



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



Tesis Para optar el Título Profesional de:

ABOGADO

**FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES PARA TIPIFICAR A LA
PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO DELITO ECONÓMICO**

Presentado por el bachiller en Derecho:

LUIS EDUARDO PÉREZ DÍAZ

Asesor:

Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA

CAJAMARCA - PERÚ

2022

Para Yuky, sin ti, nada de esto habría sido posible.

El trabajo de la publicidad no es vender, sino crear una conexión cultural entre los deseos del empresario y los del público.

Philippe Michel.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|-----|
| LISTA DE ABREVIACIONES..... | VII |
| RESUMEN..... | X |
| <i>ABSTRACT</i> | XI |
| INTRODUCCIÓN..... | 12 |
| CAPÍTULO I..... | 14 |
| ASPECTOS METODOLÓGICOS..... | 14 |
| 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 14 |
| 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA..... | 19 |
| 1.3. JUSTIFICACIÓN..... | 19 |
| 1.4. OBJETIVOS..... | 20 |
| 1.4.1. Objetivo general..... | 20 |
| 1.4.2. Objetivos específicos..... | 20 |
| 1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN..... | 21 |
| 1.5.1. Espacial..... | 21 |
| 1.5.2. Temporal..... | 21 |
| 1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN..... | 21 |
| 1.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN..... | 22 |
| 1.7.1. De acuerdo con el fin que persigue..... | 22 |
| 1.7.2. De acuerdo con el diseño de la investigación..... | 22 |
| 1.7.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan..... | 23 |
| 1.8. HIPÓTESIS..... | 23 |
| 1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN..... | 24 |
| 1.9.1. Genéricos..... | 24 |
| 1.9.2. Propios del Derecho..... | 25 |
| 1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN..... | 25 |

| | |
|---|-----|
| 1.10.1. Técnicas de investigación | 25 |
| 1.10.2. Instrumentos de investigación | 26 |
| 1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN..... | 27 |
| CAPÍTULO II | 30 |
| MARCO TEÓRICO | 30 |
| 2.1. ASPECTOS <i>IUS</i> -FILOSÓFICOS DE LA INVESTIGACIÓN | 30 |
| 2.1.1. Positivismo jurídico..... | 31 |
| 2.1.2. Funcionalismo penal..... | 45 |
| 2.2. ASPECTOS JURÍDICOS TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS | 58 |
| 2.2.1. Perspectiva jurídica-penal en las sociedades de riesgo | 58 |
| 2.2.2. Política-criminal en las sociedades modernas..... | 61 |
| 2.2.3. Protección de bienes jurídicos supraindividuales | 66 |
| 2.2.4. Delitos de peligro abstracto | 71 |
| 2.2.5. La publicidad engañosa..... | 73 |
| 2.3. ASPECTOS NORMATIVOS..... | 80 |
| 2.3.1. Código de protección y defensa del consumidor | 80 |
| 2.4. ASPECTOS OPERACIONALES | 83 |
| CAPÍTULO III | 85 |
| CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS | 85 |
| 3.1. ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y PROTECCIÓN DE NUEVOS BIENES JURÍDICOS..... | 86 |
| 3.1.1. Conformación de nuevas realidades | 87 |
| 3.1.2. Cambio de perspectiva del Derecho penal..... | 91 |
| 3.1.3. Derecho administrativo sancionador y Derecho penal | 98 |
| 3.2. NUEVAS TÉCNICAS PUBLICITARIAS Y EL PELIGRO PARA EL CONSUMIDOR | 104 |
| 3.2.1. Nuevas técnicas publicitarias y comportamiento humano | 105 |

| | |
|---|-----|
| 3.2.2. Incremento de peligro para el consumidor | 112 |
| 3.3. NECESIDAD DE MAYOR PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR | 119 |
| CAPÍTULO IV..... | 124 |
| PROPUESTA LEGISLATIVA QUE INCORPORA A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO DELITO ECONÓMICO | 124 |
| CONCLUSIONES | 127 |
| RECOMENDACIONES | 129 |
| LISTA DE REFERENCIAS..... | 130 |

LISTA DE ABREVIACIONES

| | |
|----------------------|--|
| art. / arts. | : artículo / artículos. |
| BCRP | : Banco Central de Reserva del Perú. |
| CP | : Código penal. |
| CPP | : Código procesal penal. |
| CSJ | : Corte Suprema de Justicia. |
| Const. | : Constitución política peruana de 1993. |
| DAS | : Derecho administrativo sancionador. |
| D. Leg. | : Decreto legislativo. |
| DP | : Derecho penal. |
| <i>et al.</i> | : y otros autores. |
| exp. | : expediente. |
| inc./ incs. | : inciso / incisos. |
| Indecopi | : Instituto Nacional de Protección y Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual. |
| MP | : Ministerio Público. |
| OMC | : Organización Mundial del Comercio. |
| OMS | : Organización Mundial de la Salud. |
| s. / ss. | : siglo / siglos. |
| supra. | : véase más arriba o superior. |
| Tít. | : Título. |
| UIT | : Unidad de imposición tributaria. |
| v gr. | : verbigracia. |

GLOSARIO

- Administrativización:** Fenómeno mediante el cual el Derecho penal adopta características propias del Derecho administrativo sancionador como modelo sectorial de gestión, en lugar de evidenciar una efectiva lesión al bien jurídico protegido.
- Holdings empresarial:** Se entiende por *holdings* empresariales a aquellas sociedades o consorcios empresariales cuyo diseño está configurado para comprender, englobar o abarcar a otras empresas que, a pesar de poseer personalidad jurídica propia, funcionalmente dependen directamente de este.
- Neuromarketing:** Disciplina del *marketing* por medio de la cual se aplican técnicas e instrumentos de la neurociencia en la configuración de anuncios publicitarios.
- Publicidad emocional:** Clase de publicidad que transmite un sistema valorativo en el espectador con la finalidad de influenciar su comportamiento a través de las emociones que el anuncio propaga.

Publicidad engañosa: Conducta mediante la cual se incorporan afirmaciones no ajustadas a la realidad en la composición, virtudes o cualidades de los productos o servicios anunciados.

RESUMEN

La regulación actual de la publicidad engañosa como infracción administrativa, luego de su derogación como delito por medio del Decreto Legislativo 1044, va en contra de la tradición euro-continental adoptada por el Perú en su legislación jurídico-penal. Frente a ello, el desarrollo de la presente investigación tiene como principal objetivo determinar los fundamentos político-criminales que justifican la tipificación de la publicidad engañosa como delito económico.

Para ello, en primer lugar, se explicó la incidencia de la administrativización del Derecho penal en la protección de nuevos bienes jurídicos supraindividuales. Segundo, se determinó el incremento del peligro para el consumidor por medio de las modernas técnicas de publicidad. Tercero, se desarrolló la necesidad de otorgarle una mayor protección al consumidor como interés jurídico relevante; finalmente, se presentó una propuesta legislativa que pretende incorporar a la publicidad engañosa como delito económico.

De este modo, en la elaboración del presente trabajo se ha tenido como punto de partida el tipo de investigación, esto es: descriptiva, explicativa, causal y propositiva; asimismo, se utilizaron los métodos generales inductivo-deductivo y propios del derecho como la dogmática jurídica; en virtud de los cuales se han construido interpretaciones político-criminales y jurídicas a partir de doctrina, jurisprudencia y derecho comparado.

Palabras clave: Derechos del consumidor, delitos económicos, política-criminal, publicidad engañosa.

ABSTRACT

The current regulation of misleading advertising as an administrative infraction, after its repeal as a crime through Legislative Decree 1044, goes against the Euro-continental tradition adopted by Peru in its legal-criminal legislation. Faced with this, the development of this research has as its main objective to determine the political-criminal foundations that justify the classification of misleading advertising as an economic crime.

For this, firstly, the incidence of the administrativeization of criminal law in the protection of new supra-individual legal assets will be explained. Second, the increased danger to the consumer will be lessened through modern advertising techniques. Third, the need to grant greater consumer protection will develop as a relevant legal interest; Finally, a legislative proposal was presented that incorporates misleading advertising as an economic crime.

In this way, in the elaboration of the present work, the type of research has been taken as a starting point, that is: descriptive, explanatory, causal and propositive; Likewise, the general inductive-deductive and law-specific methods such as legal dogmatics were used; under which political-criminal and legal interpretations have been built from doctrine, jurisprudence and comparative law.

Keywords: Consumer rights, economic crimes, political-criminal, misleading advertising

INTRODUCCIÓN

El cambio de paradigma de las sociedades liberales entre el s. XIX y la primera mitad del s. XX debido al advenimiento del Estado Social en las relaciones interindividuales ha desembocado en la protección de nuevos bienes jurídicos de carácter supraindividual por cuanto han aparecido nuevos riesgos que configuran un nuevo paradigma del Derecho penal. Dicho paradigma ha surgido debido a la aparición de nuevas tecnologías y formas de producción que, más allá de los beneficios que han traído, han generado un nuevo contexto criminológico que afecta intereses supraindividuales.

En este sentido, el advenimiento de las sociedades posindustriales constituye un caldo de cultivo perfecto para que las ciencias penales y criminológicas adquieran un nuevo enfoque tendiente a que los riesgos de naturaleza global que tienen la capacidad de afectar a millones de personas sean contrarrestados de manera equitativa atendiendo a los principios de igualdad, proporcionalidad y lesividad. Así, la aparición de postulados funcionalistas incorporó el análisis político-criminal en la configuración de las categorías dogmáticas que componen la teoría del delito.

En consecuencia, surgieron los delitos de peligro como medio para distribuir el riesgo con el fin de incorporar nuevos límites jurídico-penalmente relevantes; dentro de esta clase de delitos destacan los delitos de peligro abstracto, los cuales no requieren la conformación de un peligro efectivo para tipificar una conducta, sino simplemente determinar una potencialidad lesiva basada en la repetición de la conducta punible.

Frente a ello han recaído críticas debido a que se considera que en la práctica engloban un peligro presunto que no se condice con los principios fundamentales que sustentan la teoría del DP. No obstante, es cierto también que el uso de nuevas tecnologías genera situaciones que no deben ser ajenas a consideraciones político-criminales pues suponen peligros que pueden afectar de manera directa a un grupo masivo de individuos más allá de las fronteras geográficas de cada Estado.

En medio del contexto social y tecnológico descrito, la publicidad comercial en las últimas décadas ha ido evolucionando de tal manera que acarrea consigo un peligro de carácter masivo capaz de inducir en el comportamiento humano a fin de que acceda en la adquisición de nuevos productos y servicios. Dicho peligro se ve acrecentado cuando en la configuración de los anuncios publicitarios se incorporan datos no ajustados a la realidad del producto con la capacidad de inducir a error al consumidor.

Frente a la problemática descrita, el desarrollo del presente trabajo de investigación pretende determinar los fundamentos político-criminales que justifican la incorporación de la publicidad engañosa como delito económico, pues se pretende comprobar que la comisión de cada conducta de esta naturaleza tiene la efectiva capacidad de lesionar el correcto funcionamiento del sistema económico y en especial los intereses del consumidor como parte esencial del sistema descrito.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El advenimiento de la era contemporánea generó la creación de factores esenciales que cambiaron el modo de vida de las personas. De esta manera, tanto la aparición de nuevos intereses¹, así como la creación de nuevos riesgos² dan lugar a un nuevo contexto bajo el cual las condiciones de convivencia social han ido mutando a causa de la globalización y sus efectos a nivel mundial (Silva, 2001).

En efecto, es precisamente la aparición de nuevos peligros a causa del desarrollo tecnológico lo que pone de relieve al “riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural” (Silva, 2001, p. 27). Lo dicho implica que, el desarrollo de la industria, la energía, la informática, las comunicaciones, etc., expone a las demás personas a riesgos cuyo origen procede de otros individuos en la conducción de tales técnicas (Silva, 2001).

Estando así el entorno descrito, se debe comprender a las sociedades postindustriales como escenarios en donde el riesgo está siempre presente, empero, este no puede ser en su totalidad contrarrestado, razón por la cual corresponde su adecuada distribución. Los delitos de peligro surgen

¹ Ya sea la efectiva aparición de nuevas realidades o el incremento en la protección de las ya existentes, implican un nuevo ámbito de expansión para el DP, v gr., el Derecho ambiental y el Derecho económico, suponen la aparición de bienes supraindividuales que requieren una valoración *ex ante* referida al peligro que la acción típica acarrea (Silva, 2001).

² Lo expresado se refiere a que, tras los avances tecnológicos propios de nuestra era, se genera una afectación directa a nivel personal de cada individuo por acciones provenientes de otros conciudadanos, evidenciando un incremento del riesgo generado por seres humanos (Silva, 2001).

entonces como una respuesta a este nuevo escenario en donde las clásicas figuras típicas de lesión resultan insuficientes (Mendoza, 2001). Con ello se evidencia el alto nivel de interrelación social, en dónde la protección de un determinado bien jurídico depende del comportamiento de terceros (Mendoza, 2001).

En ese contexto, en donde existe además una sobrecarga informativa, se acrecienta el sentimiento de inseguridad entre los ciudadanos, razón por la cual se recurre al DP como herramienta disuasiva (Roxin, 2000); sin embargo, en muchos casos, esto se realiza de manera irracional dado que las reales necesidades sociales se traducen en medidas populistas que relativizan las reglas de imputación y las garantías constitucionales que un Estado social y democrático de Derecho exigen (Silva, 2001).

Así, conviene situarse en un estado del deber ser, desde lo aportado por Roxin (2000), en cuanto a su propia concepción de la política-criminal frente a la construcción de la dogmática, pues para dicho autor la construcción de las categorías delictivas tiene como origen un fundamento político-criminal que va más allá del solo diseño de la pena.

Desde entonces se produjo un cambio en la concepción material del delito, específicamente desde la década de 1975 en adelante, pues “el centro de gravedad se desplazó desde la prevención individual, hacia la prevención general” (Roxin, 2000, p. 27). De ahí que, se haya optado como política-criminal la protección de bienes jurídicos generales mediante la tipificación de conductas cuya configuración no se fundamenta en una lesión, sino en la puesta en peligro del bien jurídico, con lo cual, conductas antaño

reservadas para el Derecho administrativo sancionador adquirieron relevancia penal (Silva, 2001).

A primera vista, pareciera que lo recientemente expuesto conlleva a la desnaturalización del DP en cuanto a su objeto y alcances; sin embargo, esto no tiene por qué necesariamente ser así, pues si se analiza el fenómeno de la administrativización del DP, cabe observar un margen de regulación de nuevas conductas como delitos sin que ello afecte los principios de lesividad, fragmentariedad y proporcionalidad del DP (Bacigalupo, 1999).

Asimismo, conviene resaltar que en las últimas décadas las empresas han adquirido un rol predominante en los mercados globales generando un margen de riesgo en atención a la importancia que poseen en las relaciones económicas³ (Arroyo, 1994). Por consiguiente, la protección del correcto funcionamiento del sistema económico se erige como un nuevo bien supraindividual el cual es merecedor de tutela jurídica por medio del DP económico (Peña, 2007).

Por su parte, el alto nivel de demanda incrementa la necesidad de que las empresas oferten sus productos, sirviéndose para tal fin de distintas herramientas publicitarias (Chávez, 2016); de este modo, se erige la publicidad como un instrumento fundamental en medio de un nuevo paradigma del consumo que tiene como fin ulterior inducir a los

³ Sobre lo indicado no es objetivo de la presente investigación dar razones para otorgar o no responsabilidad penal a las personas jurídicas; sin embargo, cabe resaltar que el debate, al menos en el ámbito nacional, no ha finalizado. Al contrario, aún está vigente la cuestión en cuanto al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya sea uno por el hecho propio o un modelo de hetero-responsabilidad (Arroyo, 1994).

consumidores en la adquisición de nuevos bienes o servicios (Benavides, 2012).

De esta manera, las modernas técnicas publicitarias incluyen en sus diseños aportes sociológicos y psicológicos que, aunados a técnicas de psicología clínica, buscan averiguar las motivaciones de los individuos para adquirir más productos (Meyers, 1994). Lo indicado puede suponer una seria desventaja entre los consumidores y las empresas que se sirven de dichas técnicas publicitarias, más aún si dicha publicidad contiene elementos que no se ajusten a las reales cualidades del bien o servicio ofertado acrecentando los riesgos a los cuales el consumidor se ve expuesto (Arroyo, 1994).

A nivel nacional, el Estado peruano no es ajeno a la situación descrita, por ello, le otorga protección a través del art. 65 de la Const., el cual hace énfasis en garantizar la veracidad de la información respecto a los productos ofertados, además de guardar una especial protección para la salud y seguridad pública.

Ello se concretiza mediante dos leyes en específico, la primera es el Código de Defensa y Protección al Consumidor y la segunda consiste en el decreto legislativo 1044. De lo expuesto en dichos cuerpos normativos, se verifica que la entidad encargada de sancionar las conductas relacionadas a la publicidad engañosa es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi), estableciendo para ello un procedimiento administrativo sancionador a quien incurra en prácticas de

esta naturaleza, cuya sanción puede llegar incluso hasta las 700 unidades impositivas tributarias.

Sin embargo, es cierto también que, en la práctica, a pesar de lo drásticas de las sanciones administrativas, muchas veces las empresas solo cumplen con pagar la multa correspondiente – la cual no necesariamente supone un grave perjuicio económico – sin que ello constituya un verdadero óbice para evitar incurrir en publicidad engañosa (Chávez, 2016). En tal sentido, son varios los casos que a modo de ejemplo pueden citarse sobre lo indicado, especialmente en productos alimenticios, pero también en los demás rubros⁴.

Lo expuesto adquiere mayor relevancia cuando en la realidad se observa que el público consumidor se ve directamente perjudicado al momento de ser víctima de la publicidad engañosa, ya sea en su bienestar patrimonial o peor aún en su bienestar físico (Cuerda, 1995). A pesar de lo expuesto, mediante la segunda disposición derogatoria del D. Leg. 1044, se decidió derogar del catálogo de delitos a la publicidad engañosa regulada en el art. 238 del CP, sin advertir en el peligro que su comisión conlleva, pues sus consecuencias se pueden extender de manera masiva debido a la extensa difusión por los medios de comunicación.

Frente a lo desarrollado surgió la siguiente pregunta de investigación:

⁴ Destacan los casos de Nestlé y Leche Gloria (pura vida) en dónde hacían especial énfasis que la base sobre la cual provenía el producto era 100% leche natural, no obstante, en las especificaciones de la etiqueta era apreciable que lo indicado no se ajustaba a la realidad. En el mismo sentido, ocurrió con marcas como Coca-Cola, Cereales Ángel, Entel o Telefónica; en dónde para incrementar las ventas hicieron uso de publicidad engañosa (Diario El Comercio, 2021).

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos político-criminales para tipificar a la publicidad engañosa como delito económico?

1.3. JUSTIFICACIÓN

La importancia de la investigación ejecutada puede ser entendida desde una triple perspectiva: conceptual, interpretativa y práctica. En cuanto a la primera, dado que el objetivo principal consiste en aportar los fundamentos político-criminales para tipificar a la publicidad engañosa como delito económico, el desarrollo de la investigación busca incrementar el conocimiento en cuanto al rol de la política-criminal en la construcción de nuevos tipos penales; específicamente en lo relacionado al bien jurídico protegido, consistente en los intereses económicos de los consumidores como parte activa de la actividad económica.

Desde una perspectiva interpretativa, el trabajo realizado comprendió los principios y reglas de imputación objetiva, así como las categorías delictivas sobre la base de un fundamento político-criminal, según el cual, las condiciones fácticas del entorno influyen en la concepción del DP y en la construcción de nuevos bienes jurídicos, lo que termina justificando la inclusión de nuevos delitos. En tal sentido, la actual situación de desventaja del consumidor frente a la práctica publicitaria importa una condición de peligro para aquel, evidenciando la necesidad de interpretar las categorías delictivas teniendo en cuenta el contexto descrito.

En cuanto a la relevancia práctica que la investigación reviste, consiste en que, a partir de los datos obtenidos en sede teórica, se planteó una

propuesta legislativa que pretende incorporar a la publicidad engañosa como delito económico; con todo, la elaboración de tal propuesta tiene un fundamento político-criminal basado en una situación de hecho que trae consigo la necesidad de una mayor protección al consumidor en virtud de la indefensión que las nuevas técnicas publicitarias acarrearán en su perjuicio.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. Objetivo general

Establecer los Fundamentos político-criminales para tipificar a la publicidad engañosa como delito económico.

1.4.2. Objetivos específicos

- a)** Explicar la incidencia de la administrativización del DP en la protección de nuevos bienes jurídicos supraindividuales.
- b)** Identificar el incremento del nivel de peligrosidad de las modernas técnicas publicitarias para el consumidor.
- c)** Desarrollar la necesidad de otorgarle una mayor protección a la defensa del consumidor como bien jurídico penal.
- d)** Presentar una propuesta legislativa que incorpore a la publicidad engañosa como delito económico en el Código Penal.

1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Espacial

En virtud del tipo de investigación realizada, no existe un límite espacial en concreto, no obstante, cabe sostener que se circunscribió a la legislación peruana.

1.5.2. Temporal

Dado que el objetivo es determinar la presencia de fundamentos político-criminales para incluir una conducta como delito económico, la investigación no cuenta con ámbito temporal en estricto; a pesar de ello, dada la reforma legislativa incorporada con el D. Leg. 1044, puede indicarse que la investigación se ubica desde el 2008 hasta la actualidad.

1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Dentro de los límites que el desarrollo de la investigación acarreó destacan tres; el primero consiste en la falta de información estadística del nivel de ganancia de la publicidad emitida por cada marca involucrada en casos de publicidad engañosa; el segundo destaca por la escasa información que brindan las empresas acerca de la publicidad que realizan; finalmente, el tercer inconveniente se circunscribe a la carencia de datos estadísticos de personas afectadas con informaciones falsas vertidas en anuncios comerciales.

1.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. De acuerdo con el fin que persigue

A. Básica

En tanto se busca incrementar el conocimiento en la comprensión del DP por medio de una perspectiva político-criminal la cual justifica la incorporación de la publicidad engañosa como delito económico sin pretender modificar el entorno fáctico.

1.7.2. De acuerdo con el diseño de la investigación

A. No experimental

Debido a que no se realiza manipulación de variables o alguna modificación de la realidad, sino que se recopila información desde fuentes doctrinarias, legislativas y de Derecho comparado sobre la relación entre la publicidad y consumidores; así, el estudio se efectuó desde la valoración de una situación ya existente.

B. Explicativa – causal

Por cuanto establece cuáles son los fundamentos político-criminales que justifican la incorporación de la publicidad engañosa como delito económico; de esta manera, el desarrollo de la investigación estuvo dirigido a establecer factores causales que sustenten la incorporación de un nuevo tipo penal.

C. Propositiva

Dado que, de la identificación de necesidades político-criminales se busca adicionar una reforma legislativa que distribuya en mejor medida el riesgo que implican las actuales prácticas publicitarias y su uso malicioso para el consumidor; por lo tanto, a raíz de la investigación realizada, se presentó una reforma legislativa que pretenda incorporar el delito económico de publicidad engañosa.

1.7.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

Se trata de una investigación cualitativa debido a que en su desarrollo no se realizó medición numérica alguna, ni se cuantificaron datos; por el contrario, se opta por recolectar información desde la doctrina jurídica, legislación y Derecho comparado. En tal sentido, se indaga sobre las cualidades de la publicidad y sus efectos frente al consumidor como fundamento para comprender al DP desde sus fines político-criminales.

1.8. HIPÓTESIS

Los fundamentos político-criminales para tipificar a la publicidad engañosa como delito económico consisten en:

- a)** La administrativización del Derecho penal por cuanto características propias del Derecho administrativo son asimiladas en la regulación de nuevas conductas como delitos.

- b) El incremento del nivel de peligrosidad de las nuevas técnicas publicitarias que ponen en peligro al consumidor.
- c) La defensa del consumidor como interés jurídico relevante merecedor de una mayor tutela por parte del Derecho Penal.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Genéricos

A. Analítico-sintético

En virtud de que este método permitió descomponer las categorías que conforman el problema de investigación (Corbetta, 2007), tales como: política-criminal, administrativización del DP y publicidad comercial, a fin de comprender sus cualidades en relación con la necesidad de tipificar a la publicidad engañosa como delito.

B. Inductivo-deductivo

El presente método otorgó la posibilidad alcanzar conocimiento por medio de la construcción de premisas que permitan ir de lo general a lo específico y viceversa (Marín y Lafuente, 2008); en tal sentido, la investigación extrajo generalizaciones e inducciones por medio del análisis de las categorías antes descritas.

1.9.2. Propios del Derecho

A. Dogmático

El método dogmático consiste en la interpretación y construcción de teorías jurídicas a partir de elementos presentes en el sistema jurídico (Muñoz, 2007). Por lo tanto, en virtud de que la interpretación de las categorías que componen la investigación partió de fundamentos preconcebidos del ordenamiento jurídico. Así, el análisis político-criminal tiene como marco exegético principios como: protección al consumidor, Estado Social y Economía social de mercado.

1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Técnicas de investigación

A. Argumentación Jurídica

La argumentación jurídica como técnica de investigación implica la necesidad de aportar razones y/o fundamentos a partir de consideraciones propias del Derecho y conexas - como la política-criminal-, con la finalidad de coadyuvar en la fundamentación de la hipótesis propuesta para que esta resulte ajustada a las exigencias que, desde un enfoque positivista, el Estado de Derecho exige (García, 2013).

Es así como, en el desarrollo y redacción del capítulo abocado a la contrastación de hipótesis, se han tenido como punto de partida preceptos constitucionales como el de protección al consumidor o los principios de proporcionalidad y lesividad al

momento de contrastar cada uno de los elementos hipotéticos propuestos.

B. Observación documental

La observación es una técnica de análisis documental consistente en la incorporación y exclusión de las fuentes documentales analizadas para el desarrollo de la investigación (Hernández et al, 2014). En tal sentido, esta fue utilizada para determinar cuáles de las distintas fuentes normativas, teóricas y jurisprudenciales relacionadas con las categorías que componen el problema de investigación serán utilizadas.

C. Fichaje

Esta técnica de investigación sirve para la ordenación y sistematización de las distintas fuentes bibliográficas que se revisan en el desarrollo de la tesis (Hernández et al, 2014). Al respecto, el fichaje fue utilizado al momento de agrupar de manera coherente y sistemática las distintas fuentes documentales elegidas.

1.10.2. Instrumentos de investigación

A. Fichas

Mediante este instrumento se aplicó la técnica de fichaje; en tal sentido, cada ficha contiene información relevante sobre la bibliografía analizada, tal como: autor, resumen, palabras clave y año de publicación, con el objetivo de analizar y revisar

de manera más adecuada cada una de las fuentes consultadas.

B. Hojas guía de observación documental

Este instrumento permitió descomponer los distintos elementos observados a nivel documental, mediante la incorporación de información relacionada a cada uno de ellos, para así filtrar qué fuente documental será utilizada en desarrollo investigativo.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Habiendo revisado en los repositorios RENATI y ALICIA investigaciones relacionadas a la publicidad engañosa como conducta delictiva, se han encontrado dos tesis de pregrado que se hallan indirectamente relacionadas con el tema de investigación. De esta manera, tanto la tesis presentada por Córdor (2018)⁵, como la efectuada por Sánchez (2019)⁶, tienen como objetivo principal tipificar a la Publicidad Engañosa como una modalidad del delito de Estafa; cada una con matices y enfoques distintos.

Así, en cuanto al primero de los trabajos mencionados, la autora tiene como punto de partida los alcances de la responsabilidad penal de las empresas privadas frente al delito de estafa en perjuicio del consumidor, para luego, determinar los alcances del engaño y su relación con el dolo en la publicidad engañosa. Finalmente, el trabajo citado identifica como

⁵ Cuyo título es: "Propuesta Legislativa de incorporación de la Publicidad Engañosa como delito de Estafa "caso Pura Vida".

⁶ Titulada "Análisis del caso Pura Vida y los riesgos penalmente relevantes en la Publicidad Engañosa y su necesaria regulación como modalidad de Estafa en el CP peruano"

bien jurídico protegido al patrimonio, además de reconocer otros intereses afectados cuando se incurre en prácticas de esta naturaleza, lo cual, según sostiene, justifica su incorporación como delito contra el patrimonio.

Por su parte, Sánchez (2019) identifica los riesgos relevantes de la Publicidad Engañosa a partir del análisis del caso de la leche Pura Vida con la finalidad de determinar si la protección administrativa actual resulta insuficiente. Ante ello, la investigación parte del análisis teórico de la publicidad engañosa para luego desarrollar lo relativo a su regulación administrativa y examinar el exp. N.º 057-2017/CC⁷. Posteriormente, la autora de dicha tesis realiza un análisis dogmático del delito de Estafa tanto en su aspecto objetivo y subjetivo; finalmente, determina el riesgo de la publicidad engañosa y como ésta constituye una modalidad de Estafa en tanto busca hacer incurrir en error al consumidor.

De lo indicado, cabe identificar similitudes y diferencias entre los trabajos antes descritos; en tal sentido, resulta evidente que lo desarrollado por Córdor (2018) y Sánchez (2019), pretenden incorporar a la publicidad engañosa como una modalidad de Estafa a partir del caso Pura Vida; no obstante, el primero parte de la identificación de la responsabilidad penal de la empresa privada, mientras que el segundo se centra en el análisis teórico de la publicidad a fin de identificar su riesgo; empero, dicho análisis tiene como contexto analítico únicamente a la legislación relevante y principios publicitarios.

⁷ En donde INDECOPI resuelve sancionar al Grupo Gloria en virtud de que habría incurrido en prácticas publicitarias engañosas mediante la incorporación de su producto *leche Pura Vida* al mercado.

Frente a lo expuesto, la presente investigación pretende incorporar a la publicidad engañosa no como una modalidad de estafa, sino como un delito económico autónomo, pues se tiene como punto de partida que lo efectivamente vulnerado en la comisión de dicha conducta es el interés legítimo de los consumidores como parte activa de las relaciones económicas. Es así como, a diferencia de las tesis expuestas, se realizó especial énfasis en las nuevas técnicas publicitarias utilizadas por las empresas a fin de evidenciar un estado de indefensión del consumidor, teniendo como marco referencial la administrativización del DP y el rol que desarrolla la política-criminal en la construcción de la dogmática jurídica.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTOS *IUS*-FILOSÓFICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Se entiende por aspectos *ius*-filosóficos de la investigación a aquellas teorías, conceptos y posiciones doctrinales que pretenden dar respuesta a las interrogantes de qué es el Derecho, para qué sirve y cómo debe cumplir su función. En el caso de la investigación propuesta, la respuesta que se le pretende dar a dichas preguntas puede ser vista desde una doble perspectiva, es decir, desde la teoría General del Derecho y en particular del Derecho penal.

En el primer caso, el paradigma *ius*-filosófico del que partió la investigación planteada fue el Positivismo Jurídico, en tanto se tiene como punto de partida una separación conceptual entre Derecho y moral, a la vez que se entiende al primero como el conjunto de normas positivizadas en leyes y demás cuerpos normativos.

Respecto al Derecho penal en particular, al momento de construir la contrastación de hipótesis, se consideró que su fin último queda circunscrito a la protección de bienes jurídicos ajenos al Derecho en sí y cuya vigencia se erige como su finalidad ontológica más allá de la sola vigencia normativa; el funcionalismo penal arriba, en consecuencia, como el marco de justificación para la incorporación de una nueva conducta como delito.

2.1.1. Positivism jurídico

Adentrarse en el tópico que aquí convoca no resulta una función para nada pacífica, pues si bien, a grandes rasgos, podría afirmarse que la tesis principal del positivismo jurídico consiste en la separación metodológica y conceptual entre Derecho y moral, lo cierto es que dentro de dicha construcción teórica existen múltiples enfoques disyuntivos entre sí. Frente a ello, y con el fin de desarrollar de manera adecuada el presente tema, corresponde analizar la relación positivismo filosófico y positivismo jurídico.

Para determinados teóricos jurídicos la relación entre positivismo jurídico y positivismo filosófico no es más que nominal, así, por ejemplo, Bobbio (1993) refiere que el primero se gestó en Alemania mientras que el segundo en Francia; además agrega que la expresión positivismo jurídico se creó como contraposición al Derecho natural, siendo necesario acudir a este en *pro* de conceptualizar el positivismo jurídico.

Empero, Moreso (2017) indica que la noción de positivismo jurídico no se crea en la Alemania de finales del s. XIX, sino que tiene su origen en la edad media, específicamente en los trabajos de Santo Tomás de Aquino, quien, a partir de la obra aristotélica “Ética a Nicómaco”, desarrolla una distinción entre ley natural y ley humana. Quedando la primera referida a cuestiones de validez universal, mientras que la segunda hace alusión a la convencionalidad de las autoridades competentes.

Para entender lo expresado por Santo Tomás, es necesario comprender su propia concepción de ley eterna; de este modo, dicho autor sostiene que aquella consiste en la voluntad divina identificada para la ordenación de la naturaleza, mientras que la ley natural es la relación del ser humano con dicha ley divina (Ocampo, 2019).

En síntesis, se puede afirmar que el pensamiento de Santo Tomás define a la ley natural como el conjunto de principios, ideas y axiomas universalmente aceptados, mientras que la ley humana son las reglas de actuación otorgadas por quien tiene la potestad jurídica y política de emitirlas (Carrillo y Caballero, 2021). Lo expresado evidencia que existe una alusión al derecho positivo mucho antes del s. XIX en el que se acuñó el término como tal.

Posteriormente, durante los ss. XVI y XVII, con el advenimiento del renacimiento y la adopción de ideas del pensamiento clásico grecorromano se dejó de lado el fundamento teológico en la comprensión del Derecho y en su lugar se acudió a construcciones axiomáticas de carácter universal en virtud de las cuales se materializaba el poder legislativo (Bayón, 2002).

Un siglo más tarde, con la llegada de la revolución francesa y las ideas de la Ilustración, el Código napoleónico de 1808 positivizó tales ideales y “los principios racionales en la creación de los Estados de Derecho” (Carrillo y Caballero, 2021, p. 15). La regulación descrita funcionó como cimiento para la configuración

de los futuros Estados liberales del s. XIX. En efecto, durante aquel período comenzó el estudio de la legislación positiva como tendencia en el pensamiento jurídico (Moreso, 2017).

En el contexto descrito, surge la escuela histórica de Karl Von Savigny que criticó la codificación francesa a la vez que optó por el estudio de las costumbres alemanas y la tradición jurídica del imperio romano germánico con la finalidad de superar contradicciones e incoherencias (Botero, 2015). En Gran Bretaña, el pensamiento jurídico de aquel entonces estuvo fuertemente influenciado por las ideas del utilitarismo que propugnó por una corriente codificadora más allá del *common law* (Carrillo y Caballero, 2021).

Por su parte, el pensamiento jurídico estadounidense estuvo determinado por el liberalismo y las ideas de Locke. En Alemania la búsqueda del *volkgeist*⁸ generó entre sus estudiosos una dicotomía entre corrientes formalistas y corrientes antiformalistas, las cuales repercutieron en la filosofía positivista actual. Dentro de las escuelas formalistas destacan tres, que tienen como países de origen a Alemania, Francia e Inglaterra (Botero, 2015).

La escuela de conceptos alemana partió de ideas propias de la escuela histórica de Savigny y tuvo como propósito la construcción de una ciencia jurídica a partir de construcciones lógico-formales dentro de las cuales debería enmarcarse el entendimiento del

⁸ Es decir, la voluntad del pueblo en la conformación de las leyes y del pensamiento jurídico.

ordenamiento positivo por medio de un sistema de conceptos que más tarde adoptaría la escuela pandectista (Moreso, 2017).

En Francia, el estudio del Código napoleónico desembocó en el desarrollo de la escuela exegética que tiene como punto de partida la comprensión del Derecho como lo efectivamente positivizado y sistematizado. En consecuencia, para dicha escuela el jurista únicamente cumple una función de observador frente al fenómeno jurídico, a la vez que reduce la actividad judicial a la mera aplicación del derecho, es decir, el juez tan solo cumple con la voluntad del legislador (Botero, 2015).

En Inglaterra, la escuela analítica de la jurisprudencia “permitió la consolidación de una cultura jurídica homogénea, basada en preceptos estipulados en los precedentes jurídicos” (Carrillo y Caballero, 2021, p. 16).

Frente a las corrientes formalistas descritas, surgieron también las escuelas antiformalistas que propugnaban por un cambio en la comprensión jurídica que vaya más allá de la construcción matemática de las decisiones judiciales. Tales postulados tuvieron como máximo exponente a Ihering, quien se opuso a la escuela teórica del Derecho y en cambio desarrolló una escuela práctica que le otorgue soluciones a los juzgadores en casos complejos (Carrillo, 2014).

Otra corriente antiformalista es la desarrollada en Francia por la escuela libre del Derecho, la cual admite la posibilidad de la entera

discrecionalidad jurídica, pues sostiene que la labor jurisdiccional no solo cumple la función de aplicar el Derecho, sino que lo crean por medio de sus decisiones. Dentro de esta escuela destacan dos situaciones jurídicamente relevantes, constituidas por lo dado y lo construido. Lo dado se refiere a situaciones fácticas presentes en la convivencia social, mientras que lo construido es la interpretación que los juzgadores realizan frente a este (Moreso, 2017).

Más allá de las escuelas descritas, de la teoría positivista del Derecho surgieron otras corrientes como la del realismo jurídico, la cual, si bien sí acepta la idea de positivismo, pretende relacionar la realidad social con la teoría jurídica. De su comprensión surgieron dos tendencias claramente diferenciables: la escandinava y la norteamericana; las cuales entienden que la Teoría del Derecho debe cumplir fines sociales. Para ello es necesario apoyarse en otros aspectos del conocimiento como la sociología, la psicología, la economía, etc. (Carrillo y Caballero, 2021).

Retornando a la relación entre positivismo jurídico y positivismo filosófico, Kelsen (1982) parte del paradigma brindado por este último y consideraba que “debía abandonarse completamente la metafísica, porque los problemas cognoscitivos podían ser resueltos mediante la aclaración de conceptos, o bien mediante el uso de fuentes lógicas o matemáticas” (Carrillo y Caballero, 2021, p. 17).

En función al modo de pensamiento descrito, Kelsen (1982) construye su teoría del Derecho separando al análisis jurídico de juicios morales, pues considera que son inescindibles de las emociones. De ahí que, se debe entender a las normas no como hechos sino como direcciones basadas en la validez general.

A pesar de lo descrito, el positivismo como corriente *ius*-filosófica ha sido confundido y sus postulados reducidos a críticas que no necesariamente se ajustan con la realidad, v gr., cuando sostienen que carece de toda valoración ética y criterios de justicia universal, a pesar de que autores como Hart (1994), Austin (1963) y Bentham han defendido la posibilidad de un principio universal moralmente válido en la construcción de enunciados valorativos (como se citó en Carrillo y Caballero, 2021).

De entre los tópicos que componen al positivismo jurídico, según Hart (1994), destacan tres tesis: i) tesis de la discrecionalidad jurídica; ii) tesis de la separación entre Derecho y moral; y, iii) tesis de las fuentes sociales de Derecho. Las dos últimas son comunes a toda manifestación de positivismo, pero cuando son consideradas las tres simultáneamente se desarrolla el denominado positivismo metodológico. Más allá de la clasificación descrita existe otra que se divide en tesis metodológica, ontológica y semántica (Coleman, 1982).

A. Tesis de la separación entre moral y Derecho

La idea que corresponde tratar tiene como punto de partida la separación conceptual entre moral y Derecho, en ese sentido, se puede diferenciar el entendimiento del Derecho en el estado del ser del estado del deber ser, sin que haya conexión conceptual entre ambas categorías. En este caso no se trata de negar su evidente relación, sino de poner de relieve la posibilidad de conceptualizarlos y clasificarlos de manera separada (Coleman, 1982).

Al respecto, la diferenciación entre moral y Derecho fue desarrollada por Austin y Hart (1994) a partir del desarrollo de conexiones en el contenido y forma de ambos conceptos, para de allí poder construir mecanismos que permitan diferenciarlos. Si bien para tales autores sí existen “múltiples e importantes conexiones o coincidencias de hecho entre el derecho y las exigencias de moralidad. Tales conexiones no son necesarias lógicamente ni conceptualmente, sino contingentemente” (Carrillo y Caballero, 2021, p. 18).

B. Tesis de las fuentes sociales del Derecho

En este caso se trata de una tesis que atañe a la creación y validez de las normas. Sobre ello, sostiene que la exigibilidad del contenido jurídico queda determinada por una práctica social sobre la cual se determina su validez (Squella, 1998). En consecuencia, la práctica social hace alusión a una regla de

reconocimiento que vincula a los ciudadanos con reglas determinativas (Carrillo, 2014).

C. Tesis ontológica

Tiene como fundamento que el Derecho es una realidad empírica, es decir, el ordenamiento positivo. Por consiguiente, el análisis *ius*-filosófico desiste de consideraciones metafísicas (Squella, 1998). De este modo, la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la de la separación conceptual y metodológica entre Derecho y moral crítica tiene como fundamento el paradigma ontológico (Campbell, 2002).

D. Tesis metodológica

Parte de la idea de que el “método de la teoría del derecho tiene como propósito describir y explicar el fenómeno jurídico” (Carrillo y Caballero, 2021, p. 19).

E. Tesis semántica

Sostiene que los enunciados y proposiciones que componen el ordenamiento jurídico tiene carácter de verdad, lo cual determina su exigibilidad. A esta teoría también se le denomina tesis epistemológica (Squella, 1998).

F. Clasificación del positivismo

Existen diversas clasificaciones de positivismo jurídico, siendo la propuesta de Bobbio la más difundida pues distingue entre positivismo metodológico, teórico e ideológico. No obstante, tal

como sostienen Carrillo y Caballero (2021), dicha clasificación genera dificultades pues no explica el *iuspositivismo* sociológico. En igual sentido, comprende al positivismo ideológico como un paradigma jurídico cuando en realidad constituye una ideología política (Carrillo, 2014).

A su vez, otra clasificación consiste en diferenciar entre posturas formalistas y antiformalistas. Dentro del primer grupo se comprende a la escuela de la jurisprudencia de conceptos y de la exégesis francesa; mientras que, en el segundo grupo, quedan constituidas todas las demás escuelas antiformalistas. No obstante, tal clasificación también supone inconvenientes dado que no explica de manera acertada en qué consiste el antiformalismo, llegando incluso a comprender escuelas que no son positivistas simplemente por las críticas que realizan (Coleman, 1982).

Otra clasificación que genera controversia es aquella que diferencia entre *iuspositivismo* y *pseudo* positivismo; el primero se refiere al positivismo metodológico, el cual es comprendido como la única expresión de positivismo, considerando a las demás clasificaciones únicamente como apariencia de positivismo. Finalmente, también está la clasificación que solo distingue entre paradigmas *iuspositivistas* y neopositivistas (Moreso, 2017).

a. *Iuspositivismo*

Se denomina *i*uspositivismo al conjunto de teorías jurídicas que configuraron el paradigma del Derecho entre finales del s. XIX hasta la primera mitad del s. XX. Dichos postulados nacieron de la idea radical de construir el concepto de Derecho basándose únicamente en su dimensión positivizada. En consecuencia, la crítica del Derecho únicamente puede sustentarse en otras fuentes jurídicas formales y no en un juicio moral crítico, por tanto, a pesar de que pueda ser considerado moralmente injusto, su validez es lo que determina su aplicabilidad (Botero, 2015).

Tal como se indicó líneas atrás, el máximo representante de esta línea de pensamiento es Kelsen (1982) quien distingue entre leyes morales y leyes jurídicas como realidades conceptuales ajenas. Así, las normas jurídicas quedan circunscritas al estudio del Derecho, mientras que las normas morales al estudio de la ética. En virtud de lo expresado, cabe notar que Kelsen (1982) también hace una distinción entre ciencias normativas y ciencias naturales.

Si bien el profesor de la escuela de Viena reconoce la identidad de contenido entre normas jurídicas y morales, pone como punto de divergencia entre estas dos las consecuencias que de su incumplimiento se deriven. De ahí que, el incumplimiento de una norma moral como máximo

solo puede acarrear un reproche social, a diferencia de las normas jurídicas en donde sí se concretiza una sanción (Cracogna, 2003).

De esta manera, puede afirmarse, en esencia, que la diferencia entre normas jurídicas y normas morales es la coercibilidad que reviste a las primeras, mientras que las segundas no cuentan con tal característica (Cracogna, 1998). Así, las normas jurídicas pueden no adecuarse a preceptos morales, pero ello no afecta su naturaleza coercitiva por medio de la sociedad organizada (Squella, 1998).

La distinción radical entre Derecho y moral se fundamenta, a su vez, en una concepción metaética relativista, subjetiva y escéptica. Se dice que es relativista debido a que los juicios morales se delimitan en virtud de un contexto histórico-social que no puede ser generalizado. Es subjetiva porque los juicios morales son inescindibles de las emociones, apreciaciones o deseos. Finalmente, es también escéptica ya que “puede sostener que los juicios morales expresan propiedades metafísicas incognoscibles” (Carrillo y Caballero, 2021, p. 20).

Lo desarrollado no pretende desvestir el análisis jurídico de consideraciones morales o que la construcción del Derecho no responda a un control de justicia general, sino que, tal

análisis se debe realizar teniendo en cuenta la multiplicidad de sistemas de justicia o morales que no pueden ser comprendidos en su totalidad por medio de la razón (Kelsen, 1982). Por consiguiente, la validez del Derecho dependerá del sistema moral o de justicia elegido.

b. *Neo iuspositivismo*

El paradigma jurídico de la posguerra trajo consigo un cambio que afectó las bases sobre las cuales se sustenta el pensamiento positivista. En efecto, la teoría jurídica de la segunda mitad del s. XX supuso la implementación de Derechos Fundamentales sustentados en convenciones generales que se materializan en tratados internacionales y en el contenido común de las constituciones que contienen principios de moralidad política (Squella, 1998).

Lo expuesto atenta contra dos de las tesis comunes a toda manifestación de positivismo, esto es, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y la tesis de las fuentes sociales. Ello es así porque, si bien la nueva concepción del Derecho parte de su identificación en función a criterios de validez basados en el sistema de fuentes, también somete la validez jurídica a un juicio moral por razón de su contenido (Ródenas, 2003).

Dicho sometimiento a juicios de valor es exigido a los operadores jurídicos dado que, en virtud de los juicios

morales se interpretarán preceptos jurídicos con el fin de identificar su validez constitucional, más allá de la regla de reconocimiento que determinó su incorporación al Derecho positivizado (Ródenas, 2003).

Frente a la problemática descrita, son tres los enfoques que pretenden darle solución: el positivismo jurídico incluyente, el positivismo jurídico excluyente y el incorporacionismo; los cuales serán desarrollados en las próximas líneas (Carrillo y Caballero, 2010).

a) Positivismo jurídico excluyente

La perspectiva positivista que aquí corresponde analizar parte de la noción de que en la conformación y posterior validez del contenido jurídico no cabe la intromisión de juicios morales, es decir, la construcción de la norma de reconocimiento se halla desprovista de cuestiones ético-valorativas (Raz, 1979).

Siguiendo el esquema descrito, el intérprete final del Derecho realizará su análisis atendiendo únicamente a fuentes jurídicas formales, si de dicho análisis concluye que el propio ordenamiento positivizado le permite, en última instancia, aplicar un precepto jurídico atendiendo a criterios morales podrá realizar dicha interpretación en consecuencia (Raz, 1979).

b) Positivismo jurídico incluyente

A diferencia de lo expuesto, el positivismo jurídico incluyente sí considera posible la intervención de consideraciones morales en la creación del derecho a partir de prácticas sociales (tesis de las fuentes sociales). Sin embargo, la incursión de juicios morales en la regla de reconocimiento no tiene un carácter esencial, sino que, guarda una naturaleza contingente; con ello, se diferencia de las teorías *iusnaturalistas*, pues se resume a una posibilidad de ser o no ser (Ródenas, 2003).

c) Incorporacionismo

La corriente que corresponde tratar defiende la idea de que, la tesis de las fuentes sociales del Derecho se puede entender desde una doble perspectiva. Primero, entiende que “los criterios para determinar si una norma es o no parte del derecho no tienen que ver con su valor, sino con su fuente”. Segundo, sostiene “que los criterios que se establezcan para saber si una norma es o no parte del derecho son convencionales” (Carrillo y Caballero, 2021, p. 22).

De lo expuesto se entiende que la relación entre Derecho y moral es contingente debido a que su relación no es ontológica, sino que responde a criterios convencionales, en donde la validez normativa bien puede depender de

cuestiones meramente formales como ético-valorativas (Bayón, 2002).

G. Incorporación del marco *ius*-filosófico en la investigación

En virtud de lo hasta aquí desarrollado, la investigación propuesta tiene como marco *ius* filosófico al positivismo jurídico incluyente, dado que, si bien sí se reconoce la diferencia conceptual entre moral y Derecho, se parte de la idea de que cabe la incorporación de juicios morales en la construcción de la regla de determinación, pero de manera contingente cuando las cualidades particulares del entorno lo requieran.

Cabe resaltar entonces que el objetivo principal de la presente tesis es el de aportar fundamentos para la incorporación de la publicidad engañosa como delito económico; no obstante, dichos fundamentos han sido contruidos en virtud de necesidades político-criminales. En consecuencia, la regla de determinación que pretende añadir una nueva conducta como delito tiene un fundamento ético-valorativo.

2.1.2. Funcionalismo penal

Hablar de funcionalismo penal remite necesariamente a dos concepciones disímiles que intentan dar respuesta a las preguntas de para qué sirve el Derecho penal y cuál es su función. El primer punto de vista está constituido por el funcionalismo teleológico-valorativo, que hace alusión a valoraciones político-criminales (Roxin, 2002); mientras que, el segundo punto de vista le

corresponde al funcionalismo radical que importa una valoración desde la teoría sociológica de Luhmann (1984) (como se citó en Arias, 2006, p. 339).

A. Funcionalismo Teleológico-Valorativo

Hasta antes de los aportes de Roxin (2002) a la dogmática jurídica existía una separación irreconciliable de las construcciones teóricas elaboradas -y en consecuencia las soluciones que allí se planteaban- frente la realidad social a la que se habían dirigido. Efectivamente, hasta aquel entonces la dogmática clásica se encontraba dividida entre planteamientos causalistas y finalistas sin atender a necesidades político-criminales (Aria, 2006).

El autor alemán pretende superar las controversias existentes dando una salida coherente a los problemas de la realidad por medio del DP. Para ello elabora una interpretación funcionalista de las estructuras lógico-objetivas en base a valoraciones político-criminales. En consecuencia, Roxin (2002) comprende al DP como un sistema abierto, dentro del cual cabe orientar su estructura a la satisfacción de necesidades político-criminales.

De lo expuesto, se puede afirmar que Roxin (2000) lo que pretende es conseguir la armonización entre el sistema del DP y los fines de la pena, para ello se requiere una normativización de las categorías dogmáticas que componen el delito. Dicha normativización le exige al jurista funcionalizar cada categoría

delictiva con el objetivo de hallar el fundamento político-criminal que subyace de tal manera que pueda concretizar su función en la realidad social (Aria, 2006).

Roxin no pretende vaciar el contenido que hasta entonces se le ha otorgado a las estructuras lógico-objetivas, sino que complementa su interpretación de tal manera que sirvan para solucionar de manera efectiva dilemas sociales. Por consiguiente, el funcionalismo teleológico-valorativo superó el relativismo valorativo neokantiano al introducir valoraciones extraídas de la política criminal que complementan el análisis dogmático de la teoría del delito (Aria, 2006).

De ahí que, Roxin (2002) sostiene que la configuración del sistema penal no debe realizarse en función de los fines ontológicos de acción, causalidad, estructuras lógico-objetivas, etc. Por el contrario, él propugna que la construcción del tipo penal, la antijuridicidad y la culpabilidad responden al principio de legalidad, a la solución de conflictos y a la necesidad de imponer una pena respectivamente (De la Cuesta, 1998).

La construcción del concepto de bien jurídico protegido en la teoría de Roxin responde, entonces, a una conexión entre la dogmática jurídico-penal y necesidades sociales, acudiendo para ello a preceptos constitucionales y a los fines de la pena. “Un bien jurídico será aquello que resulte útil para el desarrollo del individuo o para el propio sistema social, de suerte que su

concepción material de lo injusto será precisamente la lesión de esos bienes útiles” (Aria, 2006, p. 441).

Asimismo, el autor aquí tratado distingue entre tipo total -dentro del cual se comprende a la antijuridicidad-, tipos de error y tipos de resultado. Con ello, la sola comisión típica importa también una conducta antijurídica, por lo que, incluye al mismo tiempo, dentro de la tipicidad, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido y la infracción de un deber normativo (Mir, 1994).

a. Derecho Penal y necesidad preventiva

Habiendo entendido que la teoría del DP propuesta por el funcionalismo teleológico-valorativo consiste en dar solución a problemas presentes en el plano fáctico. Dentro del enfoque descrito solo cabe, por consiguiente, la aplicación de los fines preventivos de la pena (Mir, 1998).

Ahora bien, Roxin (1992) entiende que las penas per se resultan insuficientes y que, además, las penas privativas de libertad resultan problemáticas por lo que se requiere incorporar sanciones de “carácter social constructivo, en el marco de una estrategia global de prevención en la que el Derecho penal no sería sino uno de sus asideros” (Aria, 2006, p. 442).

Como punto de partida, se tiene el papel preponderante que se le otorga a la política-criminal y la aceptación de que el

delito es consustancial a la imperfecta naturaleza humana. Siendo ello así, el DP se debe estructurar en función a las necesidades humanas teniendo como punto de partida cuestiones político-criminales, además de la prevalencia del rol preventivo que el Estado debe asumir frente al delito (Pérez, 1986).

De lo desarrollado, cabe deducir que la dogmática de Roxin se encuentra al servicio del individuo y de la sociedad, pues comprende que la represión de conductas delictivas no soluciona el problema de fondo de la criminalidad elaborando para ello una retroalimentación entre dogmática penal y realidad social, con lo cual se supera el problema lógico formal del DP (Roxin, 1998).

b. La ciencia interdisciplinaria de la prevención

Atendiendo a la construcción teórica de Roxin (2000), la intervención mínima penal encuentra sus límites en valoraciones político-criminales que buscan resolver problemas sociales. Por ende, las penas privativas de libertad no constituyen el mejor medio para prevenir la futura comisión de ilícitos penales, por lo cual, corresponde su sustitución frente a otras medidas menos lesivas como el arresto domiciliario, la multa, la suspensión, etc.

Para probar tal aseveración Roxin (2000) sostiene que en las últimas décadas la política-criminal se ha bifurcado en

dos tendencias; la primera opta por la reinserción del delincuente a la vez que pone de relieve el fin preventivo de la pena, mientras que la segunda prefiere imponer penas más graves y estrictas para que cumplan un fin disuasorio.

En los casos de los delitos más graves que afecten bienes jurídicos de mayor relevancia sí cabe la aplicación de penas privativas de libertad, a su vez que para conductas de menor gravedad corresponde sanciones menos lesivas. No obstante, la sola aplicación de sanciones resulta insuficiente para evitar la expansión del fenómeno criminal por lo que se debe “orientar la construcción de una estrategia global de la prevención, en el marco de una ciencia interdisciplinaria de la prevención” (Aria, 2006, p. 443).

Si bien el DP constituye un instrumento vital en los actuales Estados sociales y democráticos de Derecho, es cierto también que la aplicación de sanciones penales no evidencia una correlación entre la disminución de la criminalidad y la aplicación de la pena; por el contrario, en los casos de delitos pasionales o de crimen organizado su comisión ha incrementado (Sainz, 1980).

La condición de que el DP resulte necesario actualmente no implica que la manera en cómo se materializa sea la más efectiva para alcanzar sus fines, debido a que la sola privación de la libertad no sirve para evitar la causación de

resultados lesivos de bienes jurídicos, de hecho, en los casos de penas de corta duración, el contacto del individuo con el sistema penitenciario produce el efecto contrario al que se pretende internándolo (Pérez, 1986).

En cuanto a las penas de multa estas tampoco cumplen el fin disuasorio para el que fueron diseñadas pues puede darse el caso de que otra persona ajena a la que le fueron impuestas pague el monto correspondiente; es más, Roxin (2002) refiere que con ello se estaría haciendo una distinción entre ricos y pobres lo que desembocaría en la comisión de nuevos delitos a fin de evitar el pago de la multa.

De lo expuesto, se deduce la necesidad de una política de prevención general, no exclusiva del DP, que comprenda todas las categorías posibles que convergen en la comisión de delitos. Asimismo, resulta conveniente una mayor inversión en la actividad policial en *pro* de que controlen en mayor medida la posible comisión de delitos, pues el miedo a ser descubierto constituye un estímulo disuasorio necesario (Sainz, 1980).

Además de los fines preventivos descritos, otro aspecto que cabe destacar se encuentra abocado a la protección y reparación de la víctima. Así, la aplicación de medidas restauradoras o la instauración del sobreseimiento a cambio de reponer el daño causado pueden constituir una medida

novedosa y menos estigmatizadora que la pena privativa de libertad (Aria, 2006).

La clase de funcionalismo hasta aquí expuesto, si bien sí involucra la normativización de conceptos jurídico-penales, tal normativización es moderada en comparación con el funcionalismo radical de Jakobs (1996).

No obstante, la moderación que presenta el pensamiento de Roxin (2000) ha sido criticada debido a que, para fijar los límites del bien jurídico, así como en el fundamento de la culpabilidad, se sustenta en parámetros constitucionales; sin embargo, la interpretación de las leyes penales se efectúa desde la perspectiva político-criminal que deben cumplir los fines de la pena (Vivez, 1996).

Otro autor funcionalista como Silva (1992) -quien comparte con Roxin el modo de comprender la conformación de la tipicidad- considera al sistema del DP como una construcción dialéctica entre la disminución de la violencia delincencial y la violencia del Estado en la persecución de delitos, más allá de solamente considerar a los fines de la pena, escapando en tal sentido a las críticas elaboradas por Vivez (1996).

B. Funcionalismo normativo o radical

Entender la comprensión del funcionalismo radical requiere necesariamente remitirse a lo desarrollado por Jakobs (1996) quien pretende superar el relativismo de Roxin en *pro* de que cada categoría dogmática adquiriera una funcionalidad en virtud de lo que él considera el fin último del DP, es decir, la prevención general positiva.

Esta corriente se denomina funcionalista debido a que pone de relieve la “identidad normativa y la propia constitución de la sociedad” más allá de las consideraciones en torno al individuo, a diferencia del funcionalismo teleológico (Aria, 2006, p. 445). En la construcción de sus postulados, Jakobs parte de la noción de que la sociedad se compone en base a normas, por ende, si lo que el DP pretende es la protección de dicha sociedad, ello se conseguirá por medio de la vigencia normativa (García, 2000).

Para construir su teoría, Jakobs toma como fundamento los aportes sociológicos de Luhmann quien, desde una visión desprovista de valoraciones materiales sistémicas, comprende a la sociedad únicamente desde su estructura formal. En consecuencia, el DP, desde esta perspectiva, es entendido como un sistema social relacionado con generalizaciones provenientes de expectativas normativas (García, 2000).

A tenor de lo expuesto, el funcionalismo radical sostiene que la violación de una norma jurídica genera una decepción respecto a las expectativas descritas, de ahí que, la justificación de la pena se sostiene sobre la base de las expectativas defraudadas. En este sentido, la pena confirma la identidad normativa de la sociedad. “Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma” (Jakobs, 1996, p. 13).

Se puede decir entonces que la teoría de Jakobs parte de la idea de que cada individuo dentro de la sociedad debe cumplir determinados roles sobre los cuales se sustentan las expectativas de los demás; por consiguiente, el centro de análisis en el funcionalismo normativo radica en el comportamiento de las personas más allá del individuo en sí, de tal modo que tanto el sujeto que se rige a la norma como el infractor se comunican socialmente en base a su comportamiento (Aria, 2006).

a. La renormativización de los conceptos penales

En virtud de las expectativas que se le depositan a cada individuo dentro de una sociedad, Jakobs le otorga a cada uno una posición de garante. Así, la función de la pena consiste en la restitución de las expectativas sociales frustradas. De allí que, se deposite en cada persona

competencias organizacionales e institucionales. Las primeras hacen alusión al cumplimiento de deberes generales, mientras que las segundas se refieren a deberes especiales (Sessano, 2006).

De este modo, bajo la visión del funcionalismo normativo la teoría de la imputación se sustenta en las expectativas sociales defraudadas erigiéndose, así como una verdadera teoría de la imputación, pues su fundamento se construye sobre la vigencia de la norma violentada (Sessano, 2006).

La construcción del delito bajo esta perspectiva es la negación de la norma, mientras que con la pena se reafirma su vigencia; se puede entender entonces que el delito cumple una función comunicativa y la imposición de una sanción cumple una función simbólica (García, 2000). Con ello se refleja que en base a la visión de Jakobs el delito no es un problema de cada individuo, sino un problema de la sociedad (Mir, 1998).

Por ende, la imposición de la pena es la reacción social frente al delito, cumpliendo para ello un fin simbólico. No obstante, tal como apunta Mir (1994) si con ello solo se persigue un fin simbólico-comunicativo más allá de incidir en la realidad empírica, qué sentido empírico se persigue con la sanción penal.

En fin, más allá de lo apuntado, otro aspecto que cabe destacar es que las normas penales no suponen un mandato imperativo a cada ciudadano, “sino que contendrán, de manera significativa y de forma generalizada, la previsión de la reacción simbólica a la conducta, también significativa” (Aria, 2006, p. 449). Con ello, se reafirma la tesis de que la pena pretende reafirmar las expectativas defraudadas con el delito.

Por consiguiente, la construcción dogmática que se realiza del DP se centra únicamente en la prevención general positiva más allá de los otros fines también relevantes para aquella. Dicha formulación ha generado críticas debido a que se entiende al DP como mecanismo social para evitar la discordia general, dejando de lado la resocialización, reeducación del delincuente y el acceso a una reparación por parte de la víctima (Zúñiga, 2001).

Otra crítica que recae sobre la teoría expuesta consiste en que la elaboración dogmática que Jakobs (1996) realiza del delito se contradice con lo desarrollado por Luhmann (1984), en virtud de que el individuo dentro de la sociedad únicamente se constituye en base a consideraciones comunicativas y no individuales. En ese sentido, la culpabilidad entendida por el autor alemán se fundamenta en la capacidad del individuo para actuar conforme a

Derecho lo que importa un aspecto individual de este (Campbell, 2002).

C. Toma de postura en la investigación

En virtud de las dos corrientes funcionalistas expuestas, la investigación desarrollada se circunscribe dentro de los alcances aportados por el funcionalismo moderado o teleológico valorativo, por cuanto se considera que más allá de la sola vigencia normativa, el sentido del DP viene dado por la protección de bienes jurídicos ajenos a aquel los cuales le otorgan su sentido último.

En consecuencia, la construcción de las conclusiones y de las recomendaciones planteadas, tuvieron como punto de partida una visión teleológica del correcto funcionamiento del sistema económico como construcción dialéctica entre lo empírico y lo valorativo merecedor de tutela jurídica por medio del sistema del DP, además de atender a los fines preventivo-especiales de la sanción penal.

2.2. ASPECTOS JURÍDICOS TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS

Los aspectos jurídicos teóricos y doctrinarios se hallan referidos al conjunto de conceptos, teoría y doctrina que sustentan el desarrollo del problema de investigación. De este modo, en los sucesivos capítulos se desarrolló, en primer lugar, la perspectiva jurídica-penal en las sociedades de riesgo; en segundo lugar, la función de la política-criminal en las sociedades modernas. Tercero, se hizo énfasis en la protección de bienes jurídicos supraindividuales, y; finalmente, se examinó los delitos de peligro abstracto y la publicidad engañosa en Perú.

2.2.1. Perspectiva jurídica-penal en las sociedades de riesgo

Entender el tema que aquí convoca requiere indefectiblemente recurrir a los aportes otorgados por Beck (1986) quien denomina a las sociedades modernas como sociedades del riesgo, pues considera que el advenimiento de avances tecnológicos y científicos han incrementado la aparición de nuevos riesgos de peligro global capaz de afectar a millones de personas alrededor del mundo.

Desde la segunda mitad del s. XX en adelante, los avances tecnológicos y científicos, además de la aparición de medios de comunicación masiva capaces de conectar a millones de personas alrededor del mundo, han configurado un nuevo espacio en donde el ser humano redefine la función de las estructuras sociales. En ese sentido, se puede sustentar que las condiciones actuales del entorno físico y social han cambiado de tal manera que se puede definir un nuevo paradigma jurídico (Peña, 2007).

Si bien la expansión del conocimiento humano ha significado un gran avance en las sociedades actuales, especialmente en lo referido a la salud, el acceso a la información, la educación y la informática, es cierto también que dicho desarrollo ha generado la producción de nuevos riesgos de naturaleza global en especial en lo concerniente a la conducción de nuevas tecnología y formas de producción de sobre las cuales se han depositado expectativas de manera masiva (Silva, 2001).

El advenimiento de los Estados liberales capitalistas entre los ss. XVIII y XIX supuso la conformación de una economía liberal dentro de la cual la intervención estatal se había reducido a su mínima expresión. Al respecto, dos aspectos destacan en esta clase de ideología económica: la propiedad privada y el libre mercado. Ahora bien, las condiciones del sistema económico descrito no se encontraban diseñadas precisamente para proteger al individuo sino a los agentes económicos (Peña, 2007).

Sin embargo, durante el s. XX en la República Federal Alemana, específicamente en la etapa posterior a la segunda guerra mundial y la caída del régimen nacionalsocialista; desembocaron en la conformación de lo que hoy se denomina constitucionalismo social (Roxin, 2002). Esta nueva corriente, fue adoptada también en países euro continentales que luego la exportaron hacia Latinoamérica (Peña, 2007). En el Perú, un ejemplo de ello viene dado por los contenidos constitucionalmente relevantes contenidos en la Constitución de 1979.

Los efectos de la globalización generaron, por su parte, la conformación de riesgos generales que no se limitan a un determinado contexto geográfico, cultural y político, sino que se tratan de peligros de naturaleza global (Borja, 2015).

Asimismo, las políticas económicas que cada Estado construye en atención a la realidad descrita tienen en consideración la presencia de agentes económicos internacionales con gran incidencia en los mercados globales, además de ello, la interconectividad entre Estados también cobra protagonismo en especial por medio de la firma de tratados de libre comercio (Campbell, 2002).

Todo el contexto hasta aquí descrito genera la presencia de riesgos cada vez más complejos en donde el desempeño de nuevas actividades económicas como la minería, la agricultura, la construcción, etc., se tecnifican de modo que su desarrollo acarrea peligro cada vez mayores para quienes desarrollan tales actividades (Beck, 1986).

Por consiguiente, el paradigma liberal decimonónico resulta insuficiente en este contexto, pues su protección gira en torno a la salvaguarda de derechos subjetivos individuales; de ahí que, muchas de las actuales democracias se constituyen como Estados Sociales de Derecho que buscan también garantizar el bienestar general (Hassemer, 1992).

Tal como se indicó al momento de desarrollar el funcionalismo penal, el centro de gravedad de la pena se desplazó desde las funciones

retributivas hacia la prevención general. Empero, dado que las estructuras dogmáticas que componen el delito fueron construidas bajo el paradigma liberal del s. XIX, surge la controversia acerca de si resultan necesarias para combatir el actual incremento criminal en las altas esferas, en especial porque los efectos de dicha criminalidad se extienden tanto que su imputación genera inconvenientes (Hassemer, 1992).

En otras palabras, lo dicho puede resumirse en torno al hecho de que “la discusión jurídico-penal en el nuevo siglo ya no gira sobre el contenido ontológico de la acción, sino sobre las tareas que el Derecho penal debe asumir bajo una concepción político-criminal de postulados esencialmente preventivos” (Peña, 2007, p. 33). Ahora bien, en la actualidad la discusión no gira en torno a si existen o no nuevos riesgos de peligro masivo, sino en cómo debemos combatir tal problemática (Beck, 1986).

2.2.2. Política-criminal en las sociedades modernas

Antes de ahondar en el tópico referido a la política criminal en las sociedades postindustriales, es necesario remitirse al concepto de política-criminal. En ese sentido, en las postrimerías del siglo diecinueve, específicamente en Alemania, Von Listz la define como un conjunto de principios sistematizados en virtud de los cuales el Estado debe circunscribir sus actuaciones para evitar el incremento de la criminalidad (Balcarce, 2009).

La teoría del delito edificada bajo la visión del citado autor alemán tiene en consideración una visión cerrada de las estructuras dogmáticas delictivas, en *pro* de garantizar las libertades del individuo sometido a la persecución del *ius puniendi* estatal. A su vez, limitaba la perspectiva de la política-criminal a un ámbito eminentemente político y social ajeno a preceptos jurídicos, con ello, tanto política-criminal como teoría del DP se encontraban en planos teóricos diferentes sin que haya relación entre ambas categorías (Peña, 2007).

Por su parte, Feurbach, atendiendo a una perspectiva liberal del Estado conforma una teoría psicológica para que la prevención de la criminalidad tenga la capacidad de inhibir en el futuro comportamiento delictivo. Por consiguiente, comprende a la política-criminal como un compendio de métodos estatales necesarios para combatir el fenómeno criminal. Al igual que en el caso anterior, existe un divorcio entre política-criminal y DP (Balcarce, 2009).

De lo expuesto, se evidencia que hasta mediados del s. XX no hubo mucho desarrollo en cuanto a la política-criminal y su relación con el DP. No obstante, hacia la segunda mitad del s. XX, con el advenimiento del relativismo moral neokantiano en la comprensión del delito, la política-criminal adquiere un nuevo rol en la comprensión de cada categoría dogmática. A pesar de ello, lo que realmente significó un cambio para el sistema del DP fue los aportes funcionalistas teleológicos incorporados por Roxin (2002) en la teoría del delito.

El punto de partida que gira en torno a esta nueva perspectiva del pensamiento jurídico consiste en funcionalizar conceptos jurídico-penales para que cumplan fines sociales en beneficio de la colectividad; por ende, los fines preventivo-generales y especiales positivos constituyen el centro dentro del cual debe operar la aplicación de una sanción penal (Borja, 2015). En ese sentido, la comprensión de la teoría del delito ya no es ajena a consideraciones de política-criminal, sino que cada categoría se configura en función a un fin otorgado por esta (Roxin, 2002).

En ese contexto, la política-criminal constituye un medio por el cual se concretizan fines estatales tendientes a redistribuir en mejor medida las riquezas al tiempo que se construye una sociedad más justa. Así, cabe distinguir entre política-criminal y política penal; la segunda constituye únicamente “la plasmación de instrumentos legales para la prevención y represión del delito, mientras que la segunda se dirige a construir una sociedad más justa, conforme a criterios de equidad y solidaridad” (Peña, 2007, p. 37).

Por su parte, Barata (2002) distingue los conceptos expuestos atendiendo a que la política penal es en realidad “una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado” (como se citó en Peña, 2007, p. 38); mientras que la política-criminal queda delimitada por la transformación política y social, con ello, expande el concepto en cuestión y ya no que limitado exclusivamente a cuestiones jurídicas, sino que también comprende otros espacios de control social (Barata, 2002).

Ahora bien, atendiendo al nuevo contexto político, tecnológico, social y cultural, sobre la política-criminal recae la exigencia de contener y prevenir riesgos interindividuales. No obstante, en la obtención de tal objetivo, se deben respetar en la mayor medida de lo posible la vigencia de Derechos fundamentales; de este modo, la lucha contra el delito no debe delimitarse solo a la aplicación de una pena, sino que debe comprender otros aspectos sociales que permitan alcanzar los fines preventivos propuestos (Tiedemann, 1999).

De las necesidades que surgen en el seno de las sociedades liberales del s. XIX, su principal característica criminalizadora se centra en tipificar conductas que atenten directamente contra la propiedad privada. Por lo tanto, eran las clases marginales las que por excelencia eran sujetos pasibles de ser delincuentes, pues la protección que guardaba el DP se centraba en la aristocracia y posteriormente la burguesía, con lo que se estigmatizaba a una determinada clase social (Schünemann, 2002).

Con lo dicho, el DP de las sociedades liberales era evidentemente clasista pues su expansión criminalizadora era selectiva de determinados sectores. Tal situación fue puesta de relieve por los representantes del *labelling approach* y de la criminología crítica (Peña, 2007). En países como Estados Unidos, en donde el desarrollo capitalista alcanzó un elevado nivel de expansión, los estudios criminológicos se enfocaron en analizar consideraciones al respecto (Lamas, 1996).

De este modo, no fue sino hasta la década de 1920 que, luego de la expansión sindical laboral, se entendió el alto nivel de lesividad que determinadas conductas empresariales poseían (Lamas, 1996). Así, tuvieron que redefinirse determinadas cualidades de la criminología para permitir el ingreso en la esfera criminal de conductas como: la quiebra intencional, la evasión fiscal, administraciones fraudulentas, etc. Estos tipos penales tenían la capacidad de defraudar a terceros en pro de beneficiar al defraudador (Peña, 2007).

En la ejecución de las conductas señaladas, el medio comisivo para concretizar el delito ya no reside en el uso de un arma de fuego, un cuchillo o un veneno, sino que, tales medios quedan determinados por estructuras propias del sistema con respaldo legal (Ruiz, 1997). Así, en palabras de Beck (2006), la diferencia entre un asaltante y un empresario que comete fraude es que el segundo ha sido respaldado por la ley y la configuración del sistema.

Dado este nuevo paradigma político-criminal, cabe una expansión criminalizadora de nuevas conductas para nuevos espacios penalmente destacables en virtud de la existencia de nuevos bienes jurídicos colectivos generales o, si se puede denominar de otra manera, supraindividuales (Silva, 2001). Para abarcar tal inconveniente la dogmática criminal ha optado por incluir delitos de peligro abstracto con el objetivo de reducir la cifra negra de la criminalidad económica (Peña, 2007).

A pesar del cambio de dirección de las propuestas criminológicas en la persecución de nuevos delitos económicos, es cierto que, en la práctica, las sociedades capitalistas seguían persiguiendo en mayor medida a los miembros de las clases sociales menos favorecidas (Ruiz, 1997). Al respecto, quienes se encargan de regular nuevas conductas delictivas pertenecen a su vez a los estratos de mayor privilegio, por lo cual, a menos que haya una fuerte presión social, no persiguen en igual medida los crímenes de cuello blanco (Peña, 2007).

2.2.3. Protección de bienes jurídicos supraindividuales

En la actualidad el contexto jurídico-penal queda delimitado por los aportes funcionalistas de las últimas décadas, sin embargo, la concepción de bien jurídico data de mucho antes; específicamente su aparición como construcción dialéctica se remonta desde finales del s. XVIII gracias a los aportes de Birmaum que luego fueron expandidos por Von Listz y Binding (como se citó en Peña, 2007).

Durante aquel entonces, el concepto de bien jurídico se edificó sobre una base estrictamente individualista, pues la construcción dialéctica referida se basaba en valoraciones que permitan el desarrollo personal de cada individuo dada la consideración bio-psico-social que del ser humano preponderaba. Esta concepción tan limitada de bien jurídico alcanzó su punto álgido en el Código penal alemán de 1813 que consideró como conductas punibles

aquellas que atentan contra la vida, el cuerpo y la salud (Ruiz, 1997).

La corriente descrita se expandió por los demás países de Europa occidental y después impregnó las legislaciones latinoamericanas. El bien jurídico, entonces, sirve como derrotero para trazar la política criminal estatal, de esta manera, la concepción liberal de este aún tiene influencia en los códigos penales actuales (Silva, 2001). De ahí que, se dio prioridad a la protección de intereses personales sin percatarse en las relaciones interindividuales y en los intereses colectivos (Mir, 2008).

El bien jurídico y su relación con la política-criminal resultan vitales para la vigencia de un Estado pues constituye un punto limítrofe para la violencia punitiva en contra de los ciudadanos. Además de ello, también constituye un parámetro metodológico en el análisis dogmático de cada delito que conforma la parte especial de los cuerpos normativos penales (Mir, 2008). Debido a que implica la utilización de un canon de interpretación teleológico, pues la exégesis de cada conducta deberá ir condicionada a la protección del bien jurídico penal (Peña, 2007).

A pesar de lo descrito, conviene hacer énfasis en que la política-criminal es esencialmente valorativa, por ende, sus alcances se determinan en virtud de datos metajurídicos proporcionados por la criminología y la sociología (Lamas, 1996). Así, dichas disciplinas reflejan realidades que, desde una visión atomista del bien jurídico,

no pueden ser abordadas en su totalidad, por consiguiente, resulta necesario una nueva perspectiva político-criminal que vaya más allá de la esencia nuclear del DP tal como fue concebido en los Estados liberales (Mendoza, 2001).

Sin embargo, para garantizar el desarrollo y protección de bienes jurídicos personalísimos, es necesario salvaguardar condiciones supraindividuales dado que las figuras de lesión no pueden comprender conductas que se materialicen con la sola puesta en peligro (Mir, 2008). Especial relevancia adquirieron los delitos ambientales en especial por la necesidad de preservar al medio ambiente como realidad dentro de la cual el ser humano se desarrolla (Lamas, 1996).

La salud pública, el orden económico y el orden crediticio, también son bienes de la colectividad cuya protección incluso ha condicionado el desarrollo de una dogmática especializada para abordar esta clase de delitos (Silva, 1992). Por consiguiente, la concepción que de bien jurídico se posea debe gozar de una cualidad dinámica que se ajuste a las reales necesidades sociales y no quede limitada por una concepción personalista del mismo (Silva, 1992).

Si bien la vida, el cuerpo y la salud constituyen bienes sin los cuales el desarrollo del individuo no sería posible; para poder garantizarlos se requiere que las condiciones sociales y naturales en las que nos desenvolvemos funcionen adecuadamente en la concreción de

fines político-criminales (Ruiz, 1997). Así, desde una perspectiva funcionalista la construcción de las categorías dogmáticas responde a una necesidad política-criminal, en consecuencia, la construcción teórica del bien jurídico como elemento objetivo del tipo debe realizarse en para la concreción de objetivos político-criminales.

Es así como, para efectos de la investigación propuesta, se considera que el bien jurídico protegido queda “constituido por unidades funcionales sociales sin las cuales nuestra sociedad en su estructura completa no podría existir” (Peña, 2007, p. 48). Con lo dicho, cabe la incorporación de conductas que requieren la sola puesta en peligro para ser consideradas antijurídicas; sin embargo, ello podría colisionar con principios básicos del DP.

Para que un bien jurídico resulte merecedor de tutela penal se requiere la concurrencia de dos presupuestos *sine qua non*. El primero, recae sobre la presencia de un elemento o necesidad sociológica vitales para la humanidad en la realización de sus fines sociales (Ruiz, 1997). El segundo consiste en la acreditación de la insuficiencia de los demás medios jurídicos de control social -como el Derecho civil, administrativo o tributario- para prevenir la comisión de conductas con un elevado potencial lesivo (Ruiz, 1997).

El fundamento de los delitos de peligro se circunscribe a la potencialidad de que la conducta cometida pueda causar un

efectivo perjuicio a bienes jurídicos de carácter personalísimo. Por lo tanto, el examen probabilístico se realiza de manera *ex ante*, es decir, “se trata de situaciones en las que se da la lejana posibilidad o probabilidad de lesión al bien jurídico” (Cuesta, 2002, p. 64).

Lo hasta aquí desarrollado sirve para evidenciar que el goce de bienes jurídicos de carácter personalísimo queda supeditado a garantizar elementos o necesidades sociológicas que, desde una visión clásica liberal, no pueden ser abordados por el DP. Sobre ello, Silva (2001) sostiene que dado el cambio estructural sucedido desde la segunda mitad del s. XX en adelante, la función del DP en la sociedad también ha evolucionado.

De este modo, el citado autor construye su teoría sobre la base de un nuevo paradigma político-criminal originado en las sociedades del riesgo desarrolladas por Beck (1986). En ese sentido, los riesgos de naturaleza global con la capacidad de afectar a millones de personas más allá de las barreras geográficas deben ser distribuidos sobre la base de la creación de un riesgo no justificado condicionado por la estructura gramatical que compone la disposición normativa que contiene el delito en cuestión (Schünemann, 2009).

En síntesis, cabe afirmar que, dadas las actuales condiciones políticas, culturales y sociales la comprensión del bien jurídico no puede limitarse a una visión restrictiva delimitada tan solo por elementos personalísimos, sino que debe extenderse también a

otras realidades supraindividuales en tanto estas constituyen condiciones esenciales en la protección de bienes jurídicos nucleares (Silva, 2001).

Los principios de lesividad y ofensividad se erigen como pilares en virtud de los cuales los opositores de los delitos de peligro abstracto han fundamentado sus quejas; no obstante, tales quejas pretenden detener la modernización del DP limitándolo a un ámbito nuclear que, desde una perspectiva liberal, no puede comprender nuevas realidades vitales en el desarrollo social actual (Peña, 2007).

