legislador español ha ubicado este delito en el ámbito de aquellos delitos referidos a la tutela del mercado y de los consumidores<sup>162</sup>, veamos lo prescrito en el artículo 282° del Código Penal español:

*Art. 282°.- “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.<sup>163</sup>*

---

<sup>161</sup> IBID, p. 66.

<sup>162</sup> Cfr. CHAVES PEDRÓN, César. *Delito de publicidad engañosa (art. 282 C.P.): especiales consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido*. Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, España – Valencia, 2015, pp. 183-210.

<sup>163</sup> Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

## 10.2. Código Penal de Nicaragua

En el país centroamericano, no existen los mismos antecedentes como en España, que desde un inicio reguló la publicidad engañosa como un delito inmerso en el rubro de los delitos que tutelan el mercado y los intereses de los consumidores, sino por el contrario, Nicaragua ha ido cambiando de regulación, ya que primigeniamente la ha regulado como un Derecho del Consumidor y desde el Derecho Administrativo, mediante la “Ley de Defensa de los Consumidores”, Ley No. 182, Aprobada el 27 de septiembre de 1994, en su artículo 19<sup>164</sup>; posteriormente pasó a regularse como un delito en la modalidad de estafa, ubicándola dentro del rubro de delitos que protegen los intereses patrimoniales, a la de regularla como delito autónomo contenidos en los artículos 230° y 234° del Código Penal nicaragüense<sup>165</sup>. Dichos delitos, se ubican específicamente dentro del rubro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico<sup>166</sup>.

### TÍTULO VI DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

#### CAPÍTULO V DE LAS DEFRAUDACIONES

**Art. 230 Estafa agravada.** *La estafa será sancionada con prisión de tres a seis años y de trescientos a quinientos días multa, en los casos siguientes:*

(...)

b) *Cuando se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y el estafador, o éste aproveche su credibilidad empresarial o profesional; (...)*

**Art. 234 Fraude en la entrega de cosas.** *Quien engañe en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que debe hacer o entregar, o de los materiales que debe emplear para realizar una obra que le ha sido encargada, será penado con prisión de uno a tres años y de*

<sup>164</sup> Cfr. Artículo 19 de la Ley 182/1994.

<sup>165</sup> Cfr. Ley 641/2008, Ley de Código Penal de Nicaragua.

<sup>166</sup> Cfr. BARRERA CARRIÓN, Alex. *La protección penal al consumidor frente a la publicidad engañosa y estafa*. Universidad Centroamericana, Managua, 2011, [ubicado el 12.X 2018] Obtenido en: <http://repositorio.uca.edu.ni/id/eprint/3350>, p.21.

*noventa a ciento cincuenta días multa, cuando lo defraudado sea mayor de dos salarios mínimos del sector industrial.*

**La pena de prisión será de tres a cinco años y de ciento cincuenta a trescientos días multa cuando se trate de productos de consumo o distribución masiva, básico o de primera necesidad, objetos de valor artístico u otros sometidos a control oficial.**

*Si el valor de las cosas por hacer o entregar, o los materiales a emplear sea superior a veinte salarios mínimos del sector industrial, la pena será de tres a siete años de prisión. La misma pena se aplicará cuando se trate de viviendas u obras públicas.*

## CAPÍTULO III

### RIESGOS PENALMENTE RELEVANTES DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y SU NECESARIA REGULACIÓN COMO MODALIDAD DE ESTAFA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

#### 1. CAMBIO DE PARADIGMA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL

El Derecho en los últimos años, ha tenido cambios a raíz de los riesgos que plantea la postmodernidad<sup>167</sup> en la sociedad actual, frente a estos cambios no ha sido ajeno el Derecho Penal, ya que ante los riesgos de la sociedad del siglo XXI ha ido evolucionando, ampliando el campo de protección de los bienes jurídicos, lo que algunos juristas han denominada expansión del Derecho Penal<sup>168</sup>, y ha ido fortaleciendo el deber de garante del Estado, y ejerciendo la potestad del *ius puniendi*.

Este cambio de paradigma, ha ido configurando el Derecho Penal Contemporáneo en las sociedades occidentales como la nuestra, siendo su principal característica la ampliación de intervención penal, optando por proteger más los intereses colectivos y preferir las estructuras típicas de los delitos de peligro abstracto antes que los de resultados, dicha corriente es criticada por flexibilizar los criterios de imputación penal y atenuar las garantías penales del individuo<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Cfr. DE TRAZEGNIEZ GRANDA, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. 2da Edición, Lima, Grijley, 2018, pp. 11-21.

<sup>168</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial*. Colección Monografías Jurídicas, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2003, p. 14.

<sup>169</sup> Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. "El Derecho Penal moderno. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales". En: *Dogmática Penal aplicada y cuestiones actuales del Derecho Penal Económico y de la empresa*. Coordinador CALCINA HANCCO, Aldo. Lima, Grijley, 2016, pp. 207-233.

Dichas críticas no deslegitiman el avance del Derecho Penal Contemporáneo y sus diferentes vertientes, somos de la opinión, que viene siendo más proteccionista y garantista, ampliando su radio de protección en diferentes aspectos de la vida humana que vulneran bienes jurídicos antes no previstos, como por ejemplo la protección colectiva de los delitos cometidos por la actividad comercial en contra de los consumidores. Así, Achenbach nos recuerda que la delincuencia económica no es un fenómeno tan reciente, pues este panorama delictivo se ha dado desde finales del siglo XX<sup>170</sup>.

Respecto a la evolución del Derecho Penal, a diferencia del tradicional, el actual tiene características distintas, así señala García Rivas:

*“Una de las características definidoras del moderno Derecho Penal estriba en haber asumido la protección de bienes jurídicos de naturaleza socioeconómica como estrategia preventiva frente a una delincuencia que, de acuerdo con la opinión dominante, no podría ser reprimida de manera adecuada con las viejas figuras protectoras del patrimonio individual”<sup>171</sup>.*

Lo que dicho autor nos indica, que definitivamente es el Derecho Penal Moderno, que asume un rol proteccionista ante el riesgo de bienes jurídicos afectados por la actividad económica de las empresas, y ello merece una regulación jurídica o tipificación en específico de nuevas conductas delictivas derivados de dicha actividad, a fin de salvaguardar bienes jurídicos colectivos.

### **1.1. Libertad económica y Criminalidad**

La economía es fundamental para el desarrollo del país, pero la postmodernidad trae retos en su configuración y en su organización. Económicamente hablando, la modernidad se caracteriza por un cambio en la organización del trabajo y en el

---

<sup>170</sup> Cfr. ACHENBACH. “Anotaciones sobre la evolución del Derecho penal económico en Alemania”. En: Revista de Ciencias Penales, vol. 3, N° 1, pp. 229 y ss.

<sup>171</sup> GARCÍA RIVAS, Nicolás. “Estructura jurisprudencial del delito de estafa (Una revisión crítica de sus elementos objetivos)”, En: Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial), Director BOIX REIG, Javier. Colección Monografías, Madrid, Editorial Lustel, 2005, p. 19.

espíritu de la producción: uso de máquinas, incremento de la productividad, deseo de dominar la naturaleza, organización racional y previsión del futuro<sup>172</sup>.

Estos cambios definitivamente influyen en el Derecho, producto de la globalización. De todas las dimensiones del fenómeno de la globalización, es el aspecto económico el que más ha influenciado al Derecho Penal, teniendo en cuenta ante todo la macrocriminalidad o criminalidad organizada<sup>173</sup>. Ello lleva a colación de la actual relación que tiene la libertad económica y la criminalidad en este aspecto.

No cabe duda que el mundo globalizado nos involucra dentro de un sistema neoliberal<sup>174</sup>, modelo económico en el que se encuentra nuestro país, establecido en la Constitución Política del Perú de 1993, es por ello que existe la libertad económica, y por ende el desarrollo económico-empresarial en diferentes escalas, cuya actividad económica utiliza como herramienta de competencia, principalmente la publicidad comercial a través de los diferentes medios de comunicación<sup>175</sup>.

En ese sentido, las grandes empresas como el Grupo Gloria por ejemplo, basándose en el ejercicio del derecho constitucional de la libertad económica han desarrollado actividades comerciales utilizando instrumentos que no solo han trasgredido las normas administrativas y de protección al consumidor, sino que además de carácter fraudulentas, que son propias de la delincuencia de grupos económicos poderosos, en contra de la gran mayoría de la población que viven del consumo diario y en media y extrema pobreza.

Por ello, afirmamos que existe una relación actual entre la libertad económica y la criminalidad de “cuello blanco”, ello trae consecuencias negativas para el

---

<sup>172</sup> Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, p. 27.

<sup>173</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. “*La Política Criminal y la Teoría del Derecho Penal ante los aspectos socio-culturales, políticos y jurídicos de la globalización*”. En: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*. Director: SILVA SANCHEZ, Jesús-María y SUAREZ GONZALES, Carlos J. Lima, Grijley, 2001, p. 61

<sup>174</sup> Cfr. GONZALES IZQUIERDO, Jorge. “*El modelo económico adoptado por el proyecto de Constitución de 1993*”. En: *Revista Ius Et Veritas*, N° 7, Año IV, 1993, pp. 206 y ss.

<sup>175</sup> La Constitución Política de 1979 en su artículo 115 establecía un modelo de economía social de mercado, de igual manera la Constitución Política de 1993.

consumidor, en cuanto a la relación de publicidad, que bien puede ser verídica o engañosa, para ello nuestro ordenamiento jurídico desde el ámbito administrativo ha regulado los límites de la publicidad en defensa del consumidor, siendo una protección aún débil frente a bienes jurídicos que bien pueden ser tutelados por el Derecho Penal ante la “delincuencia empresarial”<sup>176</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico existen normas que regulan de una u otra forma la libertad económica y por ende la libertad de competencia y defensa del consumidor<sup>177</sup>. Este aspecto se ve tanto en el derecho administrativo, el derecho del consumidor, en la vía civil, incluso el derecho penal pero para ciertos delitos económicos que tienen un bien jurídico distinto al que protege el delito de estafa, y no siendo contrario a la normatividad vigente, bien podría encuadrar la publicidad engañosa, como una modalidad de dicho delito, ya que de lo que se trata al final de cuentas, es proteger al consumidor y no causar perjuicio patrimonial.

En consecuencia, de lo que trata este capítulo es demostrar que existen fundamentos para que el Derecho Penal pueda ser aplicable a regular la publicidad engañosa como una modalidad de estafa.

Hay quienes analizan la delincuencia socioeconómica como un fenómeno nuevo que afronta la sociedad actual globalizada económicamente, asumiendo riesgos en su consumo por ejemplo, y esto presupone un nuevo problema para el Derecho penal, que desde luego desde la perspectiva de la política criminal se ve la necesidad de actuar penalizando las nuevas formas de criminalidad, incluso dando pie a que el Derecho Penal no sólo cumpla una función de punición sino también de prevención ante la sociedad de riesgo, y para ello ha surgido una corriente de

---

<sup>176</sup> Cfr. SHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial, cuestiones dogmáticas y de política criminal*, traducción de Beatriz Spínola Tártalo y Margarita del Valle Mariscal de Gante, Buenos Aires, 2004, p. 80.

<sup>177</sup> Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC) del año 2010, emulando así lo prescrito por el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (Ley N° 8078), cuyo artículo 4.1. establece como principio el reconocimiento de su vulnerabilidad en el mercado de consumo. Asimismo, en el Perú la tutela del consumidor, tiene una data lejana, en la Carta Constitucional de 1979, que declara la defensa del consumidor.

expansión del Derecho penal, a fin de que extienda su protección a bienes jurídicos antes no tutelados<sup>178</sup>.

Sin embargo, se formulan varios cuestionamientos; en primer lugar, si las actividades económicas-comerciales con efectos lesivos a los derechos de los consumidores pueden considerarse un fenómeno de criminalidad novedoso; en segundo lugar, en qué medida es necesaria la intervención penal en el ámbito de los delitos cometidos contra los consumidores (considerados colectivamente), y, como tercer y último cuestionamiento, si un análisis inicial de alguna figura típica y de su aplicación judicial permite hablar de una protección eficaz de estos intereses<sup>179</sup>.

Esta posición de la expansión del Derecho Penal<sup>180</sup> hacia una protección frente a la delincuencia socioeconómica, es porque su radio de acción ha sido influenciado hacia nuevos fenómenos delictivos, que bien podría configurarse como tal a la publicidad engañosa.

## 1.2. La estafa y nuevos fenómenos delictivos

El delito de estafa, tiene una peculiar regulación en cuanto a su tipificación, siendo más específicos, en sus verbos normativos; ya que, según señala el *iter criminis*, es cuando el sujeto activo, hace uso del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, induciendo al error al sujeto pasivo (víctima), con la intención que este último, se desprenda de su bien o bienes patrimoniales, y se realice la entrega voluntaria, causando así un perjuicio patrimonial, beneficiándose indebidamente de forma directa o indirecta (tercero)<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> Cfr. GALLEGO SOLER, José Ignacio. “*Funcionamiento del mercado o acerca de la legitimidad y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la protección de los consumidores*”. En: Revista Catalana de Seguridad Pública, N° 13, Año 2003, [ubicado el 12.X 2018] Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=192101>

<sup>179</sup> IBÍD, p. 93.

<sup>180</sup> Sin embargo, la posición de la expansión del Derecho, no es del todo plausible, ya que existen extremos que harían inviable la propuesta, por ello hay que siempre revisar en cada caso concreto, a más de la carencia de claridad en la exposición de las doctrinas minimalistas. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2da edición revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001, p. 18.

<sup>181</sup> Cfr. SANTA MARIA, Mecq Luis. *Jurisprudencia penal*, Trujillo, Normas Legales, 2013, p. 177.

En ese sentido Reátegui Sánchez señala:

*“La estafa se trata, en términos generales, de un desplazamiento físico de orden patrimonial-económico que realiza la propia víctima, producido por un vicio o distorsión de la voluntad que este padece, causado directamente por un comportamiento doloso por parte del sujeto activo. No es un desplazamiento violento ni amenazante en contra del patrimonio de la víctima, sino más bien, que dicho desplazamiento se produce a través de ciertas astucias o ardid de la imaginación ilícita del sujeto activo, por ello la estafa penal no es considerada como un delito de “sangre” o de “crueldad”, sino como un delito de “astucia” o de “destreza” utilizando para ello mecanismos y/o maniobras precisamente de destreza y sagacidad del sujeto activo para conseguir su objetivo final, cuál es su beneficio o aprovechamiento económico de la cosa obtenida defraudatoriamente”<sup>182</sup>.*

Además, que la estafa no sólo depende de la acción “engaño”, sino que los elementos típicos deben ser secuenciales, es decir deben seguir un orden de desarrollo de los verbos normativos, iniciándose la ejecución con el engaño, y que este sea suficientemente contundente para que el sujeto pasivo caiga en error, y acto seguido la víctima de forma voluntaria se desprenda de su patrimonio, y como consecuencia de dicho acto, el sujeto activo se vea beneficiado con el patrimonio ajeno, o haya beneficiado a un tercero. Estos elementos típicos deben estar concatenados o estrechamente vinculados por la relación de causalidad. Por lo tanto, si esta es la configuración secuencial, *contrario sensu*, no existe estafa sino se verifica la secuencia sucesiva de los elementos objetivos del delito de estafa<sup>183</sup>.

Peña Cabrera, agrega que: *“La acción formalmente prohibida lo está por contener intrínsecamente un sustrato material disvalioso: por lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, que el legislador ha considerado merecedores de tutela penal”<sup>184</sup>.*

---

<sup>182</sup> REATEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra el patrimonio*, Lima, Legales Ediciones, 2018, p. 322.

<sup>183</sup> Cfr. SANTA MARIA, Op. Cit., p. 117.

<sup>184</sup> PEÑA CABRERA, Freyre Alonso. *Derecho Penal Peruano*, Lima, Editorial Rodhas, 2016, p. 237.

En este caso, el delito de estafa, el bien jurídico protegido es el patrimonio, por ello el legislador penal, ha considerado a la estafa un tipo de delito contra el patrimonio, sistemáticamente estructurado dentro de este rubro de delitos, por lo que su intención es proteger el perjuicio patrimonial.

Hoy en día, los delitos de carácter socioeconómicos se han incrementado y el Derecho Penal no ha sido ajeno a esa nueva forma de criminalidad, por lo que cabe preguntarse si ¿la publicidad engañosa sería un fenómeno novedoso con aspectos de criminalidad?, y si esto es así, preguntarse, además, ¿sí sería una modalidad de estafa? La solución o respuesta a esta pregunta es el núcleo de nuestro trabajo de investigación, por lo que anticipadamente podemos indicar que de por sí, la publicidad engañosa tiene como elemento sobresaliente que dicha comunicación es falsa o engañosa y tiene un propósito desleal frente al consumidor<sup>185</sup>.

Estas características detalladas o elementos normativos del tipo penal de Estafa, tienen al *engaño* como núcleo, es decir un elemento que tiene la publicidad engañosa <sup>186</sup>.

Sin embargo, no podemos deslegitimarlo, cuando dicha publicidad bien utilizada tiene otro sentido, como bien señala Barrera Carrión: *“El fenómeno de la publicidad es un tema básico para el desarrollo comercial, y por tanto económico de un país. La publicidad supone un poderoso instrumento que incide de manera directa sobre los potenciales consumidores, dirigiendo y encauzando el mercado de forma decisiva para la adquisición de bienes y servicios”*<sup>187</sup>.

Sin embargo, como ya hemos afirmado en párrafos anteriores, la publicidad engañosa tiene un efecto negativo, cuando se utiliza para lucrar, utilizando la herramienta del engaño; así Araya, señala que la publicidad engañosa es una forma

---

<sup>185</sup> Cfr. BARRERA CARRIÓN, Alex. *“La protección penal al consumidor frente a la publicidad engañosa y estafa”*. Universidad Centroamericana, Managua, 2011, [ubicado el 12.X 2018] Obtenido en: <http://repositorio.uca.edu.ni/id/eprint/3350>

<sup>186</sup> Cfr. BOIX REIG, Op. Cit. p. 13.

<sup>187</sup> BARRERA CARRIÓN, Alex. Op. Cit. p. 15.

clásica de la competencia desleal, en donde se engaña a través de la publicidad mostrando calidad inexistente y servicio que no ofrece lo que el producto contiene, por lo que existe el elemento central punible de la estafa<sup>188</sup>.

Esta opinión es muy relevante, ya que permite ir encuadrando a la publicidad engañosa como modalidad del delito de estafa, no solo por el verbo normativo llamado engaño, sino por los otros elementos objetivos del tipo penal que en forma secuencial se dan en dicho fenómeno delictivo.

### **1.3. Responsabilidad penal empresarial**

Respecto de quién asumiría la responsabilidad penal, podemos indicar que, desde el enfoque del Derecho Penal Económico, lo debe asumir la empresa como persona jurídica, es por ello que la organización tiene una posición de garante original. Si vamos al caso de “Pura Vida”, sería la Empresa Gloria, la cual es asumida por directivos, administradores y que va generando en cascada o en cadena una delegación de deberes parciales, todo esto para determinar la responsabilidad penal<sup>189</sup>.

Pero se tendría que evaluar el grado de intervención y la función de roles dentro de una empresa, como señala REÁTEGUI SÁNCHEZ, existe un principio de división de trabajo, cuya organización para su normal funcionamiento delega tareas y responsabilidades, como cualquier actividad que en la actualidad requiere en el ejercicio de su desarrollo y vida en relación; de forma que cada integrante o miembro, de acuerdo a sus facultades y competencias, colabora en la obtención de los fines comunes<sup>190</sup>.

Esta estructura y funcionamiento, no es ajena a la actividad empresarial, pues como todo proceso productivo, tiene una estructura orgánica vertical y horizontal. Muchas veces la escisión entre acción y responsabilidad de la empresa moderna provoca

---

<sup>188</sup> Cfr. ARAYA CELESTINO, Raúl. *La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita*, Argentina, Universidad Rosario, 2014, p. 69.

<sup>189</sup> Cfr. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas*, Lima, Editorial Idemsa, 2007, p. 300.

<sup>190</sup> Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Volumen II, Lima, Editorial Instituto Pacífico, 2014, p. 1253.

que el órgano que actúa y realiza un hecho penalmente relevante no sea responsable<sup>191</sup>. Es decir, que los conceptos acción y responsabilidad no deben estar separados, sino que forman parte de un todo al momento de determinar la responsabilidad penal, ya que muchas veces el que realiza la acción, obedece órdenes de carácter jerárquico, por ejemplo, de un director o gerente de una empresa. En consecuencia, si se separa la acción de la responsabilidad; en este caso, el gerente de una empresa diría que no tiene responsabilidad, ya que fue el subordinado quien realizó la acción.

Es por ello, que es importante delimitar la responsabilidad penal al momento de configurar la publicidad engañosa como modalidad de estafa, ya que dicha publicidad es una herramienta utilizada por la empresa a fin de ofertar su producto (bienes o servicios) al consumidor.

## **2. LAS POSTURAS ACERCA DE LA PROTECCIÓN PUNITIVA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO MODALIDAD DE ESTAFA**

Respecto a la figura de la publicidad engañosa y su carácter incriminatorio como una modalidad de estafa, existe en la dogmática penal dos posiciones claramente definidas, que difieren una de otra, y con sus variantes doctrinales: la primera de ellas, sostiene que no puede configurarse como delito, ya que en una sociedad de consumo el ciudadano asume el riesgo, el fundamento está en que el consumidor debe ser diligente con la información brindada (postura en contra) en la actividad comercial; y la segunda, refiere que dicho hecho si configuraría un delito contra el consumidor y por ende debe el Derecho Penal regularla frente a los riesgos penalmente relevantes en una relación de consumo (postura a favor).

### **2.1. Postura en contra**

Esta postura, se basa en la teoría de imputación objetiva, la misma que ha sido tomada en cuenta en las últimas décadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia penal<sup>192</sup>. En este sentido, el autor actúa con una conducta riesgosa

---

<sup>191</sup> IBÍD, p. 1254.

<sup>192</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *“La imputación objetiva en el derecho penal económico: consideraciones a partir de tres casos problemáticos”*. En: Nueva tendencias del Derecho Penal Económico y de la empresa, Lima, Ara Editores, 2005, p. 553.

simultáneamente con el actuar de la víctima, ya que al actuar en un contexto determinado se llega a superar los riesgos permitidos, ya que ahí la propia víctima se somete al riesgo y decide de forma autónoma sacrificar sus propios bienes, y ahí deja de ser víctima de un hecho delictivo o típico, porque de esta manera deja de realizarse la puesta en lesión o heterolesión que constituye la base de toda persecución penal<sup>193</sup>.

En otras palabras, lo que quiere dar entender esta postura, es que el consumidor que está inmerso dentro del contexto llamado sociedad de consumo, donde las relaciones económicas están definidas, él tiene que actuar con diligencia, ya que la publicidad actúa como una herramienta comercial de competencia, donde existe la opción con diferentes productos o servicios brindados por la empresa o persona jurídica comercial, por lo que el consumidor asume la responsabilidad al adquirir dicho bien o servicio. Por lo tanto, el Derecho penal no puede colisionar con la libertad económica y de consumo, puesto que existe una autodeterminación de la persona y ella decide superar el riesgo no permitido, lo que Calcina Hannco llama la “autorresponsabilidad de la víctima”<sup>194</sup>.

De la postura en mención, se suman tres argumentos más: 1) indican por ejemplo, que no puede existir dicha configuración como delito a la publicidad engañosa, porque constituiría un delito de peligro, cosa que jamás debería formularse dentro de los delitos que tienen como bien jurídico tutelado el patrimonio y más aún los delitos socioeconómicos; 2) un segundo argumento, indica que no corresponde regularse por el Derecho Penal, ya que debe dejarse la regulación solo al Derecho Administrativo, en este caso al Derecho del consumidor con su propia ley especial, lo que conllevaría solo a una sanción administrativa; y 3) un último argumento, indica que no es viable dicha incriminación, pues ya existe el delito de estafa, y

---

<sup>193</sup> Cfr. CARO JOHN, José Antonio. *Manual teórico práctico de la teoría del delito. (La imputación objetiva/imputación a la víctima)*, Lima, Ara Editores, 2014, p.86.

<sup>194</sup> Cfr. CALCINA HANCCO, Aldo. “*La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima*”. En: *Dogmática Penal aplicada y cuestiones actuales del Derecho Penal Económico y de la empresa*. Coordinador CALCINA HANCCO, Aldo. Lima, Grijley, 2016, p. 160.

conforme al principio de intervención mínima (punibilidad para conductas más graves) no sería justificado<sup>195</sup>.

## 2.2. Postura a favor

Esta postura defiende la incriminación de la publicidad engañosa, refiere que dicho hecho si configuraría un delito y por ende el Derecho Penal debe regularla frente a los riesgos penalmente relevantes en una relación de consumo. Esta tiene dos vertientes, la primera que considera que la publicidad engañosa es una modalidad de estafa con carácter socioeconómico, y la segunda que considera que es un delito autónomo de los delitos contra el mercado y el orden económico.

La **primera** vertiente señala que la publicidad engañosa configuraría como una modalidad de estafa; ya que teleológicamente, lo que realmente se pretende proteger con las legislaciones de protección al consumidor, es el patrimonio colectivo o, mejor dicho, proteger a los consumidores del perjuicio económico. Y para su mayor protección dentro del sector jurídico, el Derecho Penal es más eficaz que el sancionador administrativo; teniendo en cuenta que el bien jurídico tutelado del delito de estafa, es el patrimonio.

Si bien es cierto, algunos cuestionan esta configuración, ya que el delito de estafa protege el bien jurídico patrimonial individual y no colectivo; sin embargo, esta concepción se puede ir ampliando poco a poco, argumento que desarrollaremos más adelante, cuando tomemos posición de esta controversia.

Asimismo, en **Nicaragua**, la publicidad engañosa ha ido variando en su regulación, ya que inicialmente se regulaba como parte del Derecho del Consumidor y en la vía administrativa, mediante la “Ley de Defensa de los Consumidores”, Ley No. 182, Aprobada el 27 de septiembre de 1994, en el siguiente articulado:

---

<sup>195</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, Antonio. “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”. Universidad de León, España, 2014, [ubicado el 15.X 2018] Obtenido en: [https://www.researchgate.net/publication/28244396\\_Contribucion\\_a\\_la\\_polemica\\_sobre\\_el\\_delito\\_publicitario](https://www.researchgate.net/publication/28244396_Contribucion_a_la_polemica_sobre_el_delito_publicitario).

