



Vniversitas
ISSN: 0041-9060
ISSN: 2011-1711
revistascientificasjaveriana@gmail.com
Pontificia Universidad Javeriana
Colombia

La publicidad comercial y el niño, niña y adolescente en el derecho chileno: un intento de sistematización y determinación de la tutela aplicable*

López Díaz, Patricia Verónica

La publicidad comercial y el niño, niña y adolescente en el derecho chileno: un intento de sistematización y determinación de la tutela aplicable*

Vniversitas, vol. 70, 2021

Pontificia Universidad Javeriana

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82569129002>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.pcnn>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



Artículos

La publicidad comercial y el niño, niña y adolescente en el derecho chileno: un intento de sistematización y determinación de la tutela aplicable*

Commercial Advertising and the Child and Adolescent in Chilean Law: An Attempt to Sistematize and Determine the Applicable Protection

Patricia Verónica López Díaz
Universidad Diego Portales, Chile
patriciaveronica.lopezdiaz@mail.com

Vniversitas, vol. 70, 2021

Pontificia Universidad Javeriana

Recepción: 04 Septiembre 2020

Aprobación: 22 Octubre 2020

Publicación: 22 Octubre 2021

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.pcnn>

Resumen: El presente artículo aborda la protección que el ordenamiento jurídico chileno dispensa al niño, niña y adolescente frente a la publicidad comercial. La metodología empleada consiste en examinar la normativa vigente, las sentencias de los tribunales de justicia y los dictámenes éticos del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR) que se han pronunciado sobre los supuestos en que sus derechos han sido vulnerados. La conclusión a la que se arriba es que si bien dicha protección no está expresamente regulada debe otorgarse para garantizar la observancia de ciertos derechos fundamentales de los que ellos son titulares y que puede alcanzarse recurriendo a la publicidad agresiva, abusiva y engañosa, que gozan de sustento normativo en nuestro derecho.

Palabras clave: Derechos del niño, la niña y el adolescente, publicidad infanto-juvenil, hipersexualización del menor, publicidad engañosa, publicidad abusiva, publicidad agresiva.

Abstract: The purpose of this article is to address the protection that the Chilean legal system provides to children and adolescents against commercial advertising. The methodology used consists of examining the current regulations and the judgments of the courts of justice and the ethical opinions of the Advertising Self-Regulation Council (CONAR) that have ruled on the assumptions on their rights have been violated. The conclusion reached is that although it is not regulated it must be granted to guarantee the observance of certain fundamental rights of which they are holders and that such protection can be achieved by resorting to the aggressive, abusive and misleading advertising that enjoy normative support in our law.

Keywords: Child and adolescent right's, children and youth advertising, child hipersexualitation, misleading advertising, abusive advertising, aggressive advertising.

Introducción

La publicidad infanto-juvenil no ha concitado mayormente la atención de la doctrina nacional en sede de consumo¹ ni tampoco en el derecho de la infancia y adolescencia², en circunstancias que cada vez es más frecuente que se hipersexualice al niño, niña y adolescente, se les induzca a adquirir determinados bienes y a contratar servicios a través de ganchos comerciales o simplemente se les persuade para incitar a sus padres o tutores a tal efecto.

Dicha realidad contrasta con lo que ha venido aconteciendo en las últimas décadas en el derecho y en la dogmática comparada, en los que no sólo se ha indagado el papel que desempeñan el niño, la niña y el adolescente en las decisiones de consumo, sino también el marco jurídico y social de este fenómeno; la función del consumo en su formación psicológica; la protección jurídica de ellos frente al consumo; la infancia y su interrelación con la publicidad; la educación y consumo en los programas escolares y centros de educación; y la brecha digital y tecnología en los menores³.

Abordar la publicidad infanto-juvenil, y la tutela que nuestro ordenamiento jurídico debe otorgarle a los menores de edad, reviste trascendental importancia en atención a diversas consideraciones. En primer lugar, porque su análisis resulta fundamental para garantizar la observancia de ciertos derechos fundamentales señalados en la Convención de Derechos del Niño (CDN) —aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre 1989 y ratificada por Chile el 14 de agosto de 1990— que pueden resultar vulnerados por la actividad publicitaria⁴.