2.2.4. Delitos de peligro abstracto

Desde una concepción liberal de bien jurídico, su entendimiento se delimita únicamente a un aspecto nuclear dentro del cual solo cabe la lesión del interés u objeto protegido. Es así como, la dogmática penal liberal seguía este paradigma en la construcción de sus postulados, por lo que, en la protección de intereses como la vida el cuerpo y la salud, requerían una lesión que reduzca las capacidades del titular en su despliegue cotidiano (Mir, 2008).

Empero, el DP moderno comprende otra clase de conductas como delitos pues incorporó la omisión, los injustos imprudentes, los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro con el fin de alcanzar objetivos político-criminales trazados previamente y que, desde un punto de vista funcionalista, determinan el contenido y alcance de las categorías dogmáticas que componen la Teoría del Delito (Hassemer, 1992). Además de lo descrito, también es

necesario destacar la posición de garante que se le otorga al agente frente a determinadas situaciones (Barata, 2002).

A tenor de lo expuesto líneas atrás, la aparición de nuevos riesgos supone un cambio de paradigma del DP en donde el marco de punibilidad se expande significativamente. De ahí que, la imputación de una conducta no se sustenta en la lesión de un bien jurídico, sino en su sola puesta en peligro debido a la naturaleza de la conducta desplegada en el plano fáctico (Zuñiga, 2019). Lo dicho puede denominarse aptitud de ofensa y consiste en la determinación de una alta probabilidad de lesión al bien jurídico.

El cambio de un enfoque preventivo especial a uno preventivo general que actúa sobre nuevos focos generadores de riesgo colectivo se produjo a causa del cambio de modelo estatal liberal a uno social de Derecho. En virtud de lo descrito, surgen los tipos penales de peligro como respuesta político-criminal ante situaciones que escapan a los clásicos tipos penales de lesión; la creación de bienes jurídicos colectivos supuso la necesidad de protegerlos mediante estimaciones de su posible lesión (Schünemann, 2009).

Bacigalupo (1999) por su parte, refiere que, en esta clase de delitos, la conciencia del peligro para la colectividad no configura parte del dolo. Así, sustenta que la naturaleza del peligro posee una presunción *iure et de iure* con lo cual no se acepta prueba en contrario, para superar tal objeción es necesario comprenderla

como presunción *iuris tantum* a fin de que se pueda acreditar la falta de peligro con el despliegue típico.

2.2.5. La publicidad engañosa

Para comprender a la publicidad engañosa, es necesario, primero, entender el nuevo contexto que las sociedades actuales están atravesando. Al respecto, es evidente el traspase de un Estado liberal a uno social, en virtud de que, las actuales necesidades generales de la población requieren una mayor incidencia estatal y en el que, además, la Administración Pública es quien dispone de los recursos públicos en pro del beneficio de los ciudadanos (Borja, 2011).

Este nuevo contexto, genera a su vez, un mayor desarrollo empresarial debido al avance económico generado a partir de la aplicación de leyes de la libre competencia y de mercado. Empero, dicho desarrollo empresarial, acarrea necesariamente situaciones desventajosas en favor de las empresas y en perjuicio de las demás partes intervinientes en la actividad económica, como lo son los consumidores (Stampa y Bacigalupo, 1980).

Así, las expectativas e intereses de la ciudadanía en la obtención de bienes y servicios no pueden verse lesionados -al menos potencialmente- debido al desarrollo de un ejercicio empresarial que no es regulado de manera adecuada por el ordenamiento jurídico (Stampa y Bacigalupo, 1980). Sobre ello, la vigencia de la libre competencia no se opone a que se apliquen reglas que

restringan o al menos busquen evitar situaciones de desventaja en menoscabo del consumidor (Chávez, 2016).

No obstante, lo hasta aquí desarrollado no implica que la intervención estatal se realice de modo arbitrario o autoritario, sino que, por el contrario, se busca proteger un estado de equidad entre el desarrollo ciudadano y la posición cada vez más hegemónica de las empresas en las relaciones económicas (Mir, 1994). En tal sentido, el libre mercado y la libre competencia no constituyen un fin en sí mismos, sino que se someten al bienestar general de la ciudadanía (Tamarit, 1990).

Ahora bien, el amplio ámbito de competencia generado en las últimas décadas transforma la medida en la que los productos son ofertado en los actuales mercados, pues el objetivo de las empresas es el de llegar a la mayor cantidad de espectadores mediante la utilización de distintas y diversas técnicas comunicativas (Chávez, 2016). Al respecto, *prima facie*, la idea de la publicidad como medio para transmitir información sobre un determinado producto no resulta negativa pues facilita en la toma de decisión del consumidor (Benavides, 2012).

Sin embargo, la utilización de la herramienta publicitaria requiere producir en el receptor una fuerte impresión capaz de convencerlo de adquirir determinado bien o servicio (Benavides, 2012). Por lo tanto, la publicidad se erige como un medio de suma importancia en el actual desempeño económico, pues la venta de muchos

productos depende de cuando bien publicitados se encuentren y de la manera más adecuada que encuentren de llegar al público consumidor (Benavides, 2012).

En pro de alcanzar tales objetivos, es necesario que la publicidad se sirva de los actuales medios de difusión masiva para que su mensaje llegue a la mayor cantidad de posibles consumidores (Chávez, 2016). Por consiguiente, hoy en día la Publicidad se ha convertido en un esquema sistémico de gran obscuridad que se halla interrelacionado e interconectado en la práctica mediática y comercial (Chávez, 2016).

Desde entonces, resulta mucho más sencillo que mediante tales técnicas publicitarias se pueda inducir o buscar inducir en error al receptor final del mensaje. Lo dicho ejemplifica a la publicidad engañosa, pues esta supone que se utiliza la herramienta de publicidad hasta aquí descrita en *pro* de comercializar sus productos mediante la presentación u omisión de las reales características que los revisten a fin de convencer al consumidor de comprarlo.

A. Regulación en Perú

La regulación de la publicidad engañosa en Perú queda circunscrita al D. Leg. N.º 1044 el cual se incluyó en el contexto de la firma del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Los Estados Unidos de América. Así, según consta en la exposición de motivos del decreto legislativo sub exánime, este responde

a una necesidad de uniformizar los distintos cuerpos normativos que regulan lo correspondiente a la defensa del Consumidor y la Libre Competencia.

En tal sentido, dicho cuerpo normativo abarca distintos factores referidos desde la defensa del actual sistema económico hasta la defensa del consumidor ante actos de engaño o competencia desleal de las empresas intervinientes en la actividad económica. De esta manera, establece tres tipos de faltas: leves, graves y muy graves, cuyas sanciones alcanzan incluso las 700 unidades de imposición tributaria. Es así como, mediante el artículo 8, regula lo concerniente a los actos de engaño, exponiendo que:

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.

Del mismo modo, resulta conveniente traer a colación lo expuesto en la segunda disposición derogatoria del D. Leg. La cual decide derogar el artículo 238 del Código Penal referido a la Publicidad Engañosa. Sobre ello, la exposición de motivos de tal decreto hace alusión de que la conducta típica derogada no supone en principio un delito económico, así como tampoco

una situación de riesgo que justifique la intervención del Derecho Penal.

B. Regulación en el Derecho comparado

A continuación, se analizará la regulación de la publicidad engañosa en países cuya influencia ha sido muy marcada en la conformación de la tradición jurídico-penal nacional, de este modo, siguiendo una corriente euro-continental, resultó pertinente analizar las legislaciones de: Alemania, España y Francia.

a. Alemania

En el país bajo comentario la publicidad comercial queda regulada por medio de la ley contra la competencia desleal de junio de 1909, concretamente en los arts. 4 y 5. La sanción que dicha ley impone ante la comisión de esta clase de delitos comprende de manera alternativa la imposición de una pena privativa de libertad -que puede llegar hasta los dos años de prisión- o una pena de multa (Sánchez, 1997).

La legislación alemana se fundamenta sobre la presencia de contenido no ajustado a la realidad que cuenta con la capacidad de hacer incurrir en error al consumidor final de la publicidad anunciada. *Contrario sensu*, si no puede evidenciarse la cualidad publicitaria para inducir a error al consumidor, la conducta será tratada como infracción civil y no penal (Chávez, 2016).

Con ello, la configuración del delito de publicidad engañosa en el país teutón distingue dos momentos claramente diferenciables. El primero tendiente a los elementos objetivos verificables que componen el anuncio en cuestión, mientras que el segundo se encuentra relacionado con la percepción que cada consumidor posea respecto al mensaje contenido en el anuncio (Sánchez, 1997).

Como es de notar, la ley bajo comentario, a pesar de su denominación, también guarda un rol tuitivo frente al consumidor, en especial por la gravedad de la sanción a aplicar, la cual se fundamenta en el principio de veracidad que reviste la publicidad. Asimismo, también protege a los demás competidores, pues se enfoca en perseguir conductas que afectan los elementos que componen el libre mercado.

Tras la modificación de la ley en 2010, la pena alternativa de multa o prisión subsiste, sin embargo, dicha penalidad fue trasladada al art. 16 de la misma ley; quedando contenido en los arts. 4 y 5 a la determinación de la ilicitud y “los elementos o circunstancias sobre los que debe recaer la información falsa” (Chávez, 2016, p. 105).

b. España

En España, a diferencia de la legislación alemana, la publicidad engañosa se encuentra tipificada en el CP en los siguientes términos:

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.

De la fórmula legal expuesta, se puede advertir que, al igual que en el caso alemán, la sanción penal correspondiente es alternativa entre pena de multa o pena privativa de libertad. La legislación del país ibérico se centra en comprender a la publicidad engañosa desde su cualidad para inducir a error al consumidor final (Sánchez, 1997).

Asimismo, dicha legislación tiene en cuenta la posibilidad de que en la comisión de esta conducta exista un concurso de delitos por lo cual, la imposición de la pena prevista no perjudica que copulativamente se apliquen otras sanciones penales (Sánchez, 1997).

c. Francia

La conducta que mediante la presente tesis se pretende incorporar al CP, es recogida por primera vez en Francia mediante una ley especial denominada “Ley de Finanzas” del 2 de julio de 1963. Dicho instrumento normativo, fue

modificado posteriormente en dos ocasiones, quedando vigente en la actualidad la Ley N.º 93-949, la cual fue modificada en 2008 (Chávez, 2016).

La naturaleza de la conducta prohibida consiste en presentar una publicación que no sea verídica al momento de su presentación, alegación o indicación con la capacidad de inducir a error en el consumidor. Sin embargo, la legislación francesa posee dos normas distintas pero que se hallan interrelacionadas, estas son: i) la ley de consumo; y, ii) la ley de propiedad intelectual.

Cuando se trata de una conducta que pretende engañar al consumidor en cuanto a la cualidad del bien o servicio ofertado se aplica la ley de consumo, mientras que, cuando se dé el caso de un anuncio cuyo contenido le corresponde a otra marca o cuya patente no le pertenezca de deberá aplicar la ley de propiedad intelectual.

2.3. ASPECTOS NORMATIVOS

Se entiendo por aspectos normativos al conjunto de leyes y demás normas con rango inferior equivalente o superior que componen el problema de investigación. No obstante, dado que en los subcapítulos precedentes algunas leyes ya han sido tratadas, en lo sucesivo el análisis quedará delimitado por lo concerniente al Código de Protección y Defensa del Consumidor.

2.3.1. Código de protección y defensa del consumidor

La protección al consumidor ya era un tema de amplio debate en Estados Unidos hacia 1962, en ese sentido, Echáis (2012), sostiene que allí surge una corriente política tendiente a salvaguardar tales derechos, la cual se expandió a Europa y América latina. Así, tal protección finalmente arribó a Perú hacia 1991, mediante la expedición del Decreto Legislativo 716. Posteriormente, en 1992 se creó la comisión de defensa del Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Al respecto, es notorio el cambio de panorama que, tras la segunda mitad del siglo XX, se está viviendo en las sociedades occidentales por cuanto se parte de la noción de que hay un desbalance informativo entre los consumidores y las personas jurídicas con fines de lucro que brindan bienes y servicios para consumo de los primeros (Echáis, 2012). Por tanto, es necesario un rol tuitivo estatal que busque equiparar tales condiciones en defensa del consumidor final, el cual puede ser incluso una persona jurídica (Resolución Indecopi 422-2003/TDC).

La Protección al Consumidor en el Perú tiene rango constitucional, comprendido en lo relativo al capítulo económico; así, el artículo 139, núm. 5 sostiene que:

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal 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.

En consecuencia, de tal mandato constitucional se desprenden al menos tres funciones que el Estado debe cumplir para con los consumidores: a) el cumplimiento de una función proteccionista en favor del consumidor; b) el deber de garantizar los datos anunciados sobre el precio o cualidades de los bienes o servicios ofertados; y, c) la protección de bienes jurídicos supraindividuales, como la salud e integridad de los consumidores.

En relación con lo indicado, Quispe (2007) sostiene que existe una asimetría entre los intereses empresariales y los de la ciudadanía, debido a que, la primera busca maximizar ganancias, mientras que los segundos buscan la obtención de un bien o servicio de buena calidad o que se ajuste a sus necesidades económicas. En virtud de ello, hay una posición desigual entre ambos actores económicos en desventaja de los consumidores, en especial por las actuales y agresivas técnicas publicitarias actualmente utilizadas.

Así, el artículo 13 de la Ley 29571 define lo que debe entenderse por Publicidad Engañosa a efectos de ser sancionada por el tribunal de Indecopi. De esta manera, la redacción legal aquí tratada sostiene que:

(...) Es publicidad engañosa o falsa la que (sic) de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducir a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado;

o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Del mismo modo en su artículo primero, el actual Código de Defensa y Protección del Consumidor regula lo concerniente a los derechos de los consumidores, de entre los cuales conviene destacar el relativo al acceso a una información oportuna, suficiente y veraz que garantice la toma de una decisión adecuada que se ajuste a sus intereses.

2.4. ASPECTOS OPERACIONALES

A. Publicidad Engañosa

En la presente tesis la Publicidad Engañosa será entendido según la definición brindada por el artículo 13 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual la conceptualiza como aquella publicidad falsa que, “De cualquier manera, por presentación u omisión de información relevante induzca o pueda inducir a los consumidores respecto al origen, modo de distribución, características o cantidad del producto ofertado”.

B. Fundamentos Político-Criminales

Para efectos de la tesis desarrollada, se entiende como fundamentos político-criminales aquellos argumentos esgrimidos en virtud de una necesidad fáctica de la sociedad organizada de lidiar de manera adecuada contra la creciente criminalidad económica, específicamente

en lo referido a la comisión de conductas de Publicidad Engañosa por parte de las empresas como actores económicos.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En el capítulo aquí tratado, la construcción de la tesis ha tenido como punto de partida el tipo de investigación realizada. De este modo, en el desarrollo de cada subcapítulo, se aplicó como método general el deductivo, mientras que como método jurídico la dogmática. El primero se utilizó al momento de estudiar elementos generales que componen cada categoría del problema, incluyendo doctrina relevante y derecho comparado, para así poder arribar a deducciones específicas relativas al problema de investigación.

Por su parte, el método dogmático fue empleado al momento de interpretar conceptos tales como: administrativización del DP, actividad publicitaria, protección al consumidor y conducta típica bajo el marco constitucional vigente. Del mismo modo, se aplicó el método dogmático en la exégesis del D. Leg. 1044 y su exposición de motivos. Así, la contrastación de hipótesis queda compuesta por cuatro subcapítulos tendientes a determinar que cada uno de los fundamentos expuestos en la hipótesis justifican la incorporación de la publicidad engañosa como delito económico en el CP.

Es así como, en la estructura de los subsiguientes epígrafes, se puede evidenciar dos momentos, el primero tendiente a describir la actual situación fáctica social que configura el DP, mientras que el segundo busca explicar cómo dicha situación de hecho justifica la tipificación de la publicidad engañosa como delito económico. En consecuencia, se desarrollaron cada uno de los objetivos específicos propuestos con la finalidad de determinar que los fundamentos

político-criminales para tipificar a la publicidad engañosa como delito económico consisten en:

3.1. ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y PROTECCIÓN DE NUEVOS BIENES JURÍDICOS

La administrativización del DP como fenómeno jurídico constituye una manifestación de la actual tendencia legislativa orientada a tipificar conductas como delitos que vulneran intereses de carácter supraindividual que rompen con el paradigma clásico del DP. Ante ello, en los subsiguientes epígrafes se pretende advertir que lo detallado no resulta siempre negativo, sino que, por el contrario, existe un ámbito racional de expansión del DP a partir de la teoría presentada en el capítulo anterior.

A fin de explicar lo descrito, es necesario comprender de qué manera la administrativización del DP no solo explica, sino que justifica, la incorporación de nuevas conductas delictivas de peligro abstracto. Frente a dicho objetivo, corresponde tratar tres tópicos en específico: i) la conformación de nuevas realidades; ii) el cambio de perspectiva del DP, y iii) la relación entre DP y DAS.

El desarrollo de lo descrito tiene como objetivo determinar la incursión de sanciones administrativas en el ámbito de expansión del DP sin que ello implique necesariamente la relativización de las reglas de imputación, ni la afectación de principios básicos del DP, como los de: fragmentariedad, proporcionalidad y lesividad. Así, lo desarrollado en las subsiguientes páginas describe la presencia de un margen de expansión del DP dentro del

cual cabe incorporar nuevas conductas delictivas consideradas hasta hoy infracciones administrativas.

3.1.1. Conformación de nuevas realidades

El desarrollo del presente subcapítulo tiene como propósito evidenciar la presencia de un nuevo contexto caracterizado por el surgimiento de sociedades globales. De este modo, la composición de las próximas páginas está orientada a determinar de qué manera los avances tecnológicos y científicos, aunados a cuestiones políticas, sociales y culturales configuran lo que Beck (1986) denomina la sociedad del riesgo y cómo el Perú forma parte de ello.

Entender la conformación de nuevas realidades, requiere comprender que las ideas de progreso y producción en las cuales se sustentaban las sociedades industriales han ido mutando con el devenir de cambios tecnológicos, geográficos, políticos y culturales (Zaffaroni, 2011). De este modo, el paradigma clásico de las sociedades industriales, que desde el s. XIX tuvo como fundamento el sometimiento de la naturaleza y la percepción de progreso en la concreción de sus fines, se ve desplegado por nuevos riesgos devenidos a consecuencia de dicho sometimiento (Zaffaroni, 2011).

Así, el desarrollo industrial trajo consigo un peligro global a causa de acciones humanas en la administración de nuevas tecnologías; concretamente, el accidente nuclear de Chernóbil en 1986 cambió

radicalmente el panorama social -al menos en Europa- de millones de personas que quedaron expuestas a niveles peligrosos de radiación (Beck, 1986); desde allí, la comprensión de una posible catástrofe mundial producida por acciones humanas se acrecentó, modificando radicalmente la comprensión del riesgo en las teorías sociales (Beck, 1986).

Esta nueva concepción del riesgo se desarrolla en medio de un contexto en el cual las premisas que sustentan a las sociedades industriales también están cambiando; así, se presenta una transformación en el significado de las estructuras clásicas del pensamiento como el entendimiento de la ciencia, el género, la producción industrial, el rol de la humanidad frente al medio ambiente, etc. (Silva, 2001). Cabe deducir entonces que las realidades en las cuales se desarrolla el ser humano no son estáticas, sino dinámicas y volátiles, pues su permanencia depende de situaciones y valoraciones propias de cada época y contexto.

Ahora bien, el cambio social que desde las sociedades industriales ha ocurrido resulta evidente, en especial porque desde la segunda mitad del s. XX en adelante la economía global se caracterizó por la dependencia de los sectores terciarios, cuaternarios y quaternarios; es decir, la industria no fue el sector preponderante durante este tiempo (Bernal, 2013). Asimismo, cabe agregar que las finanzas y el orden económico han alcanzado un nivel tan elevado de sofisticación que en ocasiones los efectos producidos en un

determinado territorio tuvieron como origen una decisión asumida a miles de km de distancia (Silva, 2001).

Así, por ejemplo, la crisis de los mercados globales a causa de la ocupación rusa en Ucrania ha terminado repercutiendo directamente en Latinoamérica, en especial en los precios de los hidrocarburos y harinas (OMC, 2022). En el mismo sentido, la pandemia de COVID-19 generó riesgos de naturaleza global, debido a que la República Popular China no cumplió con prevenir los peligros epidemiológicos advertidos por la Organización Mundial de la Salud en el 2004 (OMS, 2021).

Por ende, al no haberse tomado las decisiones adecuadas en el momento preciso, los efectos producidos fueron masivos, incluso para nuestro país, tanto en factores humanos como sociales y económicos (BCRP, 2021). De todo ello, cabe concluir que el elemento humano en el manejo de la industria, la economía, la política, la tecnología, etc. resulta fundamental, ya que su inobservancia puede significar la afectación de miles (o incluso millones) de personas quienes dependen de manera directa o indirecta de su adecuado desarrollo (Beck, 1986).

Asimismo, no se puede negar que el actual modelo de producción fomenta el excesivo consumo y en muchas ocasiones ha privilegiado intereses económicos por sobre intereses medioambientales o de protección de los Derechos humanos (Zaffaroni, 2011). De este modo, durante la pandemia de COVID-

19, a pesar de que la Ley General de Salud faculta la utilización de medios privados para el control de la emergencia sanitaria, las clínicas privadas exacerbaron sus precios sin que en la realidad se hayan asumido mayores medidas (Unicef, 2021).

En tal sentido, son dos las características que resaltan en las sociedades posindustriales; la primera es que se manifiesta un riesgo de índole global y la segunda consiste en la primacía de intereses mercantiles por sobre el bienestar colectivo. El problema entonces no queda constituido solo por presencia de riesgos globales, sino también por su adecuada distribución, pues en la práctica ello no resulta equitativo dado que fomenta el incremento de brechas sociales, culturales, de género y económicas (Beck, 1986).

Lo expuesto produce un aumento de la marginalidad en la vida cotidiana lo cual termina acrecentando los niveles de violencia y por ende tiene incidencia en la delincuencia común. Aunado a ello, también se generan nuevas redes de clientelismo y corrupción tanto en sectores públicos y privados, que se sirven de dicha marginalidad para alcanzar sus fines; v. gr., cuando un candidato valiéndose de la percepción ciudadana de inseguridad se presenta a un cargo público con el único objetivo de obtener un rédito personal.

Cabe deducir entonces que el Perú no es ajeno a la *post* industrialización del mundo moderno, más aún cuando sus efectos

tienen incidencia directa en la vida de sus ciudadanos; en especial porque tras el fin de las restricciones por la pandemia, las brechas sociales y el nivel de pobreza han aumentado (BCRP, 2021). En consecuencia, todo lo expuesto sirve como caldo de cultivo para un nuevo entendimiento del Derecho, pero en particular del DP; por lo que las siguientes líneas están avocadas a tratar tal tópico.

3.1.2. Cambio de perspectiva del Derecho penal

El objetivo del presente epígrafe consiste en identificar cómo la situación social descrita previamente configura un nuevo ámbito de desarrollo del DP a partir del acrecentamiento de nuevos tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos. Para ello, fue necesario analizar los cambios actuales en la política-criminal legislativa debido a la prevalencia de la prevención general como fin de la pena y así determinar el modo en que ello condicionó la incorporación de delitos de peligro abstracto en nuevos espacios criminalmente relevantes.

De esta manera, la evolución de la política-criminal en las sociedades posindustriales se desarrolla en un nuevo contexto en donde la presencia de nuevas tecnologías y formas de producción contribuyen en gran medida en la aparición de nuevas formas de criminalidad, solo que ahora, la repercusión de dicha criminalidad tiene efectos masivos que afectan intereses generales. Por ende, el papel que juega el ser humano en el manejo de las comunicaciones, la informática, la química, etc., incrementa el

peligro para los ciudadanos en su calidad de consumidores, pensionistas, accesitarios a servicios públicos, etc.

De ahí que, la manera en cómo se cometen delitos también supone un cambio en la comprensión del DP, pues los resultados lesivos que de la delincuencia informática o el crimen organizado surgen no resultan tan sencillos de imputar en virtud de la extensión de sus efectos (Silva, 2001). Por consiguiente, la construcción de las categorías delictivas se deriva de una nueva perspectiva político-criminal que a su vez se corresponde con un panorama posestructuralista, en tanto se relativizan estructuras clásicas de la teoría del derecho⁹.

En virtud del panorama descrito, cabe inferir que en la actualidad existe una clara tendencia expansiva del DP. No obstante, la presencia de dicha expansión también puede suponer un crecimiento irracional del *ius puniendi* estatal que, en muchas ocasiones, responde a necesidades políticas inmediatas (Zaffaroni, 2011); v. gr., cuando se incrementan las penas en delitos comunes, dejando de lado el aspecto preventivo de la sanción penal o cuando se crean conductas difíciles de imputar que solo cumplen un fin simbólico.

⁹ El art. 26 del Tratado de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un claro ejemplo de lo indicado, pues allí se exige que cada país miembro adecue su legislación interna para otorgar responsabilidad penal a las personas jurídicas, relativizando el contenido ontológico de la acción como categoría delictiva.

En el Perú, desde la entrada en vigor del CP de 1991 se puede sostener que la política-criminal estuvo caracterizada por la prevalencia de la prevención general como fin de la pena. Sin embargo, dicha prevalencia puede ser observada desde una doble perspectiva; una relacionada a la delincuencia común, mientras que la otra abocada a la protección de intereses generales. Para efectos de la investigación desarrollada corresponde centrar el análisis en lo correspondiente a la regulación de conductas que protegen bienes jurídicos colectivos.

Tabla 1
Leyes modificatorias del CP y CPP entre los años 2000-2020

| Ley N.º | Detalle | Bien jurídico protegido |
|--|---|---|
| Ley N.º 28008 (del 13 de junio de 2003) | Deroga la Ley N.º 26461 y, a diferencia de esta, tipifica al financiamiento de delitos aduaneros como conducta típica independiente. | Correcto funcionamiento del sistema de recaudación y gasto. |
| Ley N.º 27765 (del 20 de julio de 2002) | Mediante la cual se regula lo concerniente al lavado de activos, tipificando para ello las conductas de: conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas. | El orden económico y la licitud de los bienes de circulación. |

| | | |
|--|---|---|
| Ley N.º 28492 (del 18 de marzo de 2005) | Reprime el delito de prevaricato. | El correcto funcionamiento de la administración pública. |
| Ley N.º 28842 (del 10 de julio de 2006) | Incorpora el delito de funcionamiento ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas (art. 243-C del CP) considerado hasta entonces como infracción administrativa. | El orden económico y la libre competencia. |
| Ley N.º 29263 (del 02 de octubre de 2008) | Reforma los arts. 224, 218 y 221 del CP, además de incorporar los arts. 220-A, 220-B, 220-C, 220-D y 220-F relativos a la defensa de la propiedad industrial y derechos de autor; asimismo modifica lo relativo a delitos medioambientales. | Derechos de autor y el medio ambiente. |
| D. Leg. N.º 1034 (del 25 de junio de 2008) | Deroga los delitos económicos contenidos en los arts. 232, 233 y 241, inc. 3 del CP. | El orden económico y la libre competencia. |
| D. Leg. N.º 1044 (del 26 de junio 2008) | Deroga los delitos contenidos en los arts. 238, 239 y 240 | El orden económico, la libre competencia y la protección al consumidor. |
| Ley N.º 29574 (del 17 de diciembre de 2010) | Decide adelantar la vigencia del CPP (2004) para delitos regulados en las secciones II, III y IV del Cap. II del tít. VIII del CP (arts. 382 al 401). | El correcto funcionamiento de la administración pública. |

| | | |
|--|--|---|
| D. Leg N.º 1106 (del 18 de abril de 2012) | Deroga la Ley N.º 26765, para incorporar un nuevo marco normativo del delito de Lavado de Activos | El orden económico y la licitud de los bienes de circulación. |
| Ley N.º 30111 (del 25 de noviembre de 2013) | Incorpora la pena de multa en delitos cometidos por funcionarios públicos; en consecuencia, modifica los arts. 82, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del CP. | El correcto funcionamiento de la administración pública. |
| Ley N.º 231040 (del 28 de agosto de 2020) | Incorpora los arts. 232 y 233 en el CP; asimismo, modifica los arts. 234 y 235 del CP. | El orden económico y la libre competencia. |

De la información presentada, se puede concluir que, desde la incorporación del CP de 1991, son tres los bienes jurídicos que han cobrado protagonismo, los cuales son: la administración pública, el medio ambiente y el orden económico. Sin embargo, en virtud del objetivo que aquí convoca, es decir, la determinación de fundamentos político-criminales para regular una conducta como delito económico, en los párrafos siguientes se hizo mayor énfasis en el desarrollo político-criminal económico de la legislación nacional.

En ese orden de ideas, es evidenciable que existe una oscilación valorativa entre delitos económicos e infracciones administrativas por cuanto conductas desde antaño considerados delitos, hoy en día constituyen meras infracciones sancionadas por INDECOPI,

yendo incluso en contra de la tradición euro-continental de la cual se ha inspirado nuestro ordenamiento jurídico-penal. Por el contrario, conductas consideradas históricamente como infracciones administrativas han adquirido relevancia penal¹⁰.

Por su parte, los planes político-criminales de las últimas décadas han tenido como estrategia legislativa la persecución de ilícitos penales cometidos en contra de la administración pública, creando para ello juzgados y fiscalías especializadas además de incorporar nuevas conductas punibles; como lo expresa la Ley N.º 29574, en la cual se decide adelantar la vigencia del CPP en esta clase de delitos. No obstante, se ha dejado de lado el desarrollo en la persecución de otros tipos penales de los cuales su comisión resulta gravosa para el orden económico.

Los decretos legislativos N.º 1034 y 1044 evidencian lo expresado, pues a partir de lo allí dispuesto se decide derogar tipos penales económicos. De ahí que, el acaparamiento y el abuso de la posición de dominio en el mercado se sustrajeron de la esfera criminal¹¹. En consecuencia, si bien la política-criminal legislativa en el Perú guarda una tendencia hacia la protección de bienes jurídicos colectivos, es cierto que en lo relativo a la criminalidad económica

¹⁰ Con ello se hace referencia al delito de funcionamiento ilegal de casinos, incorporado al CP por medio de la Ley N.º 28842

¹¹ A pesar de ello, dichos delitos fueron reincorporados al CP, aunque con ciertas modificaciones que limitan su aplicación, v gr. la nueva regulación del Acaparamiento se circunscribe únicamente a bienes y servicios esenciales para la vida y salud de las personas.

conductas con la potencial capacidad de causar una lesión del bien jurídico penal han sido dejadas de lado¹².

Otro aspecto que destacar consiste en el incremento de nuevas figuras delictivas de peligro abstracto. Según se observa en la tabla presentada, la legislación político-criminal de las últimas décadas guarda esa tendencia, ya sea creando nuevos delitos o agravando las consecuencias penales¹³. De este modo, dichos cambios no continúan un derrotero previamente trazado, sino que responden a cuestiones circunstanciales de diversos matices que pueden ir desde lo geográfico hasta lo político.

Es menester destacar entonces que la construcción que el DP ha tenido no es una concreción teleológica que busca dotarle de coherencia metodológica a sus postulados, sino que, responde a cuestiones sociales, culturales y políticas que en la práctica determinan el contenido de sus instituciones. De esta manera, surgen los delitos de peligro como medio para regular nuevas realidades; sin embargo, la inclusión de tales conductas puede colisionar con principios como el DP de acto, el de culpabilidad e incluso con el principio de lesividad.

¹² Lo expresado se refiere a los delitos antaño contenidos en los arts. 238, 239 y 240 del CP, consistentes en: informaciones falsas sobre calidad de productos, venta de bienes o servicios diferentes a los anunciados y aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial.

¹³ Así lo evidencia la Ley N.º 30111, en donde se decide incorporar la pena de multa para delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración Pública.

Lo hasta aquí desarrollado sirve para deducir que el ordenamiento jurídico nacional también ha sufrido una transformación conforme aparecen nuevas realidades que intervienen en las relaciones sociales. Por lo tanto, ello constituye una cualidad perteneciente al estado del ser, es decir, una situación de hecho que va más allá de cuestiones valorativas y de las cuales la teoría solo puede describir, explicar, proponer o correlacionar categorías previamente establecidas.

Para efectos de la presente investigación, lo que se pretendió con lo hasta aquí resuelto consistió en describir de qué manera -más allá de la actual tendencia minimalista del DP- en la realidad existe una efectiva expansión de los límites jurídico-penalmente relevantes y que el Perú no es ajeno a dicha realidad, sino que, la efectiva aparición de nuevos riesgos ha determinado el cambio de la política-criminal en la protección de nuevas necesidades ya consolidadas.

3.1.3. Derecho administrativo sancionador y Derecho penal

La actual situación del DP descrita líneas arriba genera lo que Silva (2001) denomina administrativización del DP, en tanto características inherentes al DAS son asimiladas en la configuración de nuevos tipos penales; sin embargo, dicho autor enfatiza que sí cabe tal asimilación únicamente cuando se trata de conductas con la capacidad de generar un riesgo jurídico-penalmente relevante de manera independiente.

En consecuencia, el objetivo de los siguientes párrafos consiste en determinar de qué modo la propuesta de Silva (2001) es también aplicable en la configuración de la publicidad engañosa como delito económico.

Cuando Silva (2001) sostiene que características relativas al DAS son asumidas por el DP, se refiere en específico a que el acrecentamiento de los límites punitivos relevantes, en donde hay una desvaloración de la conducta *ex ante* con el fin de evitar la causación de conductas potencialmente lesivas de bienes jurídicos colectivos, genera “una transición del modelo de protección de bienes individuales al modelo de delito de peligro presunto para bienes supraindividuales” (p. 121).

Cabe preguntarse entonces de qué modo dicha asimilación se materializa. La protección de condiciones cada vez más genéricas convierte al DP en un modelo de gestión de peligro más que en un medio para la protección de bienes jurídicos, por lo tanto, se puede afirmar que el DP se ha “administrativizado” (Silva, 2001, p. 123).

Tal aseveración se sustenta sobre el hecho de que el DAS es un instrumento para la ordenación en la gestión de la Administración Pública, de modo que, el injusto administrativo tiene como fundamento la afectación de “modelos sectoriales” (Silva, 2001, p. 126). Por ende, la diferencia entre DAS y DP, no solo reside en una diferencia cuantitativa del injusto, sino que, en su valoración,

radican cuestiones materiales que evidencian una diferencia cualitativa.

En ese orden de ideas, el injusto administrativo no justifica la imposición de una sanción en función a una lesión efectiva de un bien jurídico protegido (principio de lesividad), sino que, se basa en una consideración *ex iniuria tertii*, es decir, una situación de peligro global que no presupone de manera efectiva un potencial resultado dañoso. Por consiguiente, la consecuencia jurídica se aplica para situaciones que, en abstracto, cometidas de manera general y repetida, tienen la potencial capacidad de producir un resultado relevante para el DAS.

Bajo el prisma de dicho razonamiento cabe notar que el CP en el art. 243-C tipifica el funcionamiento ilegal de juegos de casino y tragamonedas como delito económico¹⁴. Siguiendo un enfoque funcionalista teleológico del DP, la conducta en cuestión debe ser capaz de producir una lesión al bien jurídico, en este caso, el orden económico. En consecuencia, corresponde analizar si cada persona que de manera individual incurra en lo descrito por el tipo penal será capaz de lesionar la libre competencia, los procesos de egresos e ingresos estatales o la libre formación de precios.

¹⁴ El que organiza, conduce o explota juegos de casino y máquinas tragamonedas, sin haber cumplido con los requisitos que exigen las leyes y sus reglamentos para su explotación, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, con trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación para ejercer dicha actividad, de conformidad con el inciso 4) del artículo 36 del Código Penal.

Visto desde un nivel *macro*, el funcionamiento ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas no presupone una grave afectación de los elementos que componen al orden económico como bien jurídico protegido, pues de la redacción típica utilizada, la capacidad lesiva del delito cometido de manera independiente es ínfima; empero, cabe determinar si es que su comisión de manera generalizada y repetida tendría la capacidad de causar un perjuicio en el orden económico.

De ahí que, se pueda afirmar que el CP nacional también está atravesando un proceso de administrativización en la gestión de riesgos comprometiendo incluso su carácter fragmentario, debido a que la incorporación de nuevos tipos penales pretende administrar problemas sociales más allá de evidenciar un efectivo perjuicio hacia un bien jurídico, adquiriendo características propias del DAS.

Lo expresado se denomina también delitos de acumulación, en donde el fundamento material de su regulación radica en la concreta posibilidad de que una conducta cometida por una pluralidad de agentes sea capaz de producir una lesión jurídica criminalmente relevante. De este modo, se necesita comprobar dos aspectos; primero, determinar la posibilidad de que la repetición en la ejecución típica configure una lesión al bien jurídico; segundo, la concreta viabilidad de que dicha repetición se produzca.

Sin embargo, tal y como apunta Silva (2001), la fundamentación de un injusto penal que radica únicamente en la contingencia de que la acción sea ejecutada de manera general y repetida, atenta directamente contra el principio de proporcionalidad, en donde la imposición de una pena se sustenta en función al reproche del injusto, con lo cual, si la comisión del injusto por sí misma no resulta lesiva de bienes jurídicos de manera independiente no existe posibilidad de imponer la consecuencia jurídico-penal prevista.

A pesar de lo indicado, es cierto también que, dado el nuevo contexto posindustrial en el cual las empresas han adquirido un rol preponderante en las relaciones económicas, es necesaria la intervención del DP con el fin de cumplir un rol tuitivo frente a la protección del consumidor y la libre competencia. Empero, dicha incorporación debe estar condicionada a una desvaloración *ex ante* que determine el potencial lesivo de la conducta tipificada y que además no conlleve la imposición de una pena privativa de libertad.

Con lo dicho, no se pretende descartar la regulación de delitos de acumulación sino circunscribir su ordenación a un ámbito nuclear del DP, en donde se evidencie que la comisión de cada hecho de manera independiente (injusto penal) tenga la efectiva capacidad de generar una situación de riesgo que justifique la imposición de una pena (capacidad de reproche). Además, atendiendo a la naturaleza del injusto, la pena privativa no se erige como el mecanismo idóneo a aplicar, por lo que se requiere utilizar otros

mecanismos punitivos propuestos por el Derecho penal económico.

Lo hasta aquí resuelto se ubica en un plano del deber ser a partir de una teoría previamente desarrollada por Silva (2001). En ese sentido, cabe arribar a la conclusión de que existe un margen teórico para incorporar nuevas conductas que protegen bienes jurídicos supraindividuales sin que ello comprometa la eficacia de principios que sustentan el DP. En consecuencia, las próximas líneas están diseñadas para evidenciar que la utilización de publicidad engañosa supone un peligro inmediato para el consumidor.

3.2. NUEVAS TÉCNICAS PUBLICITARIAS Y EL PELIGRO PARA EL CONSUMIDOR

El arribo de sociedades posindustriales trajo consigo también un nuevo contexto en cuanto al consumo de bienes y servicios. En efecto, desde la segunda mitad del s. XX en adelante, el vertiginoso ascenso en la producción industrial ha generado cambios de la manera en cómo la población masiva ha tenido acceso a bienes y servicios antaño más escasos. El incremento en la producción requirió, en consecuencia, que la manera de presentarlos al público se vuelva más sofisticada, acudiendo a técnicas publicitarias.

La utilización de estas nuevas técnicas publicitarias se da en medio de un contexto en el cual el Estado tiene un rol menos preponderante en las relaciones económicas, delimitado por el modelo económico constitucional, es decir, un modelo de economía social de mercado. De ahí que, la intervención estatal económica debe delimitarse a la protección de factores como la libre competencia, protección al consumidor, los procesos de egresos e ingresos estatales o la libre formación de precios.

Tal como se indicó, la utilización de la publicidad generó una especialización de dicha área, la cual se encuentra tendiente a modificar comportamientos de la población masiva para generar un sentimiento de necesidad respecto a lo que se está presentando. Los intereses de quienes emiten la publicidad, sin embargo, no se corresponden necesariamente con los intereses de los consumidores. Por lo tanto, el objetivo aquí consiste en evidenciar un incremento en el peligro para el consumidor por medio del

uso de la publicidad y cómo dicha situación se agrava con contenido engañoso.

Para ello, en las siguientes páginas se desarrolló, en primer lugar, la utilización de nuevas técnicas publicitarias que están diseñadas para modificar el comportamiento humano. En segundo lugar, se analizó de qué manera dichas técnicas publicitarias conforman un nuevo contexto en el cual el consumidor se halla en desventaja frente a quienes emiten la publicidad. Finalmente, se analizan los casos más relevantes de publicidad engañosa a nivel nacional con el fin de identificar las cualidades de los agentes económicos que han incurrido en dicha práctica.

3.2.1. Nuevas técnicas publicitarias y comportamiento humano

Con el fin de desarrollar el objetivo propuesto, la finalidad de las subsiguientes páginas consiste en evidenciar de qué manera la publicidad opera en el cerebro humano con el fin de modificar conductas para así adquirir más mercancías y servicios sin reparar en su necesidad real. Para ello, fue necesario describir la evolución de la publicidad además de hacer énfasis en nuevas técnicas publicitarias como la publicidad emocional y el *neuromarketing*.

El incremento en la producción de mercancías y el alto grado de sofisticación de las relaciones económicas han dejado atrás la relación directa entre productor y consumidor, además de privilegiar la presencia de múltiples ofertantes (Feliu, 1984). Tales condiciones obligan a los comerciantes a presentar sus productos valiéndose de la publicidad como herramienta de ventas, la cual, también ha ido

evolucionando a la par de “las tecnologías de la información” (Chávez, 2016, p. 59).

En principio, la idea de publicidad para facilitar el acceso a la información de un determinado producto no es negativa, por el contrario, resulta algo positivo pues permite que el cliente cuente con un mayor repertorio informativo respecto a lo que pretende obtener. Sin embargo, la publicidad en los últimos años ha sufrido una transformación en el seno de las relaciones económicas, debido a una elevada financiación que ha terminado por especializarla como una rama independiente con un objetivo disuasivo (Santaella, 1981).

Para alcanzar dicho objetivo, la publicidad necesita llegar a un público masivo de manera constante para que pueda convencerlos de consumir lo que se está ofertando. Por lo tanto, se ha desprendido de su carácter accesorio como medio para cumplir un fin y en consecuencia ha adquirido un rol protagónico en las actuales relaciones económicas, en especial por medios de difusión masivos (Baudrillard, 1989).

El actual modelo publicitario ha evolucionado de modo que ha dejado atrás el modelo de ventas basado en la idea de propaganda que transmite las cualidades del producto, por uno en el cual se propugna la implantación de una ideología del consumo, creando en el espectador la idea de necesidad en la obtención de determinados bienes o servicios para sentirse realizado (Pignotti, 1976).

Cabe sostener entonces que la publicidad crea un sistema valorativo y lo transmite a los espectadores para que, en última instancia, estos accedan a bienes, productos y servicios sin caer en el reparo de si necesitan o no lo obtenido. La publicidad comercial se erige, en consecuencia, como un sistema de convencimiento de masas por medio de diferentes técnicas que tienden a incidir en la voluntad del sujeto para que acceda a consumir más (Biedma, 1997).

Teniendo en cuenta el contexto descrito, es necesario comprender de qué técnica se sirve la publicidad para cumplir sus fines, en ese sentido, el *marketing* ocupa un papel preponderante pues constituye el medio para llegar al espectador y facilitar el acceso de lo que se está ofertando. No obstante, el advenimiento de internet y el acceso a nuevos medios de comunicación masiva ha configurado un giro en la manera en la que el *marketing* opera (Martín, 2014).

Efectivamente, el paradigma publicitario actual ya no tiene como objetivo presentar las cualidades del producto para que las personas accedan a él, sino que pretende transmitir un sistema de valores que influyan en las personas de modo que se sientan en la necesidad de consumir, sin percatarse si dicho consumo es en realidad necesario. Para conseguir tal finalidad, el *marketing* se basa en cuatro principios fundamentales que son: la orientación, la segmentación, el *marketing* diferenciado y el posicionamiento (Tellis y Redondo, 2001).

Con lo expuesto, el *marketing* ha favorecido un estudio más holístico del mercado tras el cual se mide la potencialidad de ventas de un

producto, constituyéndose así en una herramienta inseparable de la publicidad en la concreción de sus fines. Aunado a ello, la utilización de medios como la televisión, el cine o internet produce indefectiblemente una comunicación global que permite la divulgación de publicidad en cada rincón del planeta (Chávez, 2016).

A. Publicidad emotiva

Llegado a este punto, conviene referirse a la publicidad emocional como estrategia de *marketing*, con la cual se pretende alienar al consumidor en la obtención de una expectativa de vida irreal para que así sienta que alcanzó sus objetivos de vida por medio del consumo. De esta manera, existen aportes psicológicos y sociológicos en el diseño publicitario cuya finalidad consiste en involucrar los sentimientos de los espectadores; lo cual ha obtenido la denominación de “investigación sicográfica” (Meyers, 1994, p. 22).

Este enfoque sicográfico se basa en la segmentación de los consumidores con el fin de obtener un perfil de cada segmento y así lanzar la publicidad adecuada que permita activar las emociones que al final determinan la voluntad del sujeto (Meyers, 1994). Ahora bien, el fin de la publicidad emocional no se agota solo con la venta del producto, sino que pretende mantener un estado de deseo que a la vez se sustenta en “una productividad virtualmente ilimitada, favorecida por la estructura técnica formada y la necesidad de dar salida a los productos” (Chávez, 2016, p. 63).

Comprobar la eficacia de las técnicas de publicidad hasta aquí descritas requiere de instrumentos pertinentes para su medición de modo que los especialistas puedan identificar tendencias y configurar nuevos modelos publicitarios. Tales mecanismos se clasifican en tres clases:

- a) **Cognoscitivos:** Se determinan en función a la capacidad del anuncio para llamar la atención del cliente (Martin 2014).
- b) **Afectivos:** Se hallan orientados a identificar la capacidad de un comercial para generar un cambio de actitud (Martín, 2014).
- c) **Conativos:** No solo mide el nivel de compra, sino también el efectivo cambio de comportamiento conforme se ha planeado (Martín, 2014).

De lo expuesto, se evidencia el papel primordial que ocupa la publicidad en nuestros días, puesto que, la idea respecto a la adquisición de un determinado producto es incluso anterior a la obtención del producto en sí, de ahí que surge la noción de publicidad como un fin en sí misma, es decir, la publicidad *per se* constituye el producto en tanto la existencia de una mercancía, servicio o marca dependen directamente de aquella (Meyers, 1984).

Este nuevo contexto publicitario se caracteriza por la prevalencia de la exaltación de emociones y la implantación de una idea en el consumidor respecto al producto que se está ofertando, pues su

objetivo radica en la alienación y la “búsqueda de aceptación social” (Chávez, 2016, p. 64).

Cabe afirmar entonces que la publicidad emotiva conduce los deseos del espectador con el ulterior objetivo de acceder a productos o servicios, debido a que tiene como punto de partida una perspectiva de análisis neurológico que entiende a las emociones como reacciones químicas y neuronales frente a diversos estímulos (Damasio, 2005).

La utilización de técnicas de psicología que giran en torno a la atención selectiva, inteligencia, personalidad, aprendizaje, percepción y, en especial, comportamiento, están relacionadas con la obligación publicitaria de crear necesidades artificiales en el consumidor (Guía, 1998). Estas necesidades gravitan a su vez en torno a la generación de estereotipos cuyo fin es que las personas se sientan adaptadas en la vida social por medio del consumo.

Los fines de convencimiento descritos no podrían efectivizarse si antes no se contara con mecanismos adecuados de difusión, en ese sentido, los medios de comunicación masiva como la televisión y las redes sociales constituyen la estructura por la cual se traslada el mensaje publicitario sirviéndose de imágenes y vídeos diseñados para captar la atención del cerebro y generar experiencias motivacionales en el receptor (López, 2007).

B. El *neuromarketing*

Habiendo entendido que el fin último de la publicidad es el condicionamiento del comportamiento de las personas en la obtención de productos y servicios, no se puede dejar de lado la herramienta más reciente denominada *neuromarketing*. Este nuevo enfoque se halla orientado a estudiar la actividad cerebral y los procesos neuronales, pero enfocado a los fines del *marketing* como el posicionamiento de marcas, diseño de productos, precios, comunicaciones y *branding*¹⁵ (Braidot, 2000).

Si bien esta rama de la publicidad aún no se halla del todo desarrollada debido a los altos costes que representa contar con personal altamente capacitado, si es cierto que en el diseño de la actual publicidad se han utilizado herramientas como: electromiograma, electrocardiograma, electroencefalograma, respuesta galvánica de la piel, eye tracking, etc. (Braidot, 2000).

En síntesis, cabe afirmar que la publicidad comercial actual genera estímulos sensoriales que actúan directamente en la psiquis del consumidor lo cual termina por modificar su comportamiento sin que este se dé cuenta. Ante ello, en lo sucesivo, lo que se pretende determinar es cómo lo desarrollado supone un incremento de peligro para el consumidor, en especial cuando se incurre en prácticas de publicidad engañosa.

¹⁵ Se entiende por *branding* a la gestión de marcas, esto es, el compendio de estrategias empresariales destinadas al posicionamiento, valores y propósito de una marca frente a la audiencia (Goldsack et al., 2022).

3.2.2. Incremento de peligro para el consumidor

En virtud de la información presentada, el propósito de lo que a continuación se desarrolle queda circunscrito a determinar de qué modo las condiciones actuales de la publicidad generan un incremento de peligro para el consumidor y cómo dicho peligro se concretiza en especial en casos de publicidad engañosa, por lo que se citarán algunos de los ejemplos más relevantes ocurridos en nuestro país en los últimos años.

Tal como se evidenció previamente, el conjunto de habilidades y técnicas propias de la sociología, psicología y hasta neurología en la publicidad permiten a los empresarios direccionar el comportamiento del consumidor de modo que acceda a consumir el bien o servicio anunciado. Ello supone una severa desventaja en las relaciones económicas, pues el individuo final que recibe el producto ni siquiera notó que su decisión ha sido determinada en base a la publicidad.

En el ámbito de la publicidad alimenticia, por ejemplo, Wilcox et al. (2004) ha señalado que los niños menores de ocho años son altamente susceptibles a los medios persuasivos publicitarios, llegando incluso a convertirse en problemas de salud pública debido a que el rango de obesidad infantil se ha acrecentado. Así, en países como Malasia o Reino Unido el porcentaje de publicidad de productos no saludables es mínimo en comparación al de productos saludables (Luján-Carpio, 2015).

En el ámbito latinoamericano la situación no dista mucho en realidad, en México, durante el horario de programación infantil se presentó publicidad referente a productos azucarados o altos en grasas en mayor medida de lo que se presenta en la programación habitual (Pérez et al., 2010). En el Perú, el consumo de televisión es considerado uno de los pasatiempos más habituales entre niños y adolescentes, llegando a comprender hasta siete horas diarias (Álvarez et al., 2010).

Estando así el escenario descrito, la situación de desventaja entre la actividad publicitaria y los intereses del consumidor se ve agravado si además se incorporan elementos falsos, tendenciosos o no ajustados a la realidad en el anuncio en cuestión. En el Perú han sido varios los casos en los cuales se ha incurrido en esta práctica, pudiendo destacarse los siguientes:

Tabla 02
Casos de publicidad engañosa en Perú

| CASO | DESCRIPCIÓN |
|--------------------------------|---|
| Nestlé: Reina del Campo | En este caso Indecopi impuso una multa de S/. 42 000 a Nestlé porque en su publicidad indicaba que era un producto 100% natural a pesar de que en su composición tenía ingredientes químicos agregados (Gestión, 2017). |

| | |
|--|---|
| <p>Telefónica: Quintuplica movistar</p> | <p>La empresa telefónica presentó una publicidad indicando que para clientes prepago y afiliados a tarifa única se les quintuplicaría el saldo en llamadas, mensajes y <i>megabytes</i> de internet, sin embargo, ello no se cumplió en los casos de tarifa única, los cuales tuvieron que pagar hasta el 300% del saldo inicial (Diario La República, 2019).</p> |
| <p>Universidad Telesup</p> | <p>En este caso la universidad mencionada incurrió en falsa publicidad al momento de promocionar su programa educativo para jóvenes y adultos que prometía poder concluir una carrera universitaria en tan solo tres años, por lo que Indecopi la sancionó con una multa ascendente a S/. 246 240 por publicidad engañosa (Gestión, 2017).</p> |
| <p>New balance</p> | <p>La compañía norteamericana fue demandada por sostener que en la fabricación de sus zapatillas se utilizaba “una tecnología de tabla de equilibrio oculta que fomenta la activación de los músculos en los glúteos, músculos del muslo, músculos de la pantorrilla, lo que se traduce en la quema de calorías” (Reuters, 2011).</p> |
| <p>Gloria: Pura vida</p> | <p>En este caso la empresa Gloria por medio de su producto Pura Vida agregó en su etiquetado fotografías de vacas haciendo alusión a que el producto era 100% de origen natural, no obstante, en las especificaciones se dio a conocer que elementos lácteos habían sido reemplazados con elementos químicos (El Comercio, 2019).</p> |

| | |
|---|---|
| <p>Entel: Internet más rápido y mayor cobertura del Perú</p> | <p>La empresa de telefonía móvil presentó un comercial en donde señalaba que contaba con la red 4G LTE más rápida del mercado y con la mayor cobertura, empero, la empresa no pudo acreditar sus afirmaciones por lo cual fue sancionada por Indecopi (Gestión, 2018).</p> |
| <p>Coca-Cola: 149 calorías</p> | <p>La empresa de bebidas gasificadas emitió una publicidad a nivel mundial en donde sostenía que su producto únicamente contaba con 159 cal. Publicidad que luego fue retirada por evidenciarse que buscaba hacer incurrir en error al consumidor (Diario El Financiero, 2013).</p> |
| <p>Cereales ángel: Hechos de pura miel</p> | <p>En este caso, el <i>spot</i> publicitario anunciado sostiene que los cereales en cuestión cuentan con gran cantidad de miel, presentando incluso imágenes de abejas además de sostener que su producto “es el verdadero aliado en nutrición” a pesar de que solo contenía 0.5% de miel y 40% de azúcar (La República, 2019).</p> |

De los casos presentados se puede sostener que incurrir en prácticas de publicidad engañosa, no es un hecho aislado, sino que, de la manera en cómo la publicidad se ha estructurado, es fácil que los elementos que componen el anuncio no se ajusten a la realidad. Por ende, son varias las marcas que teniendo una llegada masiva que comprende a millones de consumidores se ven inmersas en el problema objeto de investigación.

En ese sentido, y para efectos de la investigación propuesta, se debe determinar si la comisión de cada caso particular de publicidad engañosa tiene la capacidad de causar un perjuicio inmediato en el

consumidor. De ahí que, conviene traer a colación el caso de “Telefónica: quintuplica movistar”, en donde a causa de la publicidad presentada, cada cliente tuvo que pagar el 300% de la tarifa indicada pues la empresa no cumplió con lo ofertado.

Lo mismo sucede en los casos de: Universidad Telesup, Entel, Coca-Cola y Cereales Ángel, en donde se evidencia de manera más diáfana que las expectativas del consumidor se ven directamente comprometidas. Ello es así, porque en cada uno de estos casos se presenta una lesión inmediata más allá de la sola afectación patrimonial, comprometiendo también intereses difusos con relevancia jurídica como: el acceso a productos saludables en los casos de Coca-Cola y Cereales Ángel, y la veracidad publicitaria en los casos Telesup y Entel.

Además de lo indicado, los casos de leche Pura Vida, Cereales Ángel y Reina del Campo adquieren particular relevancia en el ámbito nacional pues dichas marcas pertenecen a empresas con gran influencia en el mercado. De este modo, leche Pura Vida es una marca del grupo empresarial Gloria mientras que cereales ángel le pertenece a Alicorp. Entre ambas compañías se concentra el 52% de los ingresos en el sector alimenticio a nivel nacional, seguidas por Nestlé, quién comprende el 10.8% (Salazar, 2019).

Gráfico N.º 1 Empresas con mayores ingresos registrados en el 2015

| | Millones | % |
|--------------------------------------|----------|------|
| Alicorp | 1,229.6 | 27.7 |
| Gloria | 1,105.8 | 24.9 |
| Nestlé Perú | 482 | 10.8 |
| Molitalia | 182.7 | 4.1 |
| Perales Huancaruna | 164 | 3.7 |
| Laive | 155.5 | 3.5 |
| Mondelez Perú | 137.4 | 3.1 |
| Industrias del Espino | 127.2 | 2.9 |
| Machu Picchu Foods | 110.6 | 2.5 |
| Ajinomoto del Perú | 88.7 | 2 |
| Cia. Nacional de Chocolates del Perú | 78.6 | 1.8 |
| Mead Johnson Nutrition | 70.4 | 1.6 |
| Molinera Inca | 65.5 | 1.5 |
| Panadería San Jorge | 64.1 | 1.4 |
| Cia. Molinera del Centro | 62.4 | 1.4 |
| Cogorno | 57.4 | 1.3 |
| Sociedad Suizo Peruana de Embutidos | 56.5 | 1.3 |
| Anita Food | 56.5 | 1.3 |
| Corporación ADC | 52.1 | 1.2 |
| Rinti | 47.8 | 1.1 |
| Braedt | 47.6 | 1.1 |

Nota. Gráfico realizado por Salazar (2019).

A su vez, las empresas indicadas corresponden a conglomerados empresariales que abarcan distintos rubros y que gozan de amplia influencia económica y política. V gr., Alicorp es subsidiaria del grupo Romero el cual a su vez forma parte del *holding* financiero Credicorp, que comprende entre sus marcas a primor, alacena, glacitas, etc. Asimismo, Gloria es subsidiaria del grupo Rodríguez el cual no solo se limita al sector lácteo, sino que también produce panetones, café, mermelada, enlatados de pescado, etc. (Salazar, 2019).

De lo analizado, se puede deducir que, en el caso particular de Perú, más allá del solo diseño de la publicidad, el riesgo para el consumidor se ve incrementado por condiciones particulares de las empresas que han emitido los casos más relevantes de publicidad engañosa, pues tienen influencia en el mercado, además de que sus ingresos comprenden un importante porcentaje de las ganancias que en el rubro de las industrias alimentarias se generan.

3.3. NECESIDAD DE MAYOR PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Habiendo analizado las nuevas técnicas publicitarias y su capacidad para intervenir en el comportamiento humano, el objetivo del presente subcapítulo consiste en determinar de qué manera la sola protección administrativa resulta insuficiente. Por tal motivo, en los siguientes párrafos, se estudió la actual situación legislativa nacional en casos de publicidad engañosa con la finalidad de identificar insuficiencias y contradicciones que permitan concluir la necesidad de incluir en el acervo delictivo el tipo penal de publicidad engañosa.

En nuestro país, la entidad encargada de revisar los casos de publicidad engañosa es el Indecopi cuyo actuar se rige a lo dispuesto en el D. Leg. N.º 1044. Dicha ley tiene como finalidad la represión de actos de competencia desleal que tengan la potencialidad de producir una afectación mediata o inmediata del funcionamiento del proceso competitivo. De la redacción legal utilizada se puede advertir que, el fin último de la norma, no se halla destinado a la protección del consumidor sino a garantizar las condiciones de la libre competencia, a pesar de que, de manera contingente, la protección se extienda también al consumidor.

Incluso la denominación del Indecopi solo hace referencia a la protección de la competencia y la propiedad intelectual dejando de lado la protección del consumidor, al menos en su nomenclatura; del mismo modo, en los casos de publicidad engañosa, por ejemplo, el art. 8 utiliza el vocablo “agentes económicos” para referirse a los sujetos afectados con dicha

publicidad, por ende, el tratamiento que la ley le otorga al consumidor consiste en identificarlo como un competidor más.

La situación jurídica que la ley bajo comentario les otorga a los consumidores profundiza más la separación entre anunciante y consumidor, en especial porque de la regulación propuesta se evidencia una equiparación entre empresario y consumidor, pues se refiere a ambos con la misma denominación de “agentes económicos”¹⁶. Todo ello, permite concluir que la regulación administrativa actual guarda una tendencia que protege más las condiciones de la libre competencia que los intereses del consumidor.

Dicha situación se materializa cuando en la práctica una de las condiciones para que un consumidor directamente afectado por un acto de engaño presente su denuncia ante el Indecopi; consiste, según sostiene el art. 29 del D. Leg. N.º 1044, en adjuntar el comprobante de pago de la tasa correspondiente para dar apertura a la instrucción del procedimiento administrativo sancionador.