**“Artículo 19.-** *La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios constituye delito de estafa, sin perjuicio de otras responsabilidades penales y civiles.*

*Se considera que hay engaño cuando:*

a) *En cualquier tipo de información, comunicación, publicidad comercial, envases o etiquetas se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente impliquen inexactitud, oscuridad, omisión, ambigüedad o exageración.*

b) *Se induzca al consumidor a engaño, error o confusión sobre:*

*- El origen comercial geográfico del bien ofrecido;*

*- El lugar de prestación del servicio;*

*- Componentes o ingredientes del bien ofrecido;*

*- Los beneficios o implicancias del uso del producto o la contratación del servicio;*

*- Las características básicas del producto a vender o el servicio a prestar, tales como dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad u otros;*

*- Fecha de elaboración y vida útil del bien;*

*- Los términos de garantías que se ofrezcan;*

*- Los reconocimientos nacionales o extranjeros tales como medallas, premios, trofeos o diplomas;*

*- El precio del bien ofrecido, las formas del pago y el costo al crédito.”<sup>196</sup>*

Posteriormente mediante Ley 641/2008, Ley de Código Penal de Nicaragua, la publicidad engañosa se ha regulado como un delito dentro del rubro de delitos que protegen los intereses patrimoniales, a la regulación como delito autónomo contenidos en los artículos 229° y 230° del Código Penal Nicaragüense<sup>197</sup>.

Con los ejemplos indicados en las páginas anteriores, sobre la regulación como delito respecto de la publicidad engañosa, podemos colegir que, si es posible la

<sup>196</sup> Artículo 19 de la Ley 182/1994.

<sup>197</sup> Ley 641/2008, Ley de Código Penal de Nicaragua.

regulación típica del hecho “publicidad engañosa”, eso no cabe duda, ahora habrá que tomar una posición de ubicación de dicho delito, si es una modalidad de estafa y buscar la protección del bien jurídico patrimonio o un delito autónomo dentro de los delitos contra el orden económico<sup>198</sup>.

La segunda vertiente considera que si se incrimina a la publicidad engañosa, esta debería ser un delito autónomo y que debería estar dentro de los delitos económicos, claro está, que dicha posición se basa en el desarrollo del Derecho Penal Económico<sup>199</sup>, sin embargo, también tiene ciertas críticas, que estaríamos incurriendo en un maximalismo penal, y llevando a que cada hecho que ahora se pretenda penalizar, tenga autonomía punible. Más aún, si lo que se pretende proteger como bien jurídico no es el normal desarrollo económico, sino contrarrestar la herramienta de engaño (publicidad engañosa) en una relación de consumo, a fin de no perjudicar patrimonialmente al consumidor – ciudadano.

Esta última posición que se orienta hacia la configuración de la publicidad engañosa como delito económico, tiene como base regulativa en el Derecho comparado, veamos algunos ejemplos: En **España** la publicidad engañosa está configurada como delito, así el Código Penal español, en su artículo 282° en el rubro “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”, por lo que el legislador español ha ubicado este delito en el ámbito de aquellos delitos referidos a la tutela del mercado y de los consumidores<sup>200</sup>.

Sin embargo, debe quedar claro, que, sí es posible concebir la protección penal en una relación de consumo, desde la perspectiva de la expansión proteccionista del Derecho Penal, y el Estado debe y tiene que ejercer el *ius puniendi* a fin de intervenir en aquellos hechos donde haya lesión o puesta en peligro bienes jurídicos individuales o colectivos.

---

<sup>198</sup> Cfr. BARRERA CARRIÓN. Op. Cit. p.19

<sup>199</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO. Op. Cit. p. 553.

<sup>200</sup> Cfr. CHAVES PEDRÓN, César. *Delito de publicidad engañosa (art. 282 C.P.): especiales consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido*. Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, España – Valencia, 2015, pp. 183-210.

### 2.3. Posición adoptada

La posición que asumimos, es la segunda postura, es decir la incriminación de la publicidad engañosa, porque contiene elementos delictivos que encuadrarían en una modalidad de estafa y por ende, el Derecho Penal debe regularla frente a los riesgos penalmente relevantes en una relación de consumo, a fin de salvaguardar el derecho de los consumidores. Pues esto tiene fundamento, ya que dicho derecho es protegido por la Constitución Política del Perú en su artículo 65°. En ese sentido, no podemos dejar que el ciudadano ejerza la autorresponsabilidad frente a la publicidad comercial muchas veces abrumadora, donde el agente más débil en esta relación de consumo es el consumidor. Necesitamos un Estado intervencionista - protector, frente a la publicidad engañosa ejercida como instrumento comercial por grandes empresas, muchas veces con el afán de lucro a costa de todo.

Asimismo, sobre el rol del Estado y el ciudadano en la protección del Derecho Penal, nos señala Polaino Navarrete:

*“a) En el Estado intervencionista, paternalista o proteccionista la tarea de tutela de los ciudadanos frente a injerencias lesivas ajenas es preocupación primaria o fundamental del Estado, lo cual se realiza mediante una regulación exhaustiva de las actividades arriesgadas. Este sistema trata al individuo como un menor de edad, dejándole un ámbito muy reducido de actuación, de libertad”*  
*b) En el Estado liberal o de autorresponsabilidad del ciudadano, por el contrario, se intenta proteger a los ciudadanos reconociéndoles la libertad de crear un ámbito de actividades de riesgos propios, dentro de ciertos límites, los límites del riesgo permitido: cada ciudadano es responsable de su ámbito de organización (competencia por organización), en ejercicio de su reconocida libertad. En este sistema, el ciudadano es tratado como un mayor de edad, o sea, como un sujeto autorresponsable a quien se reconoce una amplia libertad de movimientos y de creación de*

*riesgos propios, que será lícitos siempre que no lesionen bienes o valores ajenos*<sup>201</sup>.

Frente a ello podemos, indicar que si vemos los indicadores legislativos de las últimas reformas del Código Penal peruano, en cuanto a introducción de nuevas figuras delictivas, estamos asistiendo a una sociedad de riesgo y tenemos que proteger al ciudadano quien es la parte más débil, y en la investigación que ostentamos, sostenemos que frente a la publicidad engañosa, como es el caso de leche “Pura Vida”, debemos proteger al consumidor, desde el ámbito del Derecho Penal, poniéndole límites a la criminalidad socioeconómica de las grandes empresas que mediante aquel instrumento comercial, llegan a perjudicar patrimonialmente al consumidor<sup>202</sup>.

Ahora, frente a la acotación, que solo basta sancionar a la empresa que utilizó la publicidad engañosa, con las leyes que protegen al consumidor que son de carácter administrativas, no es del todo cierto; lo es en forma parcial, ya que asumimos que este hecho también constituye delito, porque existe un perjuicio patrimonial no sólo individual sino colectivo, es decir de forma masiva, y esto constituye una consecuencia mucho más grave, ya que a costas del derecho de libertad económica (artículo 58° de la Constitución Política de 1993) se utiliza como herramienta persuasiva a la publicidad engañosa y como consecuencia de ello, el desprendimiento patrimonial, beneficiándose así la empresa proveedora del producto. Es por ello, que hacemos énfasis respecto del bien jurídico patrimonio, este puede ser el patrimonio en su diversidad jurídica, como la propiedad, la posesión, etc.; derecho constitucionalmente protegido en el art. 70° por la carta fundamental de 1993.

---

<sup>201</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas”. En: El derecho penal ante las sociedades modernas, dos estudios de dogmática penal y política criminal. Laudatio a cargo de DAZA GOMEZ, Carlos. Lima, Grijley, 2006, p. 58-59.

<sup>202</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico, aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Editorial Jurídica, 1978, p. 46. Citado por REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Volumen II, Lima, Editorial Instituto Pacífico, 2014, 1219.

Cuando, hablamos de proteger en forma colectiva a los consumidores de su patrimonio económico, se suele confundir como un agravante, cuando en realidad se tiene que considerar al delito de estafa como un delito masa, y para ser más preciso, este aspecto de pluralidad de víctimas no sería una agravante porque dicha característica de la estafa tiene puntos de contacto con el delito masa regulado en el artículo 49° del Código Penal, y según su ubicación sistemática este se ubica en la parte general y no en la parte especial; en consecuencia, si la interpretación es que el delito de estafa tiene elementos de contacto con el delito masa, es decir protección colectiva de víctimas, bien encajaría la publicidad engañosa como modalidad de la estafa, ya que las víctimas serían el colectivo consumidores<sup>203</sup>.

Por ello, indicamos, que si bien es cierto la publicidad engañosa es un medio del ámbito comercial competitivo, no se escapa de ser o configurar una modalidad de estafa contra el bien jurídico patrimonio en su sentido más amplio, teniendo como sujeto activo a una persona jurídica llamada empresa cuyas responsabilidades desde su organización se tendrá que determinar, mientras que el sujeto pasivo de este hecho delictivo, es una sociedad de consumidores, es decir, existe una pluralidad de víctimas.

### **3. RIESGOS PENALMENTE RELEVANTES**

Como hemos desarrollado anteriormente la actual posición del Derecho Penal frente a los nuevos retos que afronta ante la globalización y por ende el sistema neoliberal que trae la libertad económica a ultranza, frente al consumidor – ciudadano, un poco más desprotegido, pues es esta rama del derecho que debe asumir tan relevante protección, para ello estas cuestiones que también corresponden a la política-criminal, nos llevaron a escudriñar los riesgos penalmente relevantes que trae la publicidad engañosa en una relación de consumo, y debiéndose configurar una modalidad de estafa.

Se debe identificar si el Derecho Penal debe proteger o tutelar de manera previa algunos bienes jurídicos en peligro, ante acciones que el legislador ha identificado

---

<sup>203</sup> Cfr. FIGARI, Rubén y GUEVARA VASQUEZ, Iván. *El delito de estafa, con especial énfasis en la legislación peruana y argentina*. Lima, Editorial IDEMSA, 2018, p. 51.

o tipificado como publicidad engañosa que constituye una eventual lesión a bienes jurídicos socio económicos o patrimoniales, es decir, una regulación preventiva, ya que al fin y al cabo se determinaría como un delito abstracto. Por ello, la modalidad de la publicidad engañosa, debe considerarse un delito específico, dirigido a la protección penal previa de los derechos de los consumidores, y si éste es o no un elemento desencadenante, real, ideal o medial, en supuestos concretos para la configuración del tipo penal de estafa cuando ocurre una lesión concreta a bienes jurídicos patrimoniales<sup>204</sup>.

Reátegui Sánchez, nos indica que: “los elementos que orientan la fundamentación en el marco de los sujetos competentes con la salvación de bienes jurídicos son, tres: el bien jurídico tutelado, la clases de norma jurídica infringida y los deberes jurídicos”<sup>205</sup>.

Dichos elementos, se deben encontrar en la publicidad engañosa, con la finalidad de fundamentar que dicha actividad contiene la estructura típica del delito de estafa, y por ende debería regularse como una modalidad de ella. Desde luego, podemos adelantarnos a indicar, que el bien jurídico protegido es indudablemente el patrimonio de todos los consumidores y que la norma infringida se encaja dentro de una modalidad de estafa, y el deber jurídico del Estado a través del *ius puniendi*, es la de proteger a los consumidores en una relación de consumo.

Es por ello que consideramos que el Derecho Penal, tiene que intervenir con mayor rigurosidad.

### **3.1. Vulneración al bien jurídico patrimonio**

Este es tal vez sea uno de los conceptos más difíciles de definir en el ámbito de los elementos objetivos del Derecho Penal<sup>206</sup>. Sin embargo, es importante porque de ello depende la ubicación sistemática o encuadramiento legal de la conducta delictiva.

---

<sup>204</sup> BARRERA CARRIÓN, Alex. Op. Cit. p. 4.

<sup>205</sup> REÁTEGUI SANCHEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. p. 1173.

<sup>206</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 54.

El bien jurídico es un concepto estrictamente normativo que no solamente es importante en la teoría general de Derecho, sino que en muchas ocasiones, resulta la razón de “ser” de la punición de una conducta en el Derecho Penal<sup>207</sup>.

Ese bien jurídico tendrá que ser aquel protegido por el Derecho Penal, es decir, que se encuentre en la sistemática de la parte especial o legislación complementaria del Código Penal, sólo de esta manera el sujeto asumirá un compromiso específico con aquellos bienes jurídicos que la sociedad considera valiosos.

#### **a) Concepción amplia del bien jurídico patrimonio**

Por su parte Peña Cabrera Freyre sostiene: “No hay objeción alguna en la doctrina especializada, que el delito de estafa ataca el patrimonio de una persona, la suma de valores que se ve mermada, luego de la acción engañosa provocada por el autor, que genera el desplazamiento del acervo patrimonial a su esfera de custodia. De ningún modo, el artículo 196°, ha de tutelar el derecho a la verdad ni la buena fe de los agentes del mercado, en virtud de su contenido etéreo, carente de base material”<sup>208</sup>.

Sin embargo, un concepto más amplio a la anterior anotación, es según Mezger que el “bien jurídico protegido en la estafa, es el patrimonio y el mantenimiento de la verdad de la buena fe en el tráfico patrimonial”<sup>209</sup>.

Estamos de acuerdo, con esta última concepción respecto a la protección amplia del bien jurídico patrimonio en el delito de estafa, ya que si bien es cierto el bien jurídico tutelado por el delito de estafa es el patrimonio, pero de forma indirectamente protege el mantenimiento de la verdad de la buena fe en el tráfico patrimonial. En ese sentido dicha protección, conllevaría a indicar que, dentro de la vulnerabilidad de la publicidad engañosa como modalidad de estafa, no sólo abarcaría el patrimonio sino también en forma indirecta el mantenimiento de la verdad de la buena fe en el tráfico patrimonial.

---

<sup>207</sup> Cfr. REÁTEGUI SANCHEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. p. 1173.

<sup>208</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 2da reimpresión, Lima, 2010, pp. 342-344.

<sup>209</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Buenos Aires, 2004, p. 168.

### **b) El patrimonio como bien jurídico colectivo frente a la publicidad engañosa**

Asimismo, como hemos indicado en líneas anteriores, el delito de estafa cumple una función de protección dentro del rubro de los delitos contra el patrimonio, pues es un mecanismo de tutela de bienes jurídicos individuales, con características concretas o de lesión concreta, lo que supuestamente no configura con la publicidad engañosa que viene a ser una puesta en peligro y los bienes jurídicos colectivos (consumidores), sin embargo no están cierto ello, ya que con la nueva orientación de la expansión proteccionista del Derecho Penal, puede muy bien proteger bienes jurídicos colectivos.

Desde luego, la presente investigación, tiene el objetivo determinar cuáles son esos riesgos penalmente relevantes que conllevaría a configurar a la publicidad engañosa como modalidad de estafa, es por ello que afirmamos después de haber evaluado el caso concreto de leche “Pura Vida”, que existen elementos que vulneran el bien jurídico protegido por la estafa, como es el perjuicio económico de los consumidores, teniendo como fundamento el artículo 65° de la Constitución Política del Perú.

### **c) ¿Toda publicidad engañosa constituiría una modalidad de estafa?**

Ahora bien, cabe preguntarse si ¿toda publicidad engañosa constituye una modalidad de estafa?; en primer lugar, afirmamos que, no toda publicidad engañosa va a constituir una modalidad de estafa, ya que no toda publicidad engañosa ejerce una motivación del consumidor para que caiga en error y así se desprenda de su patrimonio; pero, si llegara a existir, constituye una modalidad de estafa cuando esta publicidad engañosa, sea fraudulenta o abusiva. Expuesto lo anterior, podemos decir que en el caso “Pura Vida”, definitivamente existe una vulneración concreta al patrimonio de los consumidores, donde se ha acreditado el engaño masivo haciendo creer que es leche, siendo una formula vitamínica distinta a la leche, y más aun utilizando el término “pura”, cuando no lo es, o lo que en forma visual pretende introducirse en la psicología del consumidor al poner el símbolo de una vaca.

Podemos indicar, que si la publicidad engañosa se regula como una modalidad de estafa, sería un ejemplo de un Derecho Penal fruto de las “gestiones atípicas de la norma”<sup>210</sup>, es decir donde el Derecho Penal interviene para implementar una conducta delictiva no prevista por la norma y que ahora si es necesario regularla, en ese sentido, sería producto de la falta de tipificación en la norma de cierto aspecto o conducta que ahora nos muestra la criminalidad, y que muchas veces por presiones de nuevos colectivos que se contemplan así mismos como las víctimas: las asociaciones de consumidores por ejemplo, tendiente a maximizar su protección, lo que ha alcanzado al Derecho Penal para las lesiones más graves de sus derechos.

Asimismo, debemos indicar que, si bien es cierto, para nuestro país este enfoque sobre la publicidad engañosa como modalidad de estafa es reciente, ya hemos visto que, en España y Nicaragua, por tomar un ejemplo dentro del Derecho Comparado, lo regulan como delito. En ese sentido podemos colegir que, sí es posible la regulación típica del hecho “publicidad engañosa”, como modalidad del delito de estafa, a fin de proteger el bien jurídico patrimonio de los consumidores.

Existen algunos penalistas que señalan que, si se toma esta posición de configurar a la publicidad engañosa como un delito, se estaría asistiendo a un Derecho Penal de la Competencia<sup>211</sup>, dicho autor entiende que la competencia comercial, lleva a que muchas veces se cometa conductas delictivas. Podríamos manifestar que se trataría de una rama del Derecho Penal donde agruparía delitos autónomos en busca de tutela de la competencia desleal, cosa que no sucede en la presente propuesta de investigación, ya que no se pretende descubrir la pólvora, sino ampliar el abanico de tutela de riesgos producidos por la competencia en contra del consumo; cuyo objetivo es proteger un bien jurídico tutelado llamado patrimonio, no de manera individual como actualmente lo protege la estafa, sino que hay que dotarle una tutela de bien jurídico más amplio que proteja de manera colectiva a los

---

<sup>210</sup> Cfr. GALLEGOS SOLER. Op. Cit. p. 92.

<sup>211</sup> Cfr. TIEDEMANN, Clauss. *Derecho Penal Empresarial y Delito Económico*, vol. 2, Besonderer Teil, Hamburg. 1976, p. 32.

consumidores frente a la publicidad engañosa, que por cierto son ellos los más vulnerados en esta relación de consumo, protegidos por la Constitución Política en su artículo 65°, frente a los poderosos en materia económica.

De esta manera, hemos llegado a la conclusión que la publicidad engañosa contiene elementos suficientes, similares en relación a la estafa, siendo uno de ellos el bien jurídico protegido, y configurado con el engaño en circunstancias que concretamente sí transgreden intereses patrimoniales. Porque lo que pretende el empresario, es que, a través de la publicidad engañosa, el consumidor se desprenda de su patrimonio económico, a fin de que vayan a sus recaudos por la realización de la venta (desprendimiento económico), que al fin y al cabo es un “buen negocio”.

### **3.2. Insuficiente protección administrativa**

En nuestro país, la protección del consumidor ha ido evolucionando legislativamente, así tenemos que, desde la Constitución Política del Perú de 1979, pasando por la Constitución Política actual en su artículo 65°, se tiene un interés a su vulnerabilidad. Sin embargo, nuestros legisladores en materia de defensa del consumidor a fin de legislar de forma especial han proporcionado el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC) del año 2010, ello se establece en el artículo I del Título Preliminar, en el cual señala que se asiste a la protección y defensa de los consumidores, de conformidad con el artículo 65 de la Constitución Política del Perú y en un régimen de economía social de mercado; reproduciendo así lo prescrito en el Código de Defensa del Consumidor del Brasil (Ley N° 8078), cuyo artículo 4.1., establece como principio el reconocimiento de su vulnerabilidad en el mercado de consumo<sup>212</sup>.

Bajo esta premisa, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en su artículo I del Título Preliminar ha instituido como principio rector de la política social y económica del Estado la protección de los derechos de los consumidores y el reconocimiento de su vulnerabilidad, en concordancia con el artículo 65° y el

---

<sup>212</sup> Cfr. CARRANZA ALVAREZ, César. *Temas actuales de Derecho del Consumidor*. Lima, Editorial Normas Jurídicas, 2017, p. 87.

régimen de economía social de mercado prescrito en el artículo 58° de la Constitución Política del Perú. Como ha precisado un importante sector de la doctrina nacional “se produce en masa, se materializa en masa, se contrata en masa, y eventualmente se daña en masa; y en esa lógica, en esa cadena o dinámica, el consumidor no solo tiene un déficit de información (...), sino también un déficit de negociación y de contradicción”, agregándose que “en esta situación de vulnerabilidad y eso es lo que reconoce la Constitución y así tiene que interpretarse (...)”<sup>213</sup>.

Ha sido siempre preocupación del derecho la protección de los más débiles frente a los abusos de los poderosos, mediante la configuración de mecanismos orientados a su defensa<sup>214</sup>.

Eso significa, que el Derecho del consumidor nació como una necesidad de regulación, la misma que aún persiste, muestra de ello es el caso de leche “Pura Vida”, como bien sabemos existen más casos, pues, con la era de la publicidad en la televisión, redes sociales, y otros medios de telecomunicación, se ha llegado a comprobar que dicha actividad publicitaria influye en los consumidores, pero no sólo es un publicidad buena, sino que muchas de ellas con mensajes directos o subliminales, pero en su gran mayoría con información fraudulenta, con la finalidad de que estas empresas poderosas obtengan un lucro, aprovechándose muchas veces de la parte débil, el consumidor.

Como hemos indicado, ahora el alimento llamado leche, no sólo es leche, sino que ahora tiene distintas variedades, deslactosada, con vitaminas A, B, D, etc., con saborizantes, con chocolatada, entre otras; que no hacen ningún bien a la alimentación, pero que sobre todo con publicidad engañosa hacen creer a los consumidores que es leche, perjudicando económicamente a la ciudadanía.

---

<sup>213</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “*Reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor*”, quincuagésima reunión Intercampus, Lima, Editorial María Matilde Schwalb, Universidad del Pacífico, 2010, pp. 30-31

<sup>214</sup> Cfr. CARRANZA ALVAREZ, César. *El contrato lesivo y la presunción de aprovechamiento de la necesidad*. Lima, Editorial Grijley, 2015, p. 28.

Estos ciudadanos o consumidores, no necesariamente son protegidos de forma eficaz por la norma especial de defensa y protección al consumidor, sino que se debe regular con mayor rigor, donde el Derecho Penal, cumpla su doble función tanto la de prevención como la de punibilidad, y que muy bien la publicidad engañosa encajaría en una modalidad de estafa. Veamos a continuación lo que la Ejecutoria Suprema vinculante de fecha 07 de abril del 2017, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, recaída en el Recurso de Nulidad N° 2504-2015-LIMA, ha señalado que el delito de estafa protege el patrimonio, como poder jurídicamente reconocido de interacción en el mercado. De acuerdo con la configuración normativa de este mercado, en el contexto de nuestra sociedad actual, el sujeto que realiza un acto de disposición, muchas veces no accede personalmente a toda la información que necesita para tomar sus decisiones económicas. En ese sentido interactúa económicamente, se ve en la necesidad de confiar en otros que sí tiene acceso a esa información<sup>215</sup>.

Es por ello que el tipo penal de estafa busca garantizar un cierto grado de información veraz, para que el acto de disposición sea libre, y con ello, el patrimonio sea fuente de libertad para el titular; conservando así, la estructura normativa del mercado. Ello es justamente el fin de la regulación propuesta en este capítulo sobre la publicidad engañosa como modalidad de estafa, ya que el derecho del consumidor y el derecho administrativo no protegen de manera eficaz al consumidor frente a la publicidad engañosa, en su manifestación de lucrar a costo de todo y en perjuicio principalmente económica del consumidor.

Todo ello, merece una reflexión profunda, no solo en el plano de la competencia comercial que es un derecho reconocido constitucionalmente, sino que estando en peligro un bien jurídico tutelado como es el patrimonio de todos los consumidores, debe intervenir el Derecho penal, porque con la sanción administrativa no basta proteger al consumidor – ciudadano, hay valores mucho más relevantes, como la protección del bien jurídico patrimonio, no es suficiente la protección desde el ámbito administrativo con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se

---

<sup>215</sup> Cfr. PASTOR MUÑIZ, José Manuel, El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil, 1era edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1987, p. 229.

necesita que esta conducta con elementos delictivos antes escritos, sea regulada por el Derecho Penal, con una sanción punitiva (Pena Privativa de Libertad), en razón que sólo con ello evitaríamos de forma preventiva que las grandes empresas nacionales y transnacionales oferten sus productos a través de la publicidad engañosa, y así se mantendría las reglas de la oferta y la demanda de forma equilibrada, ya que nuestros consumidores no pueden quedar expuestos a la libertad económica y que las empresas tengan que hacer una y otra maniobra económica para lucrar.

### 3.3. Inseguridad en el consumo

Si nos remontamos a las primeras manifestaciones de protección al consumidor, porque se constató y es verificable la vulnerabilidad del consumidor, siempre toma actualidad el manifiesto del presidente John F. Kennedy dirigido al Congreso Norteamericano en 1962<sup>216</sup>. En cuya época el mandatario de los EE.UU., manifestó que se produjera la legislación de protección de los consumidores respecto de los riesgos derivados del mercado de consumo.

Inspiró dicha manifestación la experiencia desastrosa del uso del medicamento Talidomida, que prometía contener los mareos del embarazo y acabó generando graves deformidades en un gran conjunto de fetos. De esa manera exaltó el presidente Kennedy la necesidad que se legislara sobre la responsabilidad civil derivada de productos industrializados, preservándose de alguna forma la esfera jurídica del adquirente de esos productos respecto de los abusos registrados en el mercado<sup>217</sup>.

Un caso similar, es el estudiado en nuestra investigación, como es el caso leche “Pura Vida”, con otras implicancias, pero al fin y al cabo publicidad engañosa, con vulneración a los intereses patrimoniales de los consumidores. Desde luego que

---

<sup>216</sup> Discurso de JFK. 15 DE MARZO DE 1962. Discurso que John Fitzgerald Kennedy pronunció ante el Congreso de los Estados Unidos, donde destacó la universalidad del concepto de consumidor. [ubicado el 15.X 2018] Obtenido en: [http://www.aytojaen.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2\\_13065\\_1.pdf](http://www.aytojaen.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_13065_1.pdf)

<sup>217</sup> Cfr. EDUARDO TAMBUSI, Carlos. *El consumo como derecho humano*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2009, p. 30.

desembocó que se verificara el contenido publicitario en su oferta de más productos que se encuentran en el mercado nacional.