Por otro lado, dado que nos encontramos desde el derecho de la infancia y adolescencia ante *sujetos de derechos* a los que debe reconocérseles *autonomía progresiva*⁵ y desde la perspectiva del derecho del consumo frente a consumidores *hipervulnerables*⁶, toda vez que a la *vulnerabilidad estructural* de todo consumidor se añade otra vinculada a su edad. En efecto, a pesar que la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC) no alude al menor de edad —por lo que debería aplicársele las normas de derecho común y exigírsele actuar debidamente representado y/o autorizado por su representante legal⁷—, igualmente puede otorgársele la calidad de *consumidor material* o *jurídico*. La primera en atención a que el criterio de aplicación de la LPC no se reconduce exclusivamente al acto oneroso y a que, como veremos, se le dispensa una especial protección en cuanto destinatario de la publicidad en la Ley 20.606, en el Decreto n.º 114 que aprueba el Reglamento sobre Seguridad de los Juguetes y en la Ley del Consejo Nacional de Televisión. La segunda, atendiendo a que la CDN constituye un tratado internacional que versa sobre derechos humanos del niño, niña y adolescente, de modo que prevalece sobre el Código Civil, lo que permite asentar la *autonomía progresiva*⁸ de estos en sentido amplio y

liberarlos de la autorización o representación para celebrar *actos relativos a bienes o servicios propios de su edad*⁹.

En tercer lugar, porque como recientemente lo ha destacado el profesor Juan Luís Goldenberg¹⁰, la publicidad tiene una finalidad *persuasiva* que no ha sido debidamente tratada por los ordenamientos jurídicos, ya que han desatendido que esta puede determinar que el consumidor adopte decisiones subóptimas derivadas de su *racionalidad imperfecta*, fenómeno que se acentúa aún más tratándose de los menores de edad como destinatarios de la publicidad comercial.

A ello se agrega que si bien han existido dos mensajes presidenciales que sugieren regular la publicidad infanto-juvenil —Boletín n.º 7027-03 del 30 de junio de 2010 y el Boletín n.º 4790-07 del 2 de enero de 2007¹¹— y que a la fecha no han prosperado, pues han sido archivados en cumplimiento del inciso segundo del artículo 36 Bis del Reglamento del Senado¹², lo que determina que sea la doctrina la encargada de proveer criterios que permitan disciplinar dicha publicidad a partir de las normas que resulten aplicables y/o de determinados principios publicitarios.

Finalmente, porque un examen de nuestro ordenamiento jurídico devela que existen ciertas normas que le dispensan al niño, niña y adolescente una especial protección en cuanto destinatario de la publicidad comercial que requieren ser debidamente ponderadas y otras que simplemente son inexistentes. En el primer grupo se encuentran aquellas que regulan la *publicidad para el menor* y que buscan tutelar que este se encuentre debidamente informado respecto de la composición nutricional del alimento que consume, de la seguridad del juguete que utiliza y del contenido de la publicidad a la que accede televisivamente. En el segundo, se concentran las normas que debiesen disciplinar la *publicidad con el menor* e impedir que el niño, niña y adolescente sea instrumentalizado, banalizado o hipersexualizado, contemplando sanciones si esto acontece.

Precisamente, fue esta última cuestión la que generó la atención mediática durante el mes de febrero de 2020 con ocasión de las denuncias efectuadas por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y la Defensora de la Niñez respecto de catálogos escolares de las empresas Monarch, Caffarena y Mota que promovían la hipersexualización de menores de edad, generando un interesante debate en el CONAR, que finalizó con el retiro de la pieza publicitaria y mostró drásticamente la falta de regulación de este supuesto en nuestro ordenamiento jurídico.

Se trata de un tópico que ha sido abordado legislativamente en ordenamientos jurídicos como el colombiano, específicamente en el Decreto 975 de 2014, que operativiza la protección que el artículo 1.5 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) les otorga a los menores de edad, disciplinando los casos, el contenido y la forma en la que se deben presentar la información y la publicidad dirigida a ellos¹³, pero que entre nosotros aún constituye una tarea pendiente.

Nuestro propósito, entonces, es analizar la protección del niño, la niña y el adolescente frente a la publicidad comercial en el derecho chileno y efectuar un diagnóstico de ella, lo que nos exigirá recurrir, por un lado, al derecho de infancia y adolescencia y, por el otro, al derecho de consumo. Para alcanzarlo, dividiremos este artículo en tres secciones. En la primera se determinará el catálogo de derechos del niño, la niña y el adolescente que pueden vulnerarse por medio de la publicidad comercial con el propósito de fijar los límites de la publicidad infanto-juvenil (i). En la segunda se examinará la regulación de la *publicidad para el niño, la niña y el adolescente* y de la *publicidad con el niño, la niña y el adolescente* en nuestro ordenamiento jurídico, analizando si esta armoniza con la protección que ha de otorgárseles de conformidad a tales cuerpos normativos (ii). Finalmente, se abordará la tutela que resulta procedente en aquellos supuestos en que la publicidad se torna *ilícita* y las consecuencias jurídicas que ello acarrea para el anunciante con el objeto de sistematizar las sanciones aplicables y proporcionar una solución a los casos no regulados directamente