A su vez, cabe destacar que el órgano encargado de resolver en primera instancia administrativa es la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y las Oficinas Regionales del Indecopi, mientras que, en segunda instancia es el Tribunal del Indecopi el cual está conformado por cinco salas

¹⁶ De este modo, en la resolución N.º 186-2021/CCD-INDECOPI, la Comisión de Fiscalización utiliza la misma denominación al señalar que: “(...) cuando un agente económico desarrolla o ejecuta una promoción de ventas constituida por un descuento de precio o porcentaje de este (...) debe cumplir con que sea excepcional y temporal, así como con que sea calculado o referenciado respecto de la oferta ordinaria o estándar”.

especializadas que abordan las siguientes materias: i) la defensa de la Propiedad Intelectual; ii) la defensa de la competencia; iii) la protección del consumidor, iv) procedimientos concursales y v) Eliminación de Barreras Burocráticas.

En cualquiera de los casos, los miembros que conforman cada tribunal, según consta en el art. 20 del reglamento de Indecopi¹⁷, pueden hacerlo a tiempo parcial o a tiempo completo; incluso funcionarios públicos pueden ser parte del Tribunal. Lo dicho implica que, cada miembro del tribunal puede, además de cumplir su función como vocal, ejercer un trabajo adicional en el sector público o privado.

La situación descrita tiene la capacidad de acarrear un conflicto de intereses debido a las demás funciones que cada vocal realice; y, si bien existe la posibilidad de abstenerse a conocer el caso, ello afecta la seguridad jurídica y la posición del Tribunal, imaginemos, por ejemplo, que un juez penal o civil cumpla, además de su función jurisdiccional, actividades de índole pública o privada relacionadas potencialmente con los casos que lleguen a su conocimiento.

Lo descrito no pretende equiparar la situación entre la función administrativa y la jurisdicción del poder judicial, sin embargo, sí cabe resaltar que, en un sentido u otro, las funciones del tribunal de Indecopi

¹⁷ **Artículo 20.- Ejercicio del cargo de vocal**

El cargo de vocal del Tribunal puede ser ejercido a tiempo completo o a tiempo parcial, según lo acuerde el Consejo Directivo, de acuerdo a las necesidades institucionales. En este último caso, el cargo puede ser desempeñado también por funcionarios públicos que desempeñen otros cargos en el Estado, resultando de aplicación las restricciones correspondientes en materia de percepción de dietas. La periodicidad y monto de las dietas por el desempeño del cargo de vocal del INDECOPI es fijada por el Consejo Directivo.

entrañan una necesidad de resolución de conflictos para lo cual se requiere personal cuyos intereses no se vean involucrados por alguna otra función que ejecuten.

Otro aspecto que destacar queda delimitado por las condiciones bajo las cuales se aprobó el D. Leg. 1044, pues se dio en el marco de la celebración del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y nuestro país. Así, la segunda disposición derogatoria del citado decreto decide extirpar a la publicidad engañosa como delito económico y regularla únicamente como infracción administrativa; frente a ello, y teniendo en cuenta lo desarrollado precedentemente, surge la interrogante acerca de si la publicidad engañosa no afecta el adecuado funcionamiento del sistema económico nacional.

Si se parte del punto de vista de los competidores, tal como lo hace el D. Leg. N.º 1044, se podría afirmar que la publicidad engañosa no compromete severamente el funcionamiento del sistema económico; no obstante, se debe hacer énfasis en que el consumidor constituye parte esencial de las relaciones económicas llegando incluso a tener amparo constitucional, por lo cual, su protección constituye un interés jurídico-relevante que conforma parte del correcto funcionamiento del orden económico como bien jurídico penal.

En virtud de lo hasta aquí desarrollado, se ha podido determinar; primero, que la regulación administrativa actual, en los casos de publicidad engañosa, guarda una tendencia a la protección de la libre competencia más allá de la protección al consumidor. Segundo, en la conformación de

la comisión y el tribunal de Indecopi se pueden presentar conflictos de intereses que afecten el normal desarrollo del procedimiento administrativo. Tercero, la sustracción de la esfera criminal de la publicidad engañosa no se ajusta a la realidad, pues tal conducta sí tiene la capacidad de afectar de manera inmediata el bien jurídico protegido en los delitos económicos.

Otro argumento que cabe destacar es que, en países euro-continetales cuyos aportes jurídicos han influenciado fuertemente la legislación penal nacional, la conducta comentada sí es considerada delito y acarrea incluso sanciones privativas de libertad de manera alternativa a la pena de multa¹⁸ diferencia de la derogación que en sede nacional se ha producido.

Del mismo modo, destaca el reproche social que la pena conlleva a diferencia de la sola aplicación de una sanción administrativa. También cabe distinguir el argumento *a fortiori*, pues si conductas con menor potencial lesivo -como la contenida en el art. 243-C del CP- son consideradas delitos, con mayor razón la publicidad engañosa debe incluirse en el CP.

¹⁸ Para más detalle revisar el punto 2.2.5.2.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

Llegado a este punto, donde, a partir de la información presentada, se ha determinado que la incursión en prácticas de publicidad engañosa sí tiene la efectiva capacidad de poner en peligro inmediato el bien jurídico protegido consistente en el correcto funcionamiento del orden económico corresponde construir, desde una perspectiva de *lege ferenda*, el tipo penal económico de publicidad engañosa.

Antes de abocarse a cumplir tal función, primero, es necesario volverse a situar en la teoría aportada por Silva (2001) respecto al DP de segunda velocidad, pues los efectos que de la publicidad engañosa se desprendan van más allá de lo que dicho autor denomina el núcleo duro del DP. En ese sentido, la pena a imponer no puede ser la sanción privativa de libertad pues su función en este caso no se corresponde con la naturaleza del injusto, por lo cual, se requiere utilizar otras penalidades proporcionadas por el Derecho penal económico.

En virtud de lo indicado, la pena de multa se erige como la sanción adecuada además de las consecuencias accesorias que se desprendan del hecho principal. Así, una vez determinada la autoría de la persona física encargada de emitir la publicidad, y si se comprueba que esta ha actuado con el objetivo de favorecer a una persona jurídica se deben aplicar lo dispuesto en el art. 105 del CP.

PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA COMO DELITO ECONÓMICO

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene como propósito la creación del delito de publicidad engañosa, el cual protege al consumidor frente a la difusión de anuncios publicitarios cuyo contenido no se ajusta a la realidad de lo ofertado. Del mismo modo, busca garantizar prácticas de buena fe empresarial y la protección de la libre competencia.

Artículo 2. Incorporación del artículo 238 en el Código Penal

Incorpórese el artículo 238 en el Código Penal conforme al siguiente texto:

Artículo 238. Publicidad engañosa

El que hace por cualquier medio publicitario afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades de los productos o servicios anunciados que tengan la capacidad de inducir a error al consumidor será reprimido con ciento cincuenta a doscientos días multa.

En los casos en donde se compruebe que la estructura interna de la persona jurídica ha facilitado la comisión del delito, se aplicarán las consecuencias accesorias previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 105 de este Código.

De lo hasta aquí expuesto, se puede afirmar que, la hipótesis de investigación planteada consistente en determinar que los fundamentos político-criminales para tipificar a la publicidad engañosa como delito económico son:

- a) La administrativización del Derecho Penal por cuanto características propias del Derecho administrativo son asimiladas en la regulación de nuevas conductas como delitos.
- b) El incremento del nivel de peligrosidad de las nuevas técnicas publicitarias que tornan en insuficiente la sola tutela administrativa.
- c) La defensa del consumidor como interés jurídico relevante merecedor de una mayor tutela por parte del Derecho Penal.

Se ha contrastado en su totalidad, pues en virtud de lo desarrollado en el presente capítulo se ha podido concluir; primero, que la administrativización del DP en efecto involucra la configuración de nuevos bienes jurídico-penales. Segundo, que la publicidad comercial puede inducir en el comportamiento de las personas acrecentando el peligro para el consumidor. Tercero, que la actual protección administrativa que se le brinda al consumidor resulta insuficiente, requiriendo la intervención del DP en *pro* de garantizar sus intereses como parte esencial de las relaciones económicas y por lo tanto del bien jurídico protegido en los delitos económicos.

CONCLUSIONES

1. Los fundamentos político-criminales para tipificar a la publicidad engañosa como delito económico son: la administrativización como fenómeno jurídico para proteger nuevos bienes jurídicos, el incremento del peligro mediante la utilización de nuevas técnicas publicitarias y la insuficiencia de la actual protección administrativa al consumidor
2. La administrativización del DP como condición bajo la cual características del Derecho administrativo sancionador son asimiladas en la tipificación de nuevos delitos ha permitido la protección de nuevos bienes jurídicos de carácter general y, en virtud del principio de proporcionalidad, dicha protección debe realizarse para conductas con la capacidad de afectar de manera inmediata e independiente el bien jurídico merecedor de tutela penal.
3. La utilización de técnicas como el *neuromarketing* y la publicidad emocional en la configuración de los actuales anuncios publicitarios incrementa el peligro para el consumidor dado que mediante tales técnicas se puede inducir en el comportamiento de las personas de tal manera que accedan en la adquisición de nuevos productos o servicios.
4. El incremento del peligro para el consumidor se ve agravado cuando en el diseño de la publicidad comercial se incorporan elementos no ajustados a las cualidades reales del producto; en el Perú dicho peligro se acrecienta cuando las marcas que han incurrido en los casos más relevantes de esta naturaleza forman parte de *holdings* empresariales con gran preponderancia en el mercado.

5. La redacción legal contenida en el D. Leg. N.º 1044 equipara al consumidor como un competidor más en las relaciones económicas actuales, con lo cual, dicha regulación resulta insuficiente pues deja en indefensión los intereses jurídicos relevantes del consumidor como parte esencial en el correcto funcionamiento del sistema económicos y, en consecuencia, como parte del bien jurídico protegido en los delitos económicos.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda, a las entidades del Estado peruano que gozan con facultades legislativas, tener en cuenta la capacidad lesiva de manera inmediata e independiente de las conductas que pretenden ser incorporadas como delitos con la finalidad de mantener la vigencia del principio de proporcionalidad; ello en virtud de que en la actualidad existen delitos que no guardan tales condiciones tipificados en el Código penal.
2. Se recomienda, al Poder Ejecutivo la creación de un Instituto cuyo objetivo exclusivo sea la protección del consumidor, debido a que, la protección administrativa actual no resulta suficiente para proteger los intereses jurídico-relevantes del consumidor como parte del correcto funcionamiento del sistema económico.
3. Se recomienda, a los parlamentarios que forman parte del Congreso de la República la tipificación del delito de Publicidad Engañosa como tipo penal económico, por cuanto se ha determinado que tal conducta tiene la capacidad de afectar de manera inmediata e independiente el correcto funcionamiento del sistema económico como bien jurídico penal.

LISTA DE REFERENCIAS

- Álvarez, D., Sánchez, J., Gómez, G., y Tarqui, C. (2010). Sobre peso y obesidad: prevalencia y determinantes sociales del exceso de peso en la población peruana. *Rev. Peruana Médica en Salud Pública*, 29(3), 303-313.
- Aria, M. (2006). Funcionalismo penal moderado o teleológico valorativo versus funcionalismo normativo o radical. *Doxa, cuadernos de filosofía del Derecho*, (29), p. 439-453.
- Arroyo, L. (1994). Derecho Penal económico y Constitución. *Revista de Derecho Penal económico*, (1), 2-28.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Hammurabi.
- Balcarce, F. (2009). *La relación entre Derecho penal y Derecho penal económico*. Marcial Pons.
- Banco Central de Reserva del Perú. (2021, diciembre 29). Efectos a largo plazo del Covid-19 en Perú (Reporte de inflación).
- Barata, A. (2002). *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*. Siglo veintiuno editores.
- Baudrillard, J. (1989). *Publicidad absoluta, publicidad cero*. Revista de occidente, (92), 5-16.
- Bayón, J. (2002). El contenido mínimo del positivismo jurídico. En V. Zapatero (Ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho* (Vol. II, pp. 53-64). Universidad de Alcalá Henares.

- Beck, U. (1986). *La Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós Básica.
- Benavides, J. (2012). La investigación en la comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas. *Revista internacional de comunicación y publicidad*. 1(17), 71-93.
- Bernal, C. (2013). *La investigación penal en las sociedades posindustriales*. Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/gpd-la-investigacion-penal-en-las-sociedades-posindustriales.html>
- Biedma, J. (1997). Valores de la publicidad y publicidad de los valores. *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, (9), 61-68.
- Bobbio, N. (1993). *El Positivismo Jurídico*. Debate.
- Borja, E. (2011). *Curso de política criminal*. Tirant lo Blanch.
- Borja, E. (2015). Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Introducción general. En J. Gonzáles (Ed.), *Derecho Penal. Parte especial* (4a ed., pp. 329-336). Tirant lo Blanch.
- Botero, A. (2015). El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. En J. Fabra (Ed.), *Enciclopedia y filosofía del Derecho* (Vol. I, pp. 63-170). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Braidot, N. (2000). *Neuromarketing*. Ediciones Gestion.
- Campbell, T. (2002). El sentido del Positivismo Jurídico. *Doxa. Cuadernos de*

filosofía del Derecho, (25), 310-331. <https://doi.org/10.14198/DOXA2002.25.09>

Carrillo, Y. (2014). *Problemas y paradigmas de la Ciencia Jurídica*. Doctrina y Ley.

Carrillo, Y. y Caballero, J. (2021). Positivismo Jurídico. *Prolegómenos*, 24(48), 13-22.

Chávez, C. (2016) El delito de Publicidad Engañosa en España: algunas consideraciones político-criminales y relativas al Bien Jurídico protegido. *Cuadernos de Derecho Penal*, (25), 55-84.

Coleman, J. (1982). Negative and positive positivism. *The journal of legal studies*, 11(1), 139-164.

Corbetta, P. (2007). *Metodología y técnicas de investigación social*. Mc Graw Hill.

Cuerda, A. (1995). Contribución a la polémica sobre el delito publicitario. *Estudios sobre consumo*, (35), 67-81.

Cracogna, D. (2003). *Cossio y la Teoría egológica del Derecho*. Universidad Externado de Colombia.

Condor, K. (2018). Propuesta legislativa de incorporación de la Publicidad Engañosa como delito de Estafa [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo].

Cuesta, P. (2002). *Delitos obstáculo, tensión entre política-criminal y teoría del bien jurídico*. Editorial Comares.

Damasio, A. (2005). *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*. Crítica.

- De la Cuesta, P. (1998). *Tipicidad e imputación objetiva*. Editorial Jurídica de Cayo.
- Echáís, D. (2012). El Derecho del Consumidor a la Seguridad. *Ius et Praxis*, 2(43), 105-124.
- El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2021, marzo 30). COVID-19: Impacto de la caída de los ingresos de los hogares en indicadores de salud y educación de las niñas, niños y adolescentes en el Perú (reporte técnico).
- Feliu, E. (1984). *Los lenguajes de la Publicidad*. Universidad de Alicante.
- García, J. (2000). ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. *Doxa, cuadernos de filosofía del Derecho*, (23), 233-264. <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.09>
- García, J. (2013). *Teorías de la argumentación jurídica: contexto y variantes* [Blog].
<https://garciamado.blogspot.com/search?q=Teor%C3%ADas+de+la+argumentaci%C3%B3n+jur%C3%ADdica%3A+contexto+y+variantes>
- Guía, J. (1998). La publicidad, una teoría difícilmente práctica. *Revista Latina de comunicación social*, (8), 1-12.
- Hart, H. (1994). *The concept of law*. Oxford University Press.
- Hassemer, W. (1992). Rasgos y crisis del Derecho penal moderno. *Anuario de Derecho y ciencias penales*, (XLV), 235-249.
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, M. (2014). *Metodología de la Investigación*. Mc Graw Hill.

- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho*. Civitas.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lamas, L. (1996). *Derecho penal económico*. Ediciones jurídicas.
- López, B. (2007). *Publicidad emocional. Estrategias creativas*. ESIC.
- Lujan-Carpio, E. (2015). La publicidad televisiva de alimentos: un riesgo latente para los niños de Latinoamérica. *Salud pública de México*, (57) 5, 362-363.
- Marín, A., y Lafuente, C. (2008). Metodologías de la investigación en las ciencias sociales: Fases, fuentes y selección de técnicas. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, (64), 5-18.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=20612981002>
- Martín, J. (2014). *Medición de la eficacia publicitaria*. En M. Pérez y O. Díaz (Eds.), *Publicidad 360°* (pp. 176-188). Universidad San Jorge.
- Meyers, W. (1994). *Los creadores de imagen*. Ariel.
- Mir, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de Derecho*. Ariel.
- Mir, S. (1998). Recensión al libro sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. *Revista de Derecho penal y criminología*, (2), 75-84.
- Mir, S. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Reppertor.

- Mendoza, B. (2001). *El derecho penal en las sociedades del riesgo*. Civitas.
- Moreso, J. (2017). Positivismo jurídico y filosofía analítica. *Revista de pensamiento jurídico*, (12), 119-136.
- Muñoz, J. (2007). La Dogmática como comentario de la ley. *Jurídicas*, 4(1), 105-119. <https://www.redalyc.org/pdf/1290/129016869008.pdf>.
- Ocampo, M. (2019). Reflexiones metafísicas sobre la ley moral en Santo Tomás de Aquino. *Revista chilena de estudios medievales*, (15), 29-41.
- Organización Mundial de la Salud. (2021, febrero 10). WHO-convened global study of origins of SARS-CoV-2: China Part. <https://www.who.int/publications/i/item/who-convened-global-study-of-origins-of-sars-cov-2-china-part>
- Organización mundial del Comercio. (2022, abril 12). El conflicto entre Rusia y Ucrania pone en peligro la frágil recuperación del comercio mundial. https://www.wto.org/spanish/news_s/pres22_s/pr902_s.htm
- Peña, R. (2007). *Derecho penal económico*. Juristas editores.
- Pérez, D., Rivera, J., y Ortiz, L. (2010). Publicidad de alimentos en la programación de la televisión mexicana: ¿los niños están más expuestos? *Salud pública México*, 52(2), 119-126.
- Pérez, M. (1986). *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva*. Universidad Autónoma de Madrid.
- Pignotti, L. (1976). *La supernada. Ideología y lenguaje de la publicidad*. Fernando Torres D.L.

- Quispe, A. (2007). *La Constitución económica*. MaxiGraphica impresores.
- Raz, J. (1979). *La autoridad de la Ley. Ensayos de Derecho y moralidad*. Claredon Press.
- Ródenas, A. (2003). Qué queda del positivismo. *Doxa, cuaderno de filosofía del Derecho*, (26), 417-448. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.19>.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*. Tirant lo Blanch.
- Roxin, C. (2002). Política criminal y sistema del Derecho penal. Hammurabi.
- Roxin, C. (1998). El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo. *Dogmática penal y política criminal*, (24), 78-94.
- Ruiz, L. (1997). *Protección penal del mercado de valores*. Tirant lo Blanch.
- Salazar, E. (2019, 15 noviembre). La poderosa industria que sirve la mesa en Perú. *Ojo Público*. <https://ojo-publico.com/1474/la-poderosa-industria-que-sirve-la-mesa-en-peru>
- Sainz, J. (1980). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Bosch.
- Sánchez, S. (2019). 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 de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo].
- Santaella, M. (1981). *El delito publicitario. Aspectos penales de la comunicación publicitaria*. Reus.

- Schünemann, B. (2009). Política criminal: del Derecho penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta. En B. Schünemann, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio* (p. 57). Tecnos.
- Sessano, J. (2006). Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (8), 2-25.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1433711>
- Silva, J. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch editor.
- Silva, J. (2001). *La expansión del Derecho Penal, aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas.
- Squella, A. (1998). Positivismo jurídico, democracia y Derechos Humanos. Fontamara.
- Stampa, J. y Bacigalupo, E. (1980). La Reforma del Derecho Penal económico español. *Revista Jurídica de Cataluña*, 79(3), 143-166.
- Tamarit, J. (1990). La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales. *Cuadernos de política criminal*, (41), 321-346.
- Tellis, G., y Redondo, I. (2001). *Estrategias de Publicidad y promoción*. Addison-Wesley.
- Tiedemann, K. (1999). *Temas de Derecho penal económico y ambiental*. Idemsa.
- Vivez, T. (1996). *Fundamentos del sistema penal*. Tirant lo Blanch.

Wilcox, B., Kunkel, D., Cantor, J. Dowrick, P., Linn, S., y Palmer, E. (2004, February 20). *Report of the American Psychological Association task force on advertising and children.*

Zaffaroni, R. (2011). *La Pachamama y la Tierra.* Ediciones Colihue.

Zuñiga, L. (2001). *Política criminal.* Colex.

Zuñiga, L. (2019). Dogmática funcionalista y política criminal. *Revista penal*, (43), 204-228.