La Comisión de Protección al Consumidor N° 2 del INDECOPI (CC2)-. Lima, en el marco del procedimiento administrativo que llevó adelante contra la empresa Gloria S.A. por el producto “Pura Vida”, señala: que el procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra del GRUPO GLORIA S.A. por presunta infracción al artículo 19 de la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor ante INDECOPI, terminó con la Resolución Final N.º 176-2017/CC3, la misma que resolvió: sancionar al Grupo Gloria, por el caso “Pura vida”, cuyo procedimiento se inició con la denuncia ante INDECOPI la cual fue de oficio, el procedimiento administrativo sancionador en la Comisión de Protección al Consumidor N° 3-Lima, y como tal se le impuso el monto de la infracción sea mayor a 3 UIT, en tanto no brindó información relevante respecto a la naturaleza de los productos, en tanto la información del rotulado de los productos analizados, no cumplirían con las disposiciones de la legislación nacional y el Codex Alimentarius respecto a su denominación, en tanto un consumidor esperaría recibir un producto que respondería a la denominación de su etiquetado, lo que finalmente no reflejaría su verdadera naturaleza, pudiendo generar confusión en el consumidor<sup>218</sup>.

Lo indicado en dicha resolución de INDECOPI en el caso leche “Pura Vida”, podemos extraer la conducta causal del engaño, y sus consecuencias: la causa del engaño sería, que no se brindó información relevante en el rotulado del producto lo que generó confusión en el consumidor, y como consecuencia de ello, el consumidor o mejor dicho la sociedad de consumidores adquirió el producto lo que conllevó a un desprendimiento patrimonial económico. En nuestra opinión, lo que en el caso “Pura Vida” se detectó, no sólo fue un simplemente acto de negligencia en el producto al obviar brindar la información certera lo que ha conllevado a una sanción meramente administrativa, sino que dicho acto omitivo por parte de la empresa ha tenido una intención en tratar de esconder dicha información o

---

<sup>218</sup> Cfr. VILLALOBOS, María Rosa. *“Indecopi multa a Nestlé y Gloria en caso similar de Pura Vida”*, 2017. [ubicado el 10.IV. 2018]. Obtenido en <https://elcomercio.pe/economia/peru/pura-vida-leche-multas-gloria-nestle-noticia-481130>.

manipular dicha información teniéndolo por cierta, lo que configuraría en engaño a través de la publicidad, en consecuencia generó un “error suficiente” sobre el consumidor (víctima), con la finalidad de lucrar a su favor, so pretexto de la libertad económica y comercial en el mercado, incluso infringiendo la empresa su deber de garante, porque no solamente el delito de estafa se comete por acción sino también por omisión, lo que realmente ha sucedió en el presente caso.

Dicho ello, tiene relevancia lo que señala Reátegui Sánchez cuando afirma que: “la estafa penal también puede cometerse vía actos concluyentes “omisivos”, de mantener en error a la víctima, cuando existe el deber por parte del agente de informarle ciertos aspectos, datos, elementos de juicio que eran esenciales y determinantes para adoptar la decisión en uno u otro sentido. Bajo esta hipótesis la víctima se encuentra en un estado psicológico de “error”, cuya presencia no ha sido obra del sujeto activo, pero que este debe esclarecer mediante actos positivos”<sup>219</sup>.

Todo ello refleja, que no basta la protección que brinda el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en cuanto a la tutela del perjuicio patrimonial, por ello supone una seria reflexión, a fin de que actúe el Derecho penal, porque la finalidad de la publicidad comercial no es el interés de proveer alimentos a los consumidores, y dinamizar la economía, sino que con ello se consigue convencer a los consumidores de comprar y vender lo que para su consumo les interesa, en otras palabras que los consumidores al comprar se desprendan de su patrimonio económico, muchas de ellas convencidos por la publicidad engañosa, por lo que urge una protección más eficaz, y esa la tiene el Derecho Penal.

#### **4. LA ESTAFA Y LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA**

Heydegger menciona que la mejor técnica legislativa sobre la estafa, se encuentra establecido en el art. 196 del actual Código Penal en los términos siguientes:

*“El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante*

---

<sup>219</sup> REATEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra el patrimonio*, Op. Cit. p. 343.

*engaño, astucia, ardid y otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años*".<sup>220</sup>

Si analizamos la figura de la estafa, nos damos cuenta que la publicidad engañosa, tiene el elemento típico del engaño, asimismo si se consuma, se estaría hablando que existe un perjuicio económico, al momento que el consumidor influenciado por el error de la publicidad engañosa, adquiere dicho producto, bien o servicio, y que finalmente sería un perjuicio patrimonial para el tercero (consumidor), y el provecho ilícito en este caso para la empresa. Por lo que, en sentido estricto, configuraría una modalidad de estafa, por la protección del patrimonio del tercero, y no como suele analizarse, que sólo protegería la información verídica.

Claro, que no podemos negar que, la figura del consumidor como sujeto pasivo conduce al reconocimiento de los derechos del consumidor como el bien jurídico protegido, en relación a la adecuada información que debe recibir del producto o servicio<sup>221</sup>. Es decir, que se le reconoce como sujeto pasivo al consumidor, no solamente por la vulnerabilidad a sus derechos en la relación de consumo, sino frente al mercado de consumo, protegiéndolo del instrumento de competencia desleal como es la publicidad engañosa.

Si bien es cierto, anteriormente hemos afirmado que existen dos vertientes de quienes aceptan la incriminación de la publicidad engañosa: los que lo introducen como una modalidad de estafa a la publicidad engañosa, y otros que definen que sea un delito autónomo. Ello conlleva a definir la manera de regulación punible de dicha figura, optando por la de regularlo dentro de la estafa enfocados por el bien jurídico protegido, en este caso el patrimonio de los consumidores.

Muñoz Conde<sup>222</sup>, sostiene que no basta la ubicación en un determinado título o capítulo del Código Penal para asegurar que efectivamente la acción sancionada

---

<sup>220</sup> HEYDEGGER, Francisco, R. *Código Penal & Nuevo Código Procesal Penal*, Lima, Editorial Instituto Pacífico, 2018, p.167.

<sup>221</sup> Cfr. BULLARD, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Ed. Palestra, 2003, p. 617.

<sup>222</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del delito*, España, Editorial Tirant Blanch, 2004, p. 68.

corresponda a la tipificación preexistente. Con ello, fundamentamos que no solamente basta ubicarlo sistemáticamente a la publicidad engañosa como modalidad de estafa dentro de los delitos contra el patrimonio, sino que se tiene que identificar el núcleo de la configuración típica.

#### **4.1. El empresario como sujeto activo**

En una empresa cuya principal actividad es su participación en la vida económica, se pueden extraer dos raíces: la responsabilidad del Directivo por la emisión de una orden ilícita para su ejecución por su subordinado y la responsabilidad del directivo al omitir su deber de vigilancia al no evitar delitos cometidos por sus subordinados plenamente responsables<sup>223</sup>.

Esto, refleja que el empresario sea por acción u omisión tiene responsabilidad frente a los delitos desarrollados por una actividad económica, en este caso, si se realiza la publicidad engañosa, estamos ante la responsabilidad del empresario directivo representante o propietario de la empresa, dependiendo quien ordena dicha actividad ilícita, ya que el empresario tiene el poder de dirección con autonomía funcional, por un lado cuando él es el quien ordena dicha actividad, y por el supuesto cuando omite, es decir, no cumple con su deber de garante o supervisión de su subordinado. Esto, trae a colación el tema del dominio del hecho, definitivamente el propietario empresario es quien posee el dominio gerencial ya sea que por haberlo decidido en forma directa o por haberle delegado a su subordinado, por lo que el sería el responsable directo en calidad de autor, sin embargo, también actúa como garante del buen funcionamiento de su empresa, por lo que se le puede acusar por negligente o por omisión.

Ahora bien, existe un supuesto problemático, si es que por omisión el empresario respondería penalmente. Pues, ello se puede resolver graficando el siguiente caso que se dio en Alemania resuelto por el Bundesgerichtshof (BGH) en español “Tribunal Federal de Justicia de Alemania”, el 17 de julio del 2009:

---

<sup>223</sup> Cfr. MEINI MENDEZ, Iván. Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 361.

*“el acusado A era miembro de la comisión de tarifas de una empresa cuando se produjo un error de cálculo en las tasas a pagar por los ciudadanos. Posteriormente se detectó el error por parte de una nueva comisión de tarifas, ostentando entonces el acusado el cargo de director del departamento de revisión interna y director del departamento jurídico. El acusado B, que era miembro de la Junta Directiva, dio la orden de no corregir el error y el acusado A, no hizo nada para impedirlo. El BGH confirmó la sentencia que condenó a B como autor (mediato) de estafa y al acusado A como cómplice en comisión por omisión del mismo delito, observase que la condena del sujeto A se basó en afirmar que tenía una posición de garante de protección del patrimonio de los potenciales afectados por las tarifas”<sup>224</sup>.*

En consecuencia, podemos afirmar que en el caso de la publicidad engañosa de acuerdo al caso “Pura Vida”, sería el directivo empresario el que sería responsable penalmente como autor mediato, es decir el propietario o propietarios del Grupo Gloria”, y se dice que es mediato, porque no fue o fueron ellos lo que en forma directa cometieron la conducta típica, sino de forma indirecta ya que tienen un rol de garante o garantes, y sus subordinados si estos intervienen en la conducta delictiva, como cómplices.

#### **4.2. El engaño como núcleo de la configuración típica**

Como hemos visto, la publicidad engañosa, bien puede tipificarse como modalidad del delito de estafa, por los fundamentos que venimos desarrollando, y desde una perspectiva socioeconómica<sup>225</sup>, pues, las razones que encontramos no es sólo la ubicación sistemática de los delitos por el bien jurídico protegido, sino que además, en cuanto al engaño, este debe ser idóneo o suficientemente capaz, de hacer caer en error o induzca a error al ciudadano-consumidor, y como consecuencia de dicha

---

<sup>224</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *“Responsable de cumplimiento (Compliance Offider) ante el Derecho Penal”*, En: Silva Sanchez (Dir), *Criminalidad de Empresa y Compliance*, Barcelona, Atelier, 2015, p. 19.

<sup>225</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 553.

acción vulnere el bien jurídico colectivo y que sea protegido por nuestra legislación penal<sup>226</sup>.

Este engaño, no sólo deber ser una cuestión simple o meramente comercial, sino que conlleve, a que el agente (empresario), logre con la herramienta comercial de la publicidad engañosa, que el consumidor logre ser convencido a través de este engaño, y se desprenda al adquirir el bien o servicio, perjudicándole económicamente, y se logre beneficiar el empresario de forma ilícita.

### **4.3. Encuadramiento legal como modalidad de estafa**

En este punto desarrollaremos de manera puntual el desarrollo típico del delito de estafa en su modalidad de publicidad engañosa, teniendo en cuenta las características generales de la estafa y su encuadramiento legal con la figura de la publicidad engañosa:

#### **a) Protección patrimonial**

Cuando fundamentamos que la publicidad engañosa, debe ser tipificada como una modalidad de estafa, es en base a la protección del bien jurídico llamado patrimonio, que es regulado en el artículo 196° del Código Penal, centrándonos en la protección del patrimonio de las personas, y no en la protección de otros derechos como la salud, seguridad, etc., inclinándonos por el tema del perjuicio patrimonial, porque si hablamos de protección a la salud o competencia desleal, estamos entrando a otros tipos de delitos, si bien protegerían otro bien jurídico como la salud pública o en su defecto la competencia comercial, pero nos importa no solo proteger una parte del problema, que en este caso sería el consumidor, sino que además con dicha tipificación se estaría protegiendo a los competidores, del delito patrimonial<sup>227</sup>.

Nuestra posición al pretender tipificar la publicidad engañosa como modalidad estafa, no pretende plantear una configuración de un nuevo delito de carácter

---

<sup>226</sup> REATEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra el patrimonio*, Op. Cit. p. 345.

<sup>227</sup> Cfr. MURILLO CHÁVEZ, Javier André. *"Publicidad engañosa cuaderno y estudios de derecho judicial"*, España, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p.p.69-72.

autónomo, sino por el contrario, sería una conducta que tiene los elementos objetivos y subjetivos del delito base llamado estafa, en ese sentido sería una especie, tipo o modalidad de estafa dentro del Código Penal peruano. Recalcamos esto, porque existen otras legislaciones como en España y Nicaragua que lo han tipificado esta conducta como un delito autónomo ubicándolo sistemáticamente en el rubro de los delitos contra el aspecto económico.

#### **b) Protección preventiva y eficaz**

Es además conveniente, dicha regulación punitiva, porque va a permitir una protección más eficaz, pero además preventiva, y no dejar al libre albedrío la publicidad comercial que muchas veces es engañosa, que es tolerable en una sociedad de consumo y donde existe libertad económica, pero en este escenario es el consumidor el más débil de esta relación, por ello su verdadera protección de los derechos en tanto miembro colectivo (consumidores) y no como víctima individual.

#### **c) El engaño y el error en la publicidad engañosa**

Cuando en la resolución de INDECOPI en el caso leche “Pura Vida”<sup>228</sup>, se indica que la causa del engaño sería, que no se brindó información relevante en el rotulado del producto lo que generó confusión en el consumidor. Lo que se tuvo como consecuencia de ello, al consumidor o mejor dicho a la sociedad de consumidores que adquirió el producto es que hubo un desprendimiento patrimonial económico.

En el caso “Pura Vida” lo que se detectó, no sólo fue un simplemente acto de negligencia en el producto al obviar brindar la información certera lo que ha conllevado a una sanción meramente administrativa, sino que dicho acto omisivo por parte de la empresa ha tenido una intención en tratar de esconder dicha información o manipular dicha información teniéndolo por cierta, lo que configuraría en engaño a través de la publicidad, en consecuencia generó un “error suficiente” sobre el consumidor (víctima), con la finalidad de lucrar a su favor, so pretexto de la libertad económica y comercial en el mercado, incluso infringiendo la empresa su

---

<sup>228</sup> Expediente N° 053-2017/CC3 – Comisión de Protección al Consumidor N° 3 – Sede Central.

deber de garante, porque no solamente el delito de estafa se comete por acción sino también por omisión, lo que realmente ha sucedido en el presente caso.

Este fundamento tiene colación con lo que señala Reátegui Sánchez cuando afirma que: “la estafa penal también puede cometerse vía actos concluyentes “omisivos”, de mantener en error a la víctima, cuando existe el deber por parte del agente de informarle ciertos aspectos, datos, elementos de juicio que eran esenciales y determinantes para adoptar la decisión en uno u otro sentido. Bajo esta hipótesis la víctima se encuentra en un estado psicológico de “error”, cuya presencia no ha sido obra del sujeto activo, pero que este debe esclarecer mediante actos positivos”<sup>229</sup>.

**d) El ánimo de lucro: disponibilidad patrimonial y perjuicio económico**

Esto está relacionado al dolo, que es un aspecto subjetivo del tipo penal, y en la publicidad engañosa como modalidad de estafa, se pone de manifiesto el dolo, guiado por el ánimo de lucro. El ánimo de lucro al final guía u orienta el actuar del actor o agente y, por ello, se convierte en un elemento subjetivo adicional al dolo o digamos aquel que impulsa a cometerlo de forma dolosa. Si este elemento subjetivo adicional no se verifica en determinada conducta, el delito en hermenéutica no se configura<sup>230</sup>.

Esto significa, que, si bien en el delito de Estafa el dolo es perjudicar patrimonialmente al sujeto pasivo, el elemento adicional o que ayuda a cometerlo sería el lucro por parte del sujeto activo, en este caso de la publicidad engañosa, es el ánimo de lucro de los empresarios.

En el caso de la publicidad engañosa, el móvil que motiva a la empresa (persona jurídica), es utilizar este engaño como medio, para inducir en error al sujeto pasivo, para que en forma secuencial se desprenda de su patrimonio (compra de producto, bien o servicio), y como consecuencia de exista un perjuicio patrimonial al consumidor, beneficiándose de forma ilícita.

---

<sup>229</sup> REATEGUI SANCHEZ, James. *Delitos contra el patrimonio*, Op. Cit. p. 343.

<sup>230</sup> IBID, p. 344.

### e) Consumación y tentativa de la publicidad engañosa

El otro aspecto, que debemos dejar en claro, que, si bien es cierto la publicidad engañosa, trae consigo un riesgo asumido por la víctima (consumidor), lo cual, al configurarlo como modalidad de estafa, es lógico que sería un delito de peligro, lo que no guardaría relación con la protección concreta de la estafa, pero no olvidemos que el delito de estafa también contempla en el grado de desarrollo del delito, la tentativa.

Esto, que muy bien podría aceptarse una tentativa en la publicidad engañosa, como modalidad de estafa. Esto nos puede llevar a un ejemplo, de aquellos spot publicitarios con oferta engañosa a fin de que el consumidor logre adquirir el producto, pero al percatarse el empresario, de ello estaría incurriendo en delito de estafa, entonces logra retirar el spot publicitario con dicha oferta, sin embargo con la sola intención, se habría puesto el bien jurídico protegido por la estafa, e incluso para aquellas figuras de venta por internet y cancelación vía depósito interbancario, ya que el sujeto pasivo pudo haber depositado a fin de adquirir dicho bien por la publicidad engañosa, pero no logrando retirar el dinero depositado a su cuenta del sujeto activo (empresa)<sup>231</sup>.

## 5. NECESARIA REGULACIÓN

### 5.1. La anticipación de la intervención penal

La actuación penal supone una intervención o intromisión hacia la libertad de los ciudadanos, esta intervención lo realiza a través del Estado con la facultad conocida como "*ius puniendi*", por ello siempre es obligatorio que el legislador peruano tenga que establecer muy bien los límites al tipificar un nuevo delito o conducta delictiva.

Sin embargo, en una sociedad como la actual que exige mayor protección estatal<sup>232</sup>, el legislador se ha visto forzado a aumentar y adelantar la actuación penal. Esto que en sí mismo no puede calificarse como indebido, se convierte en un verdadero problema si solo se satisface la demanda de seguridad descuidando

<sup>231</sup> Cfr. CESANO, José. "*La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis*", Lima, Editorial Gaceta Penal & Procesal Penal, 2010, p.197.

<sup>232</sup> Cfr. MENDOZA BUERGO, El derecho penal en la sociedad del riesgo, Madrid, 2001, p. 55.

la configuración de las nuevas figuras empleadas. Este impulso es esencial, a pesar de sus críticas, porque hay que dotar de seguridad ciudadanía ante conductas peculiares y de aparente trasfondo legal que está encubierto con reglas del mercado, para dotar a jueces y fiscales de los elementos para ponerlos en práctica y alcanzar la seguridad jurídica<sup>233</sup>.

Es por ello, que colegimos que nuestra sociedad se encuentra en un permanente riesgo, y sobre todo con el ámbito económico, ya que muchas actividades económicas se encuentran desarrollándose con artimañas buscando el fin lucrativo a toda costa, y la publicidad engañosa es una herramienta de ellas, por ello es necesario que en este aspecto el Derecho penal regule, o mejor dicho tipifique como una modalidad de estafa, para dotarle de seguridad jurídica a los consumidores pero también están comprendidos dentro del campo de su influencia los competidores y el público en general.

## **5.2. Futura tipificación de la publicidad engañosa**

Habiendo analizado el delito de estafa y la relación con la publicidad engañosa, en cuanto a los elementos normativos de configuración como una modalidad de ella y las consecuencias de su actuación dentro de la relación de consumo, se hace necesario tipificar la publicidad engañosa como una modalidad de estafa, ya que adquiere un sustento constitucional. De acuerdo con VÍVELA CARBAJAL<sup>234</sup>, dice que dentro de la protección del consumidor se desarrolla un ambiente económico, establecido en nuestra Constitución Política del Perú de 1993, en la cual establece el adecuado sistema de una economía de mercado, en su artículo 58°, de la norma citada, protegiendo un pluralismo económico, lleva por ende a recoger tanto los derechos del empresario a ejercer una actividad económica – empresarial, así como los derechos de los consumidores y usuarios.

Definitivamente, después de todo lo acotado, y descubierto el carácter delictivo de la publicidad engañosa debe tomarse en cuenta los riesgos penalmente relevantes

---

<sup>233</sup> Cfr. VILCHEZ CHINCHAYAN, Ronald. *La anticipación de la intervención penal. ¿es solo un problema de legitimidad?* En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, noviembre 2014, N° 05, p. 102.

<sup>234</sup> Cfr. VÍVELA CARBAJAL, Jorge Eduardo. “*Fundamento de protección del consumidor*”, En: Revista Jurídica, marzo 2010, p. 2.

aquí señalados. Pues no existe en nuestro ordenamiento jurídico penal, regulación alguna que se asemeje a proteger el daño causado por la publicidad engañosa respecto del bien jurídico patrimonio<sup>235</sup>.

El análisis del caso “Pura Vida”, donde el Grupo Gloria, ha sido sancionado administrativamente por INDECOPI, por la publicidad engañosa en su producto, nos debe llevar a la reflexión jurídica, por las consecuencias jurídicas que conlleva, pues ello debe ser materia de una futura tipificación, que conduzca a proteger eficazmente al consumidor y su patrimonio.

El objetivo de la presente investigación, se ha cumplido, al identificar los riesgos penalmente relevantes de la publicidad engañosa, con la finalidad de dar fundamentos para su futura tipificación como modalidad de estafa. Es necesario concebir dicha propuesta, de acuerdo al enfoque que el Derecho Penal Económico ha traído en nuestros tiempos como visionario de su posible regulación, conocer las nuevas tendencias del Derecho Penal y hacia donde apunta para proteger bienes jurídicos en una sociedad de riesgo<sup>236</sup>.

Por todo lo expuesto, es importante regular penalmente la figura de la publicidad engañosa como una modalidad de estafa, a fin de proteger el bien jurídico patrimonio de los consumidores, más aún si actualmente vivimos en una sociedad de riesgo, por ello su rol expansivo de protección del Derecho Penal en incluir nuevas figuras delictivas del ámbito económico, que hoy se ha constituido como el Derecho Penal Económico.

---

<sup>235</sup> Cfr. MURILLO CHÁVEZ, Op. Cit., p. 72.

<sup>236</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, Op. Cit. p. 59.

### 5.3. Descripción típica del nuevo delito

A continuación, veremos mediante un cuadro comparativo los elementos típicos del nuevo delito propuesto, como es, el delito de la publicidad engañosa como modalidad de estafa.

TABLA 3.

**CUADRO COMPARATIVO ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y LA FIGURA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO MODALIDAD DE ESTAFA**

<b>ESTAFA EN GENERAL</b>	<b>PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN RELACIÓN DE CONSUMO</b>
<b>Delito Genérico</b>	<b>Modalidad</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Por engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta se indujo o mantiene en error.</li> <li>• Ingenuidad del estafado.</li> <li>• Acto de disposición del sujeto pasivo.</li> <li>• Recae sobre los bienes muebles e inmuebles (artículo 196 CP).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Por medio de la publicidad engañosa se indujo o mantiene en error al consumidor, debido a que se oculta, se maquilla o se omite información necesaria para el real conocimiento de la publicidad comercial.</li> <li>• Ingenuidad del estafado (consumidor).</li> <li>• Acto de disposición del consumidor (sujeto pasivo), al valerse de la información proporcionada por el proveedor (sujeto activo).</li> <li>• Recae sobre los bienes y servicios.</li> </ul>

***Fuente: Cuadro creado por la autora utilizando conceptos del presente estudio.***

***Fecha: 12/10/2018***

Hay que tener en cuenta el precedente vinculante sobre el delito de estafa, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria, sobre Recurso de Nulidad N° 2504-2015<sup>237</sup>, Lima; del fundamento vigésimo sexto podemos concluir lo siguiente:

<sup>237</sup> El día 19 de mayo de 2017, se publicó en el diario oficial El Peruano.

TABLA 4.

**PRECEDENTE VINCULANTE SOBRE EL DELITO DE ESTAFA - RECURSO DE NULIDAD N°  
2504-2015**

<b>Si no se configura el delito de estafa, deben ventilarse en la vía extrapenal.</b>	<b>Si se configura el delito de estafa por infracción a un deber de veracidad y la realización del riesgo en el resultado.</b>
Engaños, en las relaciones contractuales, civiles o mercantiles, hay situación de error de la víctima, incumbía a está <u>agenciarse de la información normativamente accesible</u> . Aquí el perjuicio patrimonial es de competencia de la víctima.	<u>El autor conforme al deber de veracidad debe brindarle los conocimientos necesarios para la toma de decisión de la víctima</u> respecto de la disposición patrimonial, se le bloquea a la víctima el acceso a la información normativamente accesible.

*Fuente: Legis.pe*

*Fecha: 11/03/2018*

Este precedente, lo que invoca es que para configurar el delito de estafa hay que tener en cuenta el engaño, respecto que se debe tener mucha diligencia si no este no se configuraría, es decir que la víctima debe agenciarse de la información, pero si el autor de la conducta no brinda la información necesaria, estaría incurriendo en estafa.

Por tanto, si el producto que va a adquirir el consumidor no cumple con las características verídicas y no es idóneo para lo que se adquirió, creemos que estamos frente a una estafa, en este caso el consumidor se basó de la información proporcionada por el productor, y por ello creo convicción en su denominación o característica del producto. En consecuencia, podemos indicar que cuando el consumidor haya ingresado en una relación de consumo al adquirir mediante la compra el producto basándose en una publicidad engañosa y que dicha relación haya causado perjuicio a su patrimonio (cuestión dineraria), se estaría frente a una modalidad del delito de estafa.

Finalmente, podemos atrevernos a concluir que la publicidad engañosa, es una modalidad de estafa, pero en una situación específica, en este caso en la relación de consumo, por ello proponemos la siguiente descripción del nuevo delito, la publicidad engañosa como modalidad de estafa en una relación de consumo:

**Artículo 196-A.- Estafa en la relación de consumo**

*«El productor o proveedor que, en una relación de consumo, procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de un consumidor, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante la publicidad engañosa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años.»*

**¿Por qué la denominación de “Estafa en la relación de consumo”?**

La propuesta normativa sobre la publicidad engañosa como modalidad de estafa en una relación de consumo, tiene como denominación típica del delito: “Estafa en la relación de consumo”, debido a que la estafa como conducta típica se da en la relación de consumo, entiéndase esta como el vínculo existente en una sociedad de consumo, entre el productor, proveedor y consumidor, con la finalidad de intercambio comercial entre estos para ofrecer y adquirir un producto, bien o servicio de forma onerosa, es decir que existe una contraprestación. Este factores determinante, porque con ello podemos identificar al sujeto pasivo del este delito, si existe una relación de consumo, la víctima sería el consumidor.

