



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 02342-2012-PA/TC (EXP. N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

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

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

La Sociedad emplazada contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente por una indebida acumulación de pretensiones y propone las excepciones de prescripción y de falta de legitimidad para obrar del demandante. Asimismo, aduce que en la demanda no se precisa cuál es su objeto ni la publicidad que supuestamente afecta los derechos del demandante, pues no se señala qué publicidad resulta discriminatoria, dónde se encuentra publicitada o en qué fechas, que los hechos y el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02342-2012-PA/TC (EXP N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

petitorio no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad, y que no existen medios probatorios suficientes que acrediten que su publicidad sea discriminatoria.

INDECOPI contesta la demanda señalando que el demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa; que el proceso contencioso administrativo es la vía procesal idónea para discutir la presunta inercia u omisión de la Administración Pública; que la decisión de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de no iniciar el procedimiento de oficio forma parte de su facultad discrecional, y que tanto la Comisión de Represión de la Competencia Desleal como la Sala de Defensa de la Competencia de su Tribunal se han pronunciado sobre los anuncios publicitarios difundidos por Gloria, concluyéndose en la Resolución N.º 0703-2008/TDC-INDECOPI que los anuncios difundidos sobre las ventajas del producto *Leche Gloria* no inducen a error a los consumidores.

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

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

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

FUNDAMENTOS

Cuestión previa: delimitación del petitorio

Antes de analizar las cuestiones planteadas en el considerando 5 de la RTC 00401-2008-PA/TC, es preciso delimitar el objeto del presente proceso. En la demanda se invoca únicamente "discriminación social, racial y publicidad engañosa" y "actitud impasible ante la prolación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva". En buena cuenta, en la demanda no se indica con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02342-2012-PA/TC (EXP N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

precisión cuál es su petitorio (qué se quiere o busca), pues en ésta el demandante termina concluyendo que su finalidad es “desterrar del Perú los criterios y actitudes discriminatorios manifestados en las publicidades emitidas por los diversos medios de comunicación” Estos alegatos demuestran que la pretensión de la demanda fue planteada en forma abstracta y genérica

A ello se debe agregar que el demandante en su solicitud de aclaración de la sentencia de primera instancia, obrante a fojas 241, recién precisa que “el petitorio de [su] demanda comprende básicamente tres aspectos: el cese de la publicidad con contenido discriminatorio hacia las personas de estatura baja (niños, adolescentes); el cese de la convocatoria para la publicidad de los productos de [Gloria S.A.], a personas de características étnicas caucásicas (tez blanca, cabello rubio, ojos claros) que refleja un profundo contenido discriminatorio, que menoscaba la consolidación de nuestra identidad sociocultural, conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos; y el cese del contenido engañoso de la publicidad de [Gloria S.A.], toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños” (subrayado agregado).

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02342-2012-PA/TC (EXP N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

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

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

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

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

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

5. A ello hay que agregar que el demandante no ha aportado ningún medio probatorio pertinente y suficiente que respalde y corrobore su alegato de publicidad discriminatoria. Este comportamiento procesal no es conforme a lo precisado en la STC 4762-2007-PA/TC, en la que el Tribunal subrayó que “son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes, recae y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP N° 02342-2012-PA/TC (EXP N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice” (subrayado agregado).

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

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

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

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

En el presente caso, el Tribunal considera que la publicidad transcrita no evidencia distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en la raza o la estatura, y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 02342-2012-PA/TC (EXP N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas; razón por la cual debe desestimarse la demanda. Además, el demandante no ha aportado un término de comparación para realizar el juicio de igualdad, ya que sus alegatos son subjetivos.

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

LO QUE CERTIFICO:

OSCAR DÍAZ MIÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL