

Derechos humanos y publicidad sexista: una alternativa de tutela legal desde la Ley N°19.496 que establece normas sobre protección a los derechos de los consumidores

Human rights and sexist advertising: an alternative of legal protection from law N°19.496 that establishes norms on the protection of consumer rights

ROSSANA CAÑETE DUARTE¹ Y NATALIA FERNÁNDEZ ROJAS²

RESUMEN

El presente trabajo se sustenta en una visión crítica acerca del uso de la imagen de las mujeres, niñas y adolescentes en la actividad publicitaria y la autorregulación de la publicidad sexista en Chile. Desde una óptica jurídico-normativa, se analiza el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres, en específico los instrumentos suscritos y ratificados por el país, así como la regulación nacional de la publicidad. Las autoras proponen, en pos de una tutela jurídica efectiva, la incorporación de un tipo infraccional a la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores y la utilización de los procedimientos especiales para la protección de los intereses colectivos o difusos, entre otras prerrogativas en favor de las personas consumidoras.

Palabras clave: derecho del consumidor, publicidad sexista, derechos humanos de las mujeres, género y derecho.

¹ Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Diplomada en Derechos Humanos, Género y Políticas Públicas, Fundación Henry Dunant. Correo: caneteduarte.r@gmail.com

² Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Diplomada de Género y Derecho, Universidad de Chile y diplomada en Derechos Humanos, Género y Políticas Públicas, Fundación Henry Dunant. Correo: nfernanrojas@gmail.com.

ABSTRACT

This work is a critical vision about the use of women, girls and adolescents image in advertising activity and the self-regulation of sexist advertising in Chile. The international law of women's human rights is analyzed from a legal-normative point of view, specifically the instruments signed and ratified by the country, as well as the internal norms that regulate advertising. In pursuit of effective legal protection the authors propose the incorporation of an offence into Law No. 19,496 that establishes rules on the protection of consumer rights and the use of special procedures for the protection of collective or diffuse interests, among other prerogatives in favor consumers.

Keywords : Consumer law, sexist advertising, women's human rights, gender and law.

1. Introducción

La actividad publicitaria importa un fenómeno social, performativo y persuasivo, y ejerce un importante poder sobre las personas y los colectivos —como productora y reproductora de imágenes sociales, identidades, roles, deseos y estereotipos—, pudiendo incluso llegar a vulnerar, en el ejercicio de su actividad, los derechos y la dignidad de las personas. Es común encontrar en los medios de comunicación piezas publicitarias con imágenes estereotipadas de roles de género, hipersexualización de las infancias, cosificación de los cuerpos de las mujeres —transformados en objetos de estrategia de marketing para la venta de un bien o la prestación de un servicio—, entre otros. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer” (*Caso González y otras vs. México*, 2009). En este sentido, la Secretaría Técnica Igualdad de Género y no Discriminación del Poder Judicial (2019) ha advertido que

los estereotipos se traducen en características, actitudes y roles que la sociedad atribuye a las personas o colectivos, y que son aceptados, mantenidos y reproducidos, casi de manera natural, en la cultura, los medios de comunicación, las normas jurídicas, las relaciones familiares y demás espacios de la interacción social. (p. 14).

Estudios realizados por la Unidad de Análisis Publicitario del Departamento de Estudios e Inteligencia del Servicio Nacional de Consumidor (en adelante, SERNAC) durante los años 2015 y 2016, constatan la existencia de publicidad sexista en Chile (SERNAC, 2017). Esta es identificada como aquella en la que el cuerpo se convierte en un objeto sexual, para la venta de bienes y servicios, promueve la violencia de género, la discriminación y/o la perpetuación de roles sexistas. Esta unidad, si bien ha efectuado reportes relativos a la publicidad (SERNAC, 2015), solo tomó la responsabilidad de oficiar al Consejo Nacional de Autorregulación y Ética Publicitaria (en adelante, CONAR).

La publicidad sexista reproduce violencia, discriminación y desigualdad sistemática contra las mujeres, niñas y adolescentes, por lo que es necesario que el ordenamiento jurídico reaccione con medidas especificadas frente a estas vulneraciones, en cumplimiento de las obligaciones que Chile ha contraído internacionalmente en materia de derechos humanos. El presente artículo sostiene que la incorporación de un tipo infraccional en la Ley N° 19.496 Sobre protección a los derechos de los consumidores, de 7 de marzo 1997 (en adelante, LPDC), puede ser una herramienta jurídica eficiente a la hora de proteger a las personas consumidoras frente a este tipo de publicidad ilícita. Esto puede afirmarse, por la propia *ratio legis* del derecho del consumo, que no es otra cosa que la protección a la parte más débil de la relación de consumo frente a la desigualdad estructural en que se encuentra el consumidor ante el proveedor y del que emana su naturaleza tuitiva, consagrada en el principio de protección al consumidor (Morales, 2019, p. 7).

Con todo, para que proceda la aplicación de la LPDC es requisito que exista una relación de consumo, la que no se reduce a una mera relación contractual, sino por el contrario, es aplicable a toda la cadena de consumo y puede tener lugar en sede contractual, extracontractual e incluso precontractual (Barrientos, 2019, p. 6). Por otro lado, la calificación de consumidor y proveedor constituye el aspecto subjetivo esencial para la aplicabilidad de la LPDC, el cual se encuentra definido en el artículo 1, N°1 y N°2, respectivamente. Así las cosas, se vuelve relevante la calificación de personas consumidoras frente a una publicidad abusiva y/o sexista. Siguiendo a Barrientos (2019), se reconocen distintos tipos de consumidores: jurídicos, materiales, consumidores propiamente tales y potenciales, así como también consumidores personas naturales y personas jurídicas, incluyendo las micro y pequeñas empresas, y consumidores/as determinados o determinables (p. 8).

En particular, para efectos del presente trabajo resulta de especial relevancia la categoría de consumidores potenciales, la cual es desarrollada por la doctrina nacional como contraargumento a la interpretación exegética de la expresión “acto jurídico oneroso” del artículo 1, N°1 dispuesto en la propia LPDC. Esta extiende la calidad de consumidor también a aquellas personas que no alcanzaron o no concretaron la compra de bienes o servicios (Barrientos, 2019, p. 12). Por otra parte, la doctrina comparada ha desarrollado una categoría especial, distinta al consumidor medio, denominada consumidor hipervulnerable. Esta reconoce las estructuras culturales y sociales que atraviesan las relaciones de consumo y que muchas veces implican sumar otra capa de vulnerabilidad vinculada a la edad, situación de discapacidad, género, situación socioeconómica o cultural, o bien, a otras circunstancias permanentes o transitorias que amplían el grado de indefensión (Barocelli, 2020, p. 7). Ahora bien, dicha vulnerabilidad es entendida como una categoría dinámica y contextual, y no es inherente a la persona, sino al rol que ocupa en la sociedad de consumo (p. 18).

Asimismo, en el derecho de consumo, la publicidad ha sido clasificada a partir de un criterio *per negationem*, es decir, desde lo prohibido (Buongermini, 2009, p. 125), y en esa línea la publicidad jurídicamente se regula desde lo ilícito y, por ende, lo sancionable. Dentro de la publicidad ilícita encontramos: la publicidad engañosa, la publicidad comparativa, la publicidad encubierta, la publicidad subliminal y la abusiva. Siguiendo a Stiglitz (2001), se entiende por publicidad abusiva

aquella forma de publicidad que lesiona o vulnera otros derechos subjetivos del consumidor; vale decir, aquella que, sin ser desinformativa o engañosa fundamenta su eficacia —o su pretendida eficacia— en elementos inconvenientes, ilícitos o inmorales, que son irrelevantes a la relación de consumo y que son susceptibles de influenciar de cualquier manera nociva o impropia al público destinatario o causar un efecto adverso a la sociedad como conjunto. (p. 137).

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que la publicidad abusiva mantiene una relación de género a especie con la publicidad sexista. En este contexto, la situación jurídica de la publicidad abusiva y sexista en el derecho chileno ha quedado trasladada a una actividad propia de la libertad de expresión y a la libertad de actividad económica de la empresa, y en consecuencia a merced de la autorregulación.

2. Estándares de derechos humanos sobre derechos de las mujeres, ratificados por Chile

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en sus artículos 1 y 2 el principio de igualdad y no discriminación, los que posteriormente fueron reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y artículo 3), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales (artículo 2.2 y artículo 3). A su turno, los derechos de la mujer son derechos humanos, tal como se reconoció en la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993). En su punto 18, esta sostiene que “los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”.

Incardinado a lo anterior es que la comunidad internacional, a partir del sistema internacional de derechos humanos, ha debido reconocer la situación de la mujer como sujeta a vulneraciones sistemáticas que han constituido violencia de género, resultando necesario crear instrumentos internacionales específicos que consagren, protejan y garanticen los derechos humanos de las mujeres. Uno de los tratados internacionales más importantes en esta materia es la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la cual fue ratificada por Chile. En su artículo 1 define la expresión de discriminación contra la mujer como lo siguiente:

Denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

En lo sucesivo, el artículo 2 de esta convención internacional mandata o exige a los Estados Parte condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convenir una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, adoptar medidas legislativas con sanciones, establecer la protección jurídica y una tutela efectiva de los derechos de las mujeres sobre una base de igualdad. Finalmente, sobre este punto, el artículo 5, letra a) de la CEDAW expresa que los Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres.

Ahora bien, respecto de las recomendaciones efectuadas por la Comisión de la CEDAW, la Recomendación General N° 35 resalta la idea de que la prohibición de violencia de género ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario. En la letra B) “Prevención”, punto 30, letra a), recomienda a los Estados Parte que adopten y apliquen

medidas legislativas y otras medidas preventivas adecuadas para abordar las causas subyacentes de la violencia por razón de género contra la mujer, en particular las actitudes patriarcales y los estereotipos, la desigualdad en la familia y el incumplimiento o la denegación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer, y promover el empoderamiento, la capacidad de acción y las opiniones de las mujeres.

En el contexto regional, Chile ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1998), que establece en el artículo 3 que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como el privado. Por otro lado, el artículo 7 dispone que los Estados Parte acuerdan adoptar las medidas legislativas y administrativas apropiadas, a fin prevenir, sancionar y erradicar la violencia de contra la mujer.

Con mayor fuerza, a propósito de la imagen de la mujer, en un sentido general, en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer, celebrada en Beijing, se aprobó la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995). Esta, dentro de sus objetivos estratégicos establece en la letra J) que “hay que suprimir la proyección constante de imágenes negativas y degradantes de la mujer en los medios de comunicación, sean electrónicos, impresos, visuales o sonoros”, haciendo hincapié en que “la mayoría de los países no ofrecen una imagen equilibrada de los diversos estilos de vida de las mujeres y de su

aportación a la sociedad en un mundo en evolución”. Además, propone como medida que han de adoptar los sistemas de difusión nacionales e internacionales, el elaborar, en la medida en que ello no atente contra la libertad de expresión, mecanismos reglamentarios, incluidos los voluntarios, que permitan a los sistemas de comunicaciones internacionales y a los medios de difusión presentar una imagen equilibrada y diferenciada de la mujer y que fomenten una mayor participación de la mujer y el hombre en las esferas de la producción y la adopción de decisiones.

Por último, en relación al seguimiento del objetivo estratégico de la letra J) antes mencionada, se expone que existen obstáculos que de manera inequívoca reflejan que no ha habido cambios lo suficientemente importantes en los Estados Parte, pues los mismos prejuicios e imágenes estereotipadas de la mujer persisten en la actualidad: “Las imágenes negativas, violentas o degradantes de la mujer, incluida la pornografía, y sus descripciones estereotipadas han aumentado en diferentes formas, recurriendo a nuevas tecnologías de la información en algunos casos, y los prejuicios contra la mujer siguen existiendo en los medios de difusión.”

3. Situación normativa de la publicidad sexista en Chile

En Chile no existe un reconocimiento constitucional a los derechos de los consumidores³. Pese a esto, la actividad publicitaria se encuentra sujeta a las garantías consagradas en la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas la igualdad en dignidad y derechos (artículo 1), el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19, N°1), la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres (artículo 19, N°2), el respeto y protección a la vida privada y a la honra (artículo 19, N°4). Estos colisionan, por otra parte, con la libertad de expresión (artículo 19, N°12), la libertad para desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19, N°21) y el trato no discriminatorio por parte del Estado en materia económica (artículo 19, N°22). Se incluyen además los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 5, inc. 2°).

Por otro lado, existe dispersión normativa en materia de publicidad, ya que su regulación se encuentra en diversas leyes especiales, dependiendo de cada sector⁴. Sin embargo, obviando dicha precisión, la LPDC define la publicidad en el artículo 1, N°4, como “la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato.”

Del concepto de publicidad se desprenden dos elementos esenciales: el elemento subjetivo, de persuasión o motivación, y el elemento objetivo, que no es otra cosa que el carácter informativo para adquirir un bien o servicio determinado. Por otra parte, la LPDC regula bajo la naturaleza de una norma prohibitiva la publicidad ilícita engañosa o falsa, en los artículos 28 y 28A.

³ En este punto es importante tener en consideración el fallo del Tribunal Constitucional, que en el examen de control de constitucionalidad declaró inconstitucional una serie de normas de la reforma de la Ley N° 21.081, bajo el Rol N°4012-2017, resolución de fecha 18 de enero de 2018.

⁴ Véase Ley N° 20.169 que regula la competencia desleal; Ley N° 20.869 que regula la publicidad que induce al consumo de alimentos; Ley N° 20.105 que regula la publicidad y el consumo de tabaco y Ley N° 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión y regula la publicidad en la televisión.

De igual modo, de la propia ley se han elaborado por parte de la doctrina y la jurisprudencia ciertos criterios jurídicos que rigen la actividad publicitaria, a saber: principio de la legalidad, que dice relación con que el ejercicio de la actividad económica se debe realizar dentro de los márgenes establecidos por la Constitución; el principio de la veracidad de la información (artículo 3, inciso 1°, letra b), el principio de la comprobabilidad, que dice relación con que la información que se consigne en la publicidad sea susceptible de comprobación y no induzca a error o engaño (artículo 33); principio de la integración publicitaria, en el que se entienden incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato (artículo 1, N° 4); el principio de la disponibilidad y acceso a la información, que tiene que ver con el idioma, la comprensión y la legibilidad de la información básica comercial (artículo 32); el principio de autenticidad, el principio del respeto a la competencia y el principio de autosuficiencia del soporte publicitario⁵.

Fuera de los casos de publicidad ilícita sancionada por la LPDC, la actividad es autorregulada por el Código Chileno de Ética Publicitaria de 2018 (CCHEP). En términos generales, los mensajes publicitarios deben ser preparados y difundidos con el debido sentido de responsabilidad social y teniendo presente la realidad económica, social, cultural y educacional de su entorno al momento de efectuarse la comunicación. Entre los principios establecidos en la sexta versión del CCHEP, se encuentra regulado específicamente en su artículo 2 el principio de no discriminación, el cual dispone que los mensajes publicitarios deben evitar denigrar a las personas (los estereotipos pueden utilizarse respetando siempre la dignidad), tampoco pueden incitar a la violencia o burlarse de personas o grupos, en especial por su género u orientación sexual, ni podrán mostrar a las personas como objetos sexuales, utilizando su cuerpo o partes de él sin que exista una relación justificada con el producto anunciado. En razón de lo anterior, es CONAR — mediante sus funciones preventivas y correctivas— el órgano encargado de que los mensajes publicitarios se encuadren dentro de los principios y las normas establecidas en el Código. Si se considera que hay transgresiones a la ética publicitaria, en cualquiera de sus formas, se emite un dictamen ético, el cual es una recomendación de modificación o retiro de las piezas publicitarias cuestionadas.

Un reciente dictamen, respecto al reclamo de fecha 20 de febrero de 2020, por la utilización de imágenes publicitarias —por las empresas Monarch, Motta, C. Moran y Falabella (utilizando las imágenes de Motta)— de niñas, niños y adolescentes hipersexualizados modelando ropa interior y zapatos escolares, resolvió:

los mensajes publicitarios deben evitar afirmaciones y representaciones que cosifiquen a las personas. A este respecto, si bien existe una relación con el producto anunciado, la forma en que se presentan los menores, según fuera abordado en los considerandos anteriores, involucra una cosificación de los mismos, despojándolos de su propia dignidad y que puede afectarlos, corriéndose incluso el riesgo de caer en situaciones que pueden implicar figuras como el cyberbullying u otras que afecten a los participantes en los avisos. (*Defensoría de la Niñez, De la Fuente y Abumada con Monarch, Motta, C. Moran y Falabella*, 2020).

Con todo, de igual manera existen principios generales en el derecho de consumo, que permitirían articular un régimen de responsabilidad ante una hipótesis de publicidad ilícita, específicamente la abusiva⁶, como es el deber profesional, consagrado en el artículo 23 de la LPDC. Este excede al deber de diligencia que le atañe a una persona promedio, producto del conocimiento específico que posee en el rubro en que se desenvuelve, y a él se encuentran sometidos todos los proveedores, en su calidad de profesionales que se

⁵ Véase SERNAC (2019).

⁶ Se destaca la opinión que sobre esta temática sugiere la académica Patricia López (2020).

desarrollan habitualmente dentro del mercado. Por tanto, un proveedor que de manera poco diligente exhibe y divulga por cualquier medio una pieza publicitaria abusiva y/o sexista, vulnera también el deber profesional que le compete.

Por otro lado, el artículo 3, letra c) de la LPDC reconoce el principio de la no discriminación arbitraria por parte de los proveedores. Esta prerrogativa sin duda es una consagración del principio de igualdad y viene a resguardar la dignidad del consumidor (Isler, 2016, p. 103). Ahora bien, respecto a la definición de discriminación arbitraria, la LPDC en este aspecto solo la enuncia como una prerrogativa en favor de los consumidores, sin perjuicio de que, mediante una interpretación sistemática con otras normas del derecho chileno, podríamos entenderla en los términos expuestos por el artículo 2 de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación y dispone una serie de categorías sospechas configurativas de la misma. Sin embargo, para que se aplique el principio de no discriminación arbitraria por parte de los tribunales competentes, deberá efectuarse el respectivo examen de razonabilidad del hecho denunciado como discriminatorio (Isler, 2016, p. 104). Al respecto, se debe tener en consideración que la interpretación jurisprudencial de la letra c) del artículo 3 de la LPDC solo ha sido entendida hasta ahora como la negativa a la prestación de un servicio o a la venta de un bien, sin considerar a la publicidad abusiva y/o sexista en los términos propuestos⁷.

Finalmente, el artículo 3, letra e), permite establecer el principio de la reparación total y oportuna del daño. A juicio de la autora Patricia López (2020) resultará vulnerado este derecho en el evento en que no se reconozcan especies de publicidad ilícita no tipificada, esto es, distinta de la engañosa. Siguiendo el razonamiento de la autora, sería posible enarbolar un régimen de responsabilidad en virtud de las normas y principios propios del derecho del consumo que derivan de su naturaleza protectora, tales como el deber de profesionalidad, el principio de no discriminación y de la reparación integral del daño. Empero, a juicio de las autoras y tomando en consideración los principios expuestos para la creación de un régimen de responsabilidad que se haga cargo de la obligación que como Estado le compete en materia de derechos humanos de las mujeres —que dice relación con la implementación de medidas legislativas tendientes a prevenir, sancionar y erradicar la violencia de contra la mujer—, es necesario además la creación de una hipótesis infraccional en las normas de consumo. Esto, con la finalidad de no relegar la publicidad abusiva y/o sexista al terreno moral de quienes ejercen la actividad publicitaria o únicamente al terreno interpretativo de los operadores de justicia.

Según lo ya expuesto y considerando la autorregulación de la actividad publicitaria abusiva y/o sexista, se considera pertinente la creación de un tipo infraccional específico que aborde de manera concreta el supuesto de hecho que se busca prevenir y sancionar. Lo anterior, permitiendo además activar los regímenes de responsabilidades previstos en la propia ley, como sería la civil, la infraccional o ambas, y que además la propia pena asociada produzca el efecto disuasivo esperable que desincentive la producción y difusión de publicidad ilícita, particularmente la abusiva y/o sexista.

⁷ En este sentido, la tendencia jurisprudencial es invocar la discriminación arbitraria en aquellos casos de negativa injustificada a la venta de un bien o prestación de un servicio. Véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°90-2009, *Flores Soria con Casino Enjoy Antofagasta*; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°7208-2008, *SERNAC con Budapest*; la sentencia del 1° Juzgado de Policía Local de Talcahuano, Rol N°2838-2015, *SERNAC con Cencosud Retail S.A.*; la sentencia del 1° Juzgado de Policía Local de Temuco, Rol N° 229.754-J-2015, *SERNAC con Banco Santander*.

4. Hacia la creación de un tipo infraccional por publicidad abusiva y/o sexista

Han existido tres intentos legislativos para sancionar este tipo de publicidad ilícita sin éxito: boletín N° 5194-03 del año 2007, boletín N° 9803-03 del año 2014 y boletín N° 10551-03 del año 2016. A juicio de las autoras, la creación de un tipo infraccional específico por este tipo de publicidad sería de utilidad en la prevención y erradicación del uso estereotipado de la imagen de la mujer y la cosificación de su cuerpo como estrategia de marketing. Así pues, ante la exhibición de una pieza publicitaria abusiva y/o sexista, podrían tomarse diferentes medidas por las personas consumidoras afectadas, el SERNAC o asociaciones de consumidores basadas en las siguientes ventajas:

4.1 El carácter tutelar o protector de las normas de consumo

Como ya se ha adelantado, la naturaleza protectora respecto de la cual se erige el principio de protección de los consumidores, según Morales (2019), radica “en superar viejos esquemas de igualdad formal y adoptar criterios especiales de protección dada la asimetría entre las partes de las relaciones de consumo” (p. 8). Es por ello que el rasgo más característico de las normas de consumo es la naturaleza imperativa de las mismas. Son normas de orden público y, por tanto, su cumplimiento interesa a la sociedad en su conjunto, no solo a las partes involucradas en la relación de consumo, por lo que constituyen derechos irrenunciables por los consumidores, tal como dispone el artículo 4 de la LPDC.

4.2 Cese de la pieza publicitaria y publicidad correctiva

La propia LPDC reconoce la acción de cesación del acto lesivo que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, según dispone el artículo 50. A su turno, el artículo 31 de la LPDC fue parte de la reforma legal de la Ley N° 21.081, que establece que el tribunal competente, de oficio o previa solicitud del Servicio o del particular afectado, podrá disponer la suspensión de las emisiones publicitarias cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten. Podrá, asimismo, exigir al anunciante que, a su propia costa, realice la publicidad correctiva que resulte apropiada para enmendar errores o falsedades, dentro del plazo fatal de diez días hábiles. En consecuencia, consideramos que esta norma aplicable al caso de publicidad falsa o engañosa podría hacerse extensiva también a una eventual hipótesis de publicidad abusiva y/o sexista.

En lo sucesivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la LPDC, se hace presente que para las hipótesis infraccionales de publicidad engañosa —en relación con cualquiera de los elementos indicados en el artículo 28— difundidas por medios de comunicación social, hará incurrir al infractor en una multa de hasta 1500 UTM. En el caso que incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud, la seguridad de la población o el medio ambiente hará incurrir al anunciante infractor en una multa de hasta 2250 UTM. Sin detrimento de lo anterior, la sanción residual dispuesta en materia de consumo, en caso de no existir una sanción específica, será la del artículo 24, inciso 1° de la LPDC, siendo de hasta 300 UTM.

4.3 Régimen de responsabilidad patrimonial y extrapatrimonial

El artículo 3, inciso 1°, letra e) de la LPDC reconoce como uno de los derechos de los consumidores la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor. La norma referida consagra el principio de la reparación integral, por lo que cada vez que una pieza publicitaria abusiva y/o sexista sea exhibida, dará lugar a la debida indemnización de perjuicios en favor de las personas consumidoras

afectadas. A mayor abundamiento, la reforma de la Ley N° 21.081 permitió la indemnización por daño moral en acciones colectivas, mediante la determinación judicial de un monto mínimo común, que corresponde a la afectación mínima sufrida por todos los consumidores en común por la infracción respectiva.

4.4 Consideración de la agravante de responsabilidad del artículo 24 de la LPDC

La reforma legal de la Ley N° 21.081 vino a establecer dentro del artículo 24, inciso 5° de la LPDC, circunstancias agravantes de responsabilidad, en especial: “c) Haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad”. Además, en armonía con la norma transcrita, el artículo 53 C, letra c) de la LPDC —para los procedimientos de protección de los intereses difusos o colectivos— dispone que en aquellos casos en que concurran las circunstancias agravantes del artículo 24, inciso 5° de la LPDC, el tribunal podrá aumentar en el 25% el monto de la indemnización correspondiente, permitiendo al tribunal imponer sanciones por daños punitivos.

4.5 Mecanismos procesales efectivos y el acceso a la justicia: tutela de los intereses supraindividuales

La LPDC establece la posibilidad de entablar acciones de interés individual y supraindividual cuando se afecte el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores. En este sentido, el título IV de la LPDC distingue tres expresamente: las acciones de interés individual, las acciones de interés colectivo y las acciones de interés difuso. Luego, en el párrafo 3 de la LPDC —Del Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores—, la legitimación activa para ejercer estas acciones, de acuerdo con el artículo 51, serían: el SERNAC, las asociaciones de consumidores y un grupo de consumidores afectados por un mismo interés, en un número no inferior a cincuenta personas individualizadas. Además, un aspecto no menor tiene relación con la promoción de asociaciones de consumidores, que permita difundir, educar, promover, sensibilizar y proteger los derechos y hacerse parte en juicios colectivos, tal como se dispone en el artículo 8 de la LPDC.

Si bien ya existía la posibilidad de financiamiento a partir de fondos concursables, la reforma de la Ley N° 21.081 permitió que dicho fondo estuviera compuesto, de acuerdo con el artículo 11 bis, de remanentes no transferidos ni reclamados provenientes de soluciones alcanzadas a través de mediaciones o de juicios colectivos, de conformidad a lo establecido en los artículos 53 B, 53 C y 54 P de la LPDC.

Finalmente, teniendo en consideración la especial protección a los intereses supraindividuales, el párrafo 4 estatuye el procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores. Este consiste en un procedimiento extrajudicial que tiene por finalidad la obtención de una solución expedita, completa y transparente, en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores. Un aspecto importante es el plazo de duración del procedimiento voluntario colectivo, que según el artículo 54 J de la LPDC, será de un plazo máximo de tres meses.

Por último, en el caso de llegarse a un acuerdo entre las partes, el SERNAC dictará una resolución que deberá cumplir con los requisitos del 54 P del mismo cuerpo normativo. Luego, para que produzca el efecto *erga omnes*, deberá ser aprobado por el juez de letras en lo civil correspondiente al domicilio del proveedor, surtiendo los efectos de una transacción extrajudicial respecto de todos los consumidores potencialmente afectados.

4.6. Facultades fiscalizadoras y propositivas del SERNAC

La facultad fiscalizadora es una potestad nueva encomendada al SERNAC, implementada por la Ley N° 21.081, distinta del proyecto original, tras haberse declarado por el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de la potestad sancionatoria⁸. Sin perjuicio de lo anterior, se mantuvo esta facultad y su reconocimiento en los términos del artículo 58, letra a) de la LPDC. En este se mandata al SERNAC a fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la LPDC y de toda la normativa de protección de los derechos de los consumidores. Sería de utilidad un tipo infraccional que sancionara la publicidad abusiva y/o sexista, porque pasaría a ser parte de las normas a fiscalizar por parte del Servicio y, por tanto, el adecuado cumplimiento por parte de los proveedores con respecto a las piezas publicitarias que lanzan al mercado. Así, en el evento que se constate la exhibición de una pieza publicitaria ilícita por un ministro de fe del SERNAC, según lo dispuesto por el artículo 59 bis de la LPDC, puedan tomarse las medidas ya descritas en este apartado o entablarse la acción de interés general derivada del artículo 58 letra g) de la LPDC y la respectiva responsabilidad infraccional del proveedor ante el tribunal competente.

Finalmente, la creación de un tipo infraccional como el indicado puede incluso —de acuerdo con el artículo 58, letra c) de este estatuto legal— ser propuesta por el SERNAC al presidente de la República, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, la dictación, modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios en la medida que ello sea necesario para la adecuada protección de los derechos de los consumidores.

5. Conclusiones

La publicidad abusiva y/o sexista —entendida como cualquier anuncio que presente a las mujeres de forma discriminatoria, utilizando su cuerpo o partes del mismo como mero objeto de marketing, desvinculado del producto o servicio que se pretende promocionar, o que asocia su imagen a comportamientos estereotipados— afecta la dignidad y derechos de mujeres, niñas y adolescentes, a la autopercepción en su entorno social y a su desarrollo, situación que resulta atentatoria y vulneratoria en el marco de una sociedad democrática que debe promover la igualdad y no discriminación entre las personas.

Los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile en el marco del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres son enfáticos en instar a los Estados Parte, en términos legislativos, a que no existan divergencias entre jura y praxis. Es decir, que no solamente existan declaraciones enunciativas relativas a la protección de las mujeres, sino más bien, la imperatividad de la aplicación efectiva de las mismas. Por ende, es evidente que Chile debe adecuar su normativa interna para la protección de los derechos de las mujeres, lo que incluye la erradicación de estereotipos de género o cualquier tipo de

⁸ Es dable consignar que la reforma original de la Ley N° 21.081 le atribuía al SERNAC la facultad no tan solo de fiscalización, sino además la facultad sancionatoria, a lo cual el Tribunal Constitucional consideró entre uno de sus fundamentos, en particular el fundamento trigésimo sexto, lo siguiente: “Que todo este conjunto de antecedentes, analizados y concatenados entre sí, revelan inequívocamente que en estos casos el Servicio Nacional del Consumidor entraría a ejercer ‘jurisdicción’, definida ésta —al hilo de la jurisprudencia constitucional— como aquella actividad tendente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas” (STC Roles N°s 176-93, considerando 4°; y 513-06, considerando 12°). La pregunta siguiente, por ende, es si el Servicio Nacional del Consumidor puede actuar como juez o, al menos, como un órgano que ejerce jurisdicción. La respuesta negativa, a su turno, exige una especial articulación de las normas constitucionales vigentes y los principios generales del derecho público chileno que rigen la materia: “Que incluso, de admitirse que un órgano administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso tampoco podría hacerlo el Servicio Nacional del Consumidor, por no reunir los requisitos previstos al efecto por la jurisprudencia de este Tribunal, en el sentido de que, en todo caso, debe tratarse de un tercero independiente e imparcial (STC Rol N°616-07, votos de mayoría y minoría, que consolidan criterios largamente sostenidos por este Tribunal)”. (Tribunal Constitucional, Rol N°4012-17, considerando 36° y 38°).

violencia. Ergo, es posible a nivel jurídico interno incorporar una norma prohibitiva expresa y taxativa que restrinja el derecho de la libre expresión o de empresa, entre otros, con el objeto de tutelar los derechos humanos de las mujeres, fundado en la igualdad, la no discriminación y la prohibición de violencia de género como principio de derecho internacional.

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico interno, la autorregulación, conforme al análisis efectuado, resulta insuficiente para otorgar protección jurídica efectiva a las mujeres y se debe avanzar hacia una legislación que prohíba expresamente la publicidad abusiva y/o sexista. Lo anterior, sin perjuicio de reconocer que pudiera configurarse un régimen de responsabilidad mediante la utilización de los principios protectores del derecho del consumo, pero hasta la fecha no hay precedentes judiciales que construyan esta teoría dogmática utilizando los principios de no discriminación arbitraria, deber profesional y el de reparación integral.

En consideración a lo que se ha expuesto, el derecho del consumo constituye una herramienta protectora y efectiva para abordar hipótesis infraccionales de publicidad abusivas y/o sexistas, no sólo porque es el derecho llamado a regular las relaciones asimétricas entre consumidores y proveedores, sino porque además ha sido el estatuto que regula la publicidad ilícita en el mercado y porque, tal como lo hemos desarrollado en el apartado final del presente trabajo, la LPDC prevé una serie de mecanismos que permitirían una tutela efectiva, tales como la acción de cesación de la pieza publicitaria, la publicidad correctiva, la indemnización de perjuicios por daño patrimonial y extrapatrimonial, la responsabilidad contravencional y sin duda el efecto propio y disuasivo de la pena.

Bibliografía citada

- Barocelli, Sergio (2020): “La Problemática de los Consumidores Hipervulnerables en el Derecho del consumidor Argentino”. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/consumidores-hipervulnerables.pdf>. [Fecha de consulta: 25/01/2021].
- Barrientos Camus, Francisca (2019): *Lecciones de Derechos del Consumidor* (Santiago, Thomson Reuters).
- Buongermini Palumbo, María (2009): “Violencia de género como fenómeno estructural: Una aproximación conceptual y normativa en el marco de la publicidad y las relaciones de consumo”, en: Vera Salerno, Raquel Andrea (comp.), *Violencia de género. Problema antiguo - Nuevos abordajes en el Paraguay* (Asunción, Ediciones y Arte S.A.), pp. 111-142.
- Isler Soto, Erika (2016): “Aproximación al derecho a la no discriminación arbitraria en el régimen de la Ley 19.496”, *Revista de Derecho Público*, 84: pp. 99-113.
- Morales Ortiz, María Elisa (2019): “La configuración del principio de protección al consumidor”, en Contardo González, Juan Ignacio; Fernández Ortega, Felipe y Fuentes Maureira, Claudio (coord.), *Litigación en Materia de Consumidores* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 3-18.
- López Díaz, Patricia (2020): “La responsabilidad por publicidad ilícita y su incidencia en la tutela de los consumidores”. *El Mercurio*. 3 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2020/11/03/La-responsabilidad-por-publicidad-ilicita-y-su-incidencia-en-la-tutela-de-los-consumidores.aspx> [Fecha de consulta: 25/01/2021].
- Secretaría Técnica Igualdad y de Género y no Discriminación del Poder Judicial (2019): *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Disponible en: http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stgnd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf [Fecha de consulta: 25/01/2021]

- SERNAC (2019): “Aprueba circular interpretativa sobre publicidad y prácticas comerciales”. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9190_archivo_01.pdf. [Fecha de consulta: 25/01/2021].
- SERNAC (2017): “Análisis, vigilancia y gestión jurídica de la publicidad en Chile, del Departamento de Estudios e Inteligencia y balance de gestión año 2016”. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/619/articles-5386_archivo_01.pdf [Fecha de consulta: 25/01/2021]
- SERNAC (2015): “Reporte sobre publicidad sexista”. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/619/articles-7467_archivo_01.pdf [Fecha de consulta: 25/01/2021].
- Stiglitz, Gabriel, (2001): *Defensa de los consumidores de productos y servicios* (Buenos Aires, La Roca).

Normas citadas

- Código Chileno Ética Publicitaria (2018), sexta edición. Disponible en <https://www.conar.cl/codigo-etica/> .[Fecha de consulta:31.09.2020]
- Convención de Belém do Pará (23/09/1998) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (18/12/1979).
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (15/09/1995) Declaración política y documentos resultados de Beijing+5.
- Declaración y Programa de Acción de Viena (25/07/1993) Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.
- Ley N°19.496 (07/03/1997) Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
- Ley N° 20.609 (24/07/2012) Establece Medidas contra la Discriminación.
- Ley N° 20.105 (16/05/2006) Modifica la ley N° 19.419 en materias relativas a la publicidad y el consumo del tabaco.
- Ley N° 20.869 (13/11/2015) Sobre Publicidad de los Alimentos.
- Ley N° 21.081 (13/09/ 2018) Modifica ley N° 19.496, Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
- Recomendación general número 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general número 19* (2017): Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 26 de julio de 2017. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>. [Fecha de consulta: 25/01/2021].

Jurisprudencia citada

- González y otras vs. México* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347&lang=e
- Defensoría de la Niñez, De la Fuente y Ahumada con Monarch, Motta, C. Moran y Falabella* (2020): Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, Dictamen Ético, Rol N°1135/2020, 23 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.conar.cl/wp-content/uploads/2020/03/Rol-1135-Fallo-Conar.pdf> [Fecha de consulta:31.09.2020].
- Tribunal Constitucional, Sentencia 18 de enero de 2018: (Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, correspondiente al boletín N° 9369-03). Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias> [Fecha de consulta:31.09.2020].