**¿Por qué ubicarlo sistemáticamente en el artículo 196-A del Código Penal Peruano?**

Como hemos expuesto en el capítulo segundo de la presente investigación el artículo 196 del Código Penal vigente, es el tipo básico del delito de estafa, lo que significa que existe la estafa agravada; pero para una mejor sistematización de la modalidad de estafa propuesta, debería ubicarse en el artículo 196-A, ya que deriva del tipo general, para convertirse en una modalidad, ya que su característica está en la relación de consumo. En ese sentido la estafa agravada que se encuentra prescrita en el artículo 196-A pasaría a ubicarse en el artículo 196-B, por tener la característica agravante y no de modalidad. Téngase presente que la estafa en una

relación de consumo su principal factor diferenciador del tipo base, es que este engaño se da en una relación de consumo y en perjuicio de los consumidores.

### **¿Por qué de la pena de tres años a siete años?**

La pena configurada para esta modalidad, ha aumentado desde el mínimo de tres años la cuantía punitiva hasta el máximo de siete años, debido a que en esta nueva figura delictiva derivada de la estafa no podría contener la misma pena que el tipo base, por el contrario aumenta gradualmente entre la estafa genérica y la estafa agravada, ya que se trata de proteger al consumidor, en este caso es una pluralidad de víctimas (consumidores), quienes se ven perjudicados en su patrimonio (contraprestación dineraria).

En ese sentido, colegimos que realizado el análisis del caso de publicidad engañosa y luego de una ardua labor investigativa referente a la estafa, podemos afirmar que la publicidad engañosa es el medio utilizado en una relación de consumo para configurar el delito de estafa.

Por último, hay que tener siempre presente que al regular la publicidad engañosa como modalidad de estafa en una relación de consumo, se tiene que diferenciar con el regulado en el ámbito administrativo y por el derecho del consumidor. Es decir que, una relación de consumo que venga viciada de publicidad engañosa estaría incurriendo en esta nueva modalidad de estafa, siempre y cuando el consumidor por más que haya actuado de forma diligente en revisar las características publicitadas por el productor o proveedor, le sea imposible corroborar la información ofrecida; de lo contrario estaríamos frente a la publicidad engañosa que es sancionada por la normatividad administrativa cuya competencia le corresponde al INDECOPI.

## CONCLUSIONES

1. El caso “Pura Vida”, nos muestra que existe una debilidad en la protección de los derechos de los ciudadanos como consumidores, debilidad del sistema de fiscalización y control en favor del consumidor, ya que no fue nuestro país el que detectó irregularidad en el producto lácteo “Pura Vida”, sino el país de Panamá, más aun si en su haber el Grupo Gloria ha tenido 8 a 10 casos de denuncias ante INDECOPI y estas han sido archivadas u otras infundadas, pero no sólo pasa con el Grupo Gloria, actualmente en cuestión de publicidad engañosa también están incurriendo empresas como Movistar, Ripley, etc. Por ello señalamos que los ciudadanos estamos expuestos mediante la publicidad engañosa a riesgos penalmente relevantes derivados de la relación de consumo.
2. En el caso “Pura Vida Nutrimax”, las comisiones CC2 y CC3 de INDECOPI, han determinado que la empresa Gloria, siendo una empresa de talla internacional, concedora de los parámetros de la publicidad e información del producto, desde su elaboración, descripción de características y contenido, hasta su denominación y etiquetado; trató de seguir induciendo al error al consumidor, a pesar de haber sido indicada con ciertas pautas por la DIGESA, al hacer creer que el producto “Pura Vida” era leche. En su primera sanción por parte de la CC2, se le indicó, y a pesar de ello continuó con el mensaje oculto en su presentación (imagen de una vaca en su bolsitarro y la denominación de “Leche”). Es por ello que consideramos que constituye un tipo de engaño por inducción a error al consumidor, y por ende es un tipo de publicidad engañosa.

3. El rasgo característico de la estafa como modalidad lesiva del patrimonio lo constituye el uso del engaño para inducir a la víctima a una actuación cuyo resultado final es un acto de disposición patrimonial indebidamente favorable al sujeto activo y perjudicial al sujeto pasivo. Sin embargo, la sola presencia del engaño no es suficiente para asegurar la presencia del delito, sino que debe comprobarse una concatenación secuencial entre los actos fraudulentos, el resultado del engaño generado a consecuencia de los mismos y el posterior acto de disposición patrimonial de la víctima.
  
4. Cabe resaltar que, el producto “leche Pura Vida Nutrimax” generaba confusión en el consumidor, pues dicho producto no reflejaría su verdadera naturaleza, cuya finalidad era lograr el desprendimiento patrimonial de los consumidores, pues resulta poco creíble que la empresa Gloria S.A. no tuvo intención de estafar al público que a través de los diferentes medios de comunicación vulneraron la expectativa de éstos, generando beneficios económicos como grupo empresarial y pérdida para el sujeto pasivo. Dicha conducta conllevaría a encuadrarla en una modalidad de estafa, si es que el Estado pretende proteger con efectividad a los consumidores y la ciudadanía en general. En consecuencia nuestra sociedad se encuentra en un permanente riesgo, y sobre todo en el ámbito económico, ya que muchas actividades económicas se encuentran desarrollándose con artimañas buscando el fin lucrativo a toda costa, y la publicidad engañosa es una herramienta de ellas, por ello es necesario que en este aspecto el Derecho penal regule, o dicho de otro modo, la tipifique como una modalidad de estafa, para dotar de seguridad jurídica a los consumidores, estando también comprendidos dentro del campo de su influencia los competidores y el público en general.

## RECOMENDACIONES

1. Ante los riesgos penalmente relevantes de la publicidad engañosa, donde la publicidad es utilizada para engañar y así obtener un fin lucrativo a favor del productor u ofertor, recomendamos su tipificación como una modalidad de estafa, para dotarle de seguridad jurídica al patrimonio de los consumidores.
2. Proponemos la siguiente descripción del nuevo delito, la publicidad engañosa como modalidad de estafa en una relación de consumo dentro de nuestro Código Penal:

### ***Artículo 196-A.- Estafa en la relación de consumo***

*«El productor o proveedor que, en una relación de consumo, procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de un consumidor, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante la publicidad engañosa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años.»*

3. Recomendamos que las futuras investigaciones jurídicas respecto de la publicidad engañosa en relación a su configuración delictiva, sea enfocada a plantear un proyecto de ley con el articulado correspondiente, para ser implementado en el Código Penal en el capítulo de los delitos contra el patrimonio.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *El derecho de la libre competencia*, Lima, San Marcos, 1997.
2. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Lima, Editorial Idemsa, 2000.
3. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “*Los delitos contra la competencia*”, Revista Themis N°36, octubre 1997.
4. ÁLVAREZ, César. *Temas actuales de Derecho del Consumidor*, Lima, Editorial Normas Jurídicas, 2017.
5. ALPA, Guido. “*Derechos del consumidor*”, Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 2010.
6. ANTONIO HERNÁN, Benjamín; LIMA MARQUEZ, Claudia y ROSCOE BESA, Leonardo, *Manual del Derecho del Consumidor*, 6ta Edición, Sau Paulo: RT.
7. ARAOZ VILLENA, Luis Alberto. *El principio de legalidad en la nueva constitución política del estado*, México, Ed. Porrúa S.A., 2013.
8. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Editorial Temis, ANUD, 1984.
9. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico, aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Editorial Jurídica, 1978.
10. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, Madrid, Ceura, 2001.
11. BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo: a transformación de las personas en mercadería*, Rio de Janeiro, Zahar, 2008.

12. BRAMONT ARIAS, Luis. *Código Penal anotado*, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la UNMSM, Lima, 1966.
13. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ta Edición, Lima – Perú, Editorial San Marcos, 2006.
14. BULLARD, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Ed. Palestra, 2003.
15. CALCINA HANCCO, Aldo. *Dogmática Penal aplicada y cuestiones actuales del Derecho Penal Económico y de la empresa*, Lima, Grijley, 2016.
16. CAMACHO PEREIRA, Consuelo. “*La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. Integración de la publicidad en el contrato*”, Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi, 2012.
17. CARO CORIA, Dino Carlos y, REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Derecho Penal Económico Parte General*, Tomo I, Lima, Jurista Editores, 2016.
18. CARO JOHN, José Antonio (Dir.), ARANGO YAMASHIRO, María del Carmen (Coord.), *Diccionario de Jurisprudencia Penal*, Lima, Editorial Grijley, 2007.
19. CARRANZA ÁLVAREZ, César. *El contrato lesivo y la presunción de aprovechamiento de la necesidad*, Lima, Editorial Grijley, 2015.
20. CARRANZA ÁLVAREZ, César. *Temas actuales de Derecho del Consumidor*, Lima, Editorial Normas Jurídicas, 2017.
21. CASTILLO ALVA, José. *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de la República*, t. iii, Lima: Grijley, 2006.
22. CESANO, José. *La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis*, Lima, Editorial Gaceta Penal & Procesal Penal, 2010.
23. CHANAMÉ ORBE, Raúl. “*Exégesis de la Constitución Económica*”, Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3, N° 5 / 2009.
24. Cooperación Alemana de Desarrollo GTZ. *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*, Lima, AMAG,
25. DIRECCIÓN GENERAL DE SALUD AMBIENTAL E INOCUIDAD ALIMENTARIA. “*Investigación, DIGESA, suspende registro sanitario a Pura Vida*”, Lima. Digesa, 2017.

26. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.
27. DE TRAZEGNIEZ GRANDA, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. 2da Edición, Lima, Grijley, 2018.
28. EDUARDO TAMBUSI, Carlos. *El consumo como derecho humano*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2009.
29. EGACAL, *El ABC del Derecho de protección al consumidor*, Lima, Editorial San Marcos, 2015, p. 7.
30. ESQUIVEL OVIEDO, Juan. *Jurisprudencia penal de la Corte Superior (2006-2008)*. *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima: Gaceta jurídica, 2009.
31. ESPINOZA, Juan. *Derechos de los consumidores*, 2da Edición, Lima, Editorial Rodhas, 2012.
32. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ley de Protección al Consumidor: Comentarios, Precedentes Jurisprudenciales, Normas complementarias*, Editorial Rodhas, Lima, 2004.
33. FERNÁNDEZ FRADES Francisco. *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor*. Santiago de Chile. Editorial Lexis Nexis, 2003.
34. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993", En: *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 10, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994.
35. FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. *Introducción al derecho financiero bancario y bursátil*, Lima, Editorial San Marcos, 2010.
36. FIGARI, Rubén y GUEVARA VASQUEZ, Iván. *El delito de estafa, con especial énfasis en la legislación peruana y argentina*. Lima, Editorial IDEMSA, 2018.
37. GACETA JURÍDICA. *Diccionario Penal Jurisprudencial*, Lima, 2009.
38. GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Estructura jurisprudencial del delito de estafa (Una revisión crítica de sus elementos objetivos)*, En: *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, Director: BOIX REIG, Javier. Colección Monografías, Madrid, Editorial Iustel, 2005.
39. GARCÍA CAVERO, Percy. *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, Jurista Editores, Lima, 2010.
40. GARCÍA CAVERO, Percy y PASTOR, Nuria. *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial*, Lima: Ara, 2005.

41. GARRIDO, Mario. *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo IV, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
42. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de buena fe en el Derecho Administrativo*, 5ta Edición, revisada, actualizada y ampliada, Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2009.
43. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor*, Quincuagésima reunión Intercampus, Lima, Editorial María Matilde Schwalb, Universidad del Pacífico, 2010.
44. HEYDEGGER, Francisco, R. *Código Penal & Nuevo Código Procesal Penal*, Lima, Editorial Instituto Pacífico, 2018.
45. ISLER SOTO, Erika Marlene. *Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor*, Chile, Editorial Universidad Austral de Chile, 2013.
46. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no, Código de Defensa del Consumidor*, 5ta Edición, Sau Paulo: RT.
47. MATTELART, Armand. *La publicidad*, Editorial Paidós Comunicación, Barcelona, 2000.
48. MEDINA FRISANCHO, José Luis, La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial, Grijley, Lima, 2011.
49. MEINI MÉNDEZ, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
50. MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
51. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001.
52. MESA VELÁSQUEZ, Luis Eduardo. *Delitos contra la Vida y la Integridad Personal y Delitos contra la Propiedad*, Medellín, Editorial U. De Antioquia, 1968.
53. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Buenos Aires, 2004.
54. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del delito*, España, Editorial Tirant Blanch, 2004.
55. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*, 13° edición, Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 2008.

56. MURILLO CHÁVEZ, Javier André. *Publicidad engañosa cuaderno y estudios de derecho judicial*, España, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
57. NARDIELLO, Ángel Gabriel. *Estructura del hecho punible. Lineamientos doctrinales, planteo y resolución de casos*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2012.
58. OLITOFF SERGIO, Matus, Jean y RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
59. PASTOR MUÑIZ, José Manuel, *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, 1era edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1987.
60. PEÑA CABRERA, Freyre Alonso. *Derecho Penal Peruano*, Lima, Editorial Rodhas, 2016.
61. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ediciones Legales, 2013.
62. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 2da reimpresión, Lima, 2010.
63. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura. *Derechos de los consumidores*, Buenos Aires, ED. Astrea, 2004.
64. PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de Derecho Penal*, Coruña, Ed. Thomson Civitas, 2003.
65. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas*. En: *El derecho penal ante las sociedades modernas, dos estudios de dogmática penal y política criminal*. Laudatio a cargo de DAZA GOMEZ, Carlos, Lima, Grijley, 2006.
66. PURIZACA VEGA, José. *Delitos económicos*, Lima, Ed. Instituto de Formación Bancaria, 2000.
67. QUERALT JIMÉNEZ, Jhon. *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2015.
68. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra el patrimonio*, Lima, Ediciones Legales, 2018.
69. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Volumen II, Lima, Editorial Instituto Pacífico, 2014.
70. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, vol. I, Lima: Ediciones Legales, 2016.

71. REJAS CEVASCO, Silvana Martha Elena. *El delito de estafa y el caso del producto Pura Vida del Grupo Gloria. Aportes para un debate*, Revista Actualidad Penal, N° 43, febrero 2018, 6.
72. RINESSI, Antonio Juan. *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006.
73. ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*, t. II, Lima: Ara, 2012.
74. ROBLES PLANAS, Ricardo. “*Responsable de cumplimiento (Compliance Offider) ante el Derecho Penal*”, En: Silva Sanchez (Dir), *Criminalidad de Empresa y Compliance*, Barcelona, Atelier, 2015.
75. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997.
76. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ra Edición, Lima, Iustitia, 2008.
77. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. II, 4ta edición, Lima, Editorial Grijley, 2010.
78. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el Patrimonio*, Vol. I, 4ta edición, Lima, Instituto Pacifico, 2015.
79. SANTA MARÍA, Mecq Luis. *Jurisprudencia penal*, Trujillo, Normas Legales, 2013.
80. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial*. Colección Monografías Jurídicas, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2003.
81. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2da edición revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001.
82. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y SUÁREZ GONZALES, Carlos J. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*, Lima, Grijley, 2001.

83. SHÚNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial, cuestiones dogmáticas y de política criminal*, traducción de Beatriz Spínola Tártalo y Margarita del Valle Mariscal de Gante, Buenos Aires, 2004.
84. SOSA HUAPAYA, Alex. *La correulación como evolución de los sistemas de autorregulación publicitaria*, Lima, Ed. PUCP, 2011.
85. TIEDEMANN, Clauss. *Derecho Penal Empresarial y Delito Económico*, vol. 2, Besonderer Teil, Hamburg. 1976.
86. URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal Práctico, concordancias, doctrina, jurisprudencia y evolución legislativa*, Tomo II, 2da Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2017.

## TESIS

87. BARRERA CARRIÓN, Alex. *La protección penal al consumidor frente a la publicidad engañosa y estafa*. Universidad Centroamericana, Managua, 2011, [ubicado el 12.X 2018] Obtenido en: <http://repositorio.uca.edu.ni/id/eprint/3350>, p.21.
88. CHAVES PEDRÓN, César. *Delito de publicidad engañosa (art. 282 C.P.): especiales consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido*. Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, España – Valencia, 2015.
89. JAECKEL K. JORGE, *La publicidad comparativa frente a la competencia desleal*. Tesis de grado para optar al título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1992.

## ARTÍCULOS DE REVISTAS

90. ACHENBACH. "Anotaciones sobre la evolución del Derecho penal económico en Alemania". En: Revista de Ciencias Penales, vol. 3, N° 1.
92. BELADIEZ ROJO, Margarita. "La vinculación de la Administración al derecho". En: Revista de Administración Pública 153. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 2000.
93. GARCÍA CAVERO, Percy. "La aplicación de trabajo tipo penal de hurto al apoderamiento de acciones desmaterializadas de una sociedad anónima". En: *181 nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, Lima, Perú, Editorial Juristas Editores.

94. GONZALES IZQUIERDO, Jorge. *“El modelo económico adoptado por el proyecto de Constitución de 1993”*. En: Revista Ius Et Veritas, N° 7, Año IV, 1993.
95. OCAMPO VÁSQUEZ, Fernando. *“La posición de dominio en el mercado: entre el uso y el abuso”*, en Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 10, nota 01, Lima, 1995.
96. SÁNCHEZ DEL SOLAR QUIÑONES, Ángel. *La Ley de Protección al Consumidor y la función del estándar del consumidor razonable en la solución de los conflictos de consumo*, en Revista Peruana de Jurisprudencia, Año 7, Número 57, Trujillo, noviembre 2005.
97. VÍLCHEZ CHINCHAYAN, Ronald. *La anticipación de la intervención penal. ¿es solo un problema de legitimidad?* En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, noviembre 2014, N° 05.
98. VÍVELA CARBAJAL, Jorge Eduardo. *“Fundamento de protección del consumidor”*, En: Revista Jurídica, N° 2, marzo 2010.

## **NORMATIVIDAD**

100. Código Penal peruano de 1991.
101. Constitución Política del Perú 1979.
102. Constitución Política del Perú 1993.
103. Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC).
104. DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
105. DECRETO LEGISLATIVO N° 716, Ley que protege al consumidor. Vigente desde 07 de noviembre de 1991.
106. DECRETO LEY N°25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Publicado el 18 de noviembre de 1992.
107. DECRETO LEGISLATIVO N°807, Ley de Facultades, normas y organización del Indecopi. Publicado el 16 de abril de 1996.
108. DECRETO LEGISLATIVO N.° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Vigente desde el 24 de junio del 2008.
109. Ley N° 29571, El Código de Protección y Defensa del Consumidor.

110. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español.
111. Ley 641/2008, Ley de Código Penal de Nicaragua.
112. RESOLUCIÓN N° 001-2016-LIN-cd1/INDECOPI, de fecha 22 de junio de 2016.
113. RESOLUCIÓN N° 0723-2014/SDC-INDECOPI, Principio de veracidad publicitaria, {Expediente N° 054-2013/CCD}, Lima, 2014.
114. RESOLUCIÓN FINAL N° 176-2017/CC3", INDECOPI, 2017.
115. RESOLUCIÓN FINAL N° 159-2004-CPC, de fecha 11.02.04.
116. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Centro De Estudios Constitucionales; Compendio Normativo, Constitución Política del Perú, Lima, Primera Edición, 2015.

## RECURSOS ELECTRÓNICOS

117. ANTACHOQUE VELÁSQUEZ, Walter Edison, *El delito de estafa y el incumplimiento contractual con dolo antecedente de la parte promotora en la venta de bienes inmuebles futuros, año 2016*, Lima, Tesis para optar el título de abogado, 2017. Ubicado [25.XI.2018] Obtenido en: <http://repositorio.uwiener.edu.pe/>
118. BARRAZA Teresa & BARRIENTOS José. Publicidad engañosa, 2015 [Ubicado el 25. IV 2018]. Obtenido en <http://fido.palermo.edu/>
119. BARRERA CARRIÓN, Alex. *“La protección penal al consumidor frente a la publicidad engañosa y estafa”*. [ubicado el 12.X 2018] Obtenido en: <http://repositorio.uca.edu.ni/>
120. CUERDA RIEZU, Antonio. *“Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”*. [ubicado el 15.X 2018] Obtenido en: <https://www.researchgate.net/>
121. Discurso de JFK. 15 DE MARZO DE 1962. *Discurso que John Fitzgerald Kennedy pronunció ante el Congreso de los Estados Unidos*. [ubicado el 15.X 2018] Obtenido en: <http://www.aytojaen.es/>
122. FLÓREZ-ACERO, German y RODRÍGUEZ.-FLÓREZ, Juan Carlos, *La publicidad engañosa: estudios críticos*, Bogotá, Colección JUS privado N° 11,

- Universidad Católica de Colombia, 2017. [Ubicado el 25. IV 2018]. Obtenido en: <https://repository.ucatolica.edu.co/>
123. GALLEGO SOLER, José Ignacio. “*Funcionamiento del mercado. O acerca de la legitimidad y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la protección de los consumidores*”. [ubicado el 12.X 2018] Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/>
124. GONZALES DELGADO, Gabriel. “*El principio de veracidad publicitaria y el deber de información a los consumidores*”, En: Revista Ita Ius Esto, [Ubicado el 25. XI 2018]. Obtenido en: <http://www.gonzalezvaldivialaw.com/>
125. INDECOPI, Documento de Trabajo “*Lineamientos de Publicidad Engañosa*”, pp. 1-15, [Ubicado el 25. IX 2018]. Obtenido en: <http://repositorio.indecopi.gob.pe/>
126. PILCO GARAY, R. El Delito de Estafa en la Legislación Peruana. Ubicado [25.XI.2018] Obtenido en: <http://www.monografias.com/>
127. RUIZ PULIDO, G. Una sentencia insólita”, en Revista de Derecho, [Ubicado 10 de V,2018], Recuperado de <http://www.cde.cl/>
128. THOMPSON, Iván. *La publicidad engañosa*, 2014. [Ubicado el 25. IV 2018]. Obtenido en: <http://www.promonegocios.net/>
129. VILLALOBOS, María Rosa. “*Indecopi multa a Nestlé y Gloria en caso similar de Pura Vida*”, [ubicado el 10.IV. 2018]. Obtenido en <https://elcomercio.pe/>

**ANEXOS**

FIGURA N° 1

## PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE INDECOPI



FUENTE: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

**TABLA 1.**  
**MULTA A LA EMPRESA GLORIA S. A. POR PRODUCTO**

<b>Producto</b>	<b>Razón social</b>	<b>Infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor</b>	<b>Multa</b>
Pura Vida Nutrimax	Gloria S. A.	Infracción al derecho a la información (artículo 10 y 32)	450 UIT
		Incumplir el deber de idoneidad (artículo 18 y 19)	450 UIT
Niños Defense	Gloria S. A.	Infracción al derecho a la información (artículo 10 y 32)	450 UIT
		Incumplir el deber de idoneidad (artículo 18 y 19)	450 UIT
Bonlé Familiar	Gloria S. A.	Infracción al derecho a la información (artículo 10 y 32)	260 UIT
		Incumplir el deber de idoneidad (artículo 18 y 19)	260 UIT

*FUENTE: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*

TABLA 2.

**CUADRO COMPARATIVO DE “LECHE PURA VIDA NUTRIMAX” MUESTRA LA NUEVA Y ÚLTIMA MODIFICACIÓN VIGENTE.**

DENOMINACIÓN INICIAL	MODIFICACIÓN APROBADA
<p>Leche evaporada parcialmente descremada con: leche de soya, maltodextrina, grasa vegetal, minerales (hierro y Zinc) y enriquecida con vitaminas (A y D)- “PURA VIDA”- NUTRIMAX,</p> <p>Modifica su formulación (adición de: emulsificante (SIN 471) en la cantidad de 2500 mg/kg).</p>	<p>Mezcla Láctea Compuesta con:</p> <p>extracto de Soya,</p> <p>maltodextrina y</p> <p>grasa vegetal “PURA VIDA” – NUTRIMAX</p>

*Fuente: Pantalla de página web de la DIGESA que muestra la modificación al registro de “Pura Vida”*

*Fecha: 07/7/17*

TABLA 3.

**CUADRO COMPARATIVO ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y LA FIGURA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO MODALIDAD DE ESTAFA**

<b>ESTAFA EN GENERAL</b>	<b>PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN RELACIÓN DE CONSUMO</b>
<b>Delito Genérico</b>	<b>Modalidad</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Por engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta se indujo o mantiene en error.</li> <li>• Ingenuidad del estafado.</li> <li>• Acto de disposición del sujeto pasivo.</li> <li>• Recae sobre los bienes muebles e inmuebles (artículo 196 CP).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Por medio de la publicidad engañosa se indujo o mantiene en error al consumidor, debido a que se oculta, se maquilla o se omite información necesaria para el real conocimiento de la publicidad comercial.</li> <li>• Ingenuidad del estafado (consumidor).</li> <li>• Acto de disposición del consumidor (sujeto pasivo), al valerse de la información proporcionada por el proveedor (sujeto activo).</li> <li>• Recae sobre los bienes y servicios.</li> </ul>

*Fuente: Cuadro creado por la autora utilizando conceptos del presente estudio.*

*Fecha: 12/10/2018*

TABLA 4.

**PRECEDENTE VINCULANTE SOBRE EL DELITO DE ESTAFA - RECURSO DE NULIDAD N°  
2504-2015**

<b>Si no se configura el delito de estafa, deben ventilarse en la vía extrapenal.</b>	<b>Si se configura el delito de estafa por infracción a un deber de veracidad y la realización del riesgo en el resultado.</b>
Engaños, en las relaciones contractuales, civiles o mercantiles, hay situación de error de la víctima, incumbía a está <u>agenciarse de la información normativamente accesible</u> . Aquí el perjuicio patrimonial es de competencia de la víctima.	<u>El autor conforme al deber de veracidad debe brindarle los conocimientos necesarios para la toma de decisión de la víctima</u> respecto de la disposición patrimonial, se le bloquea a la víctima el acceso a la información normativamente accesible.

*Fuente: Legis.pe*

*Fecha: 11/03/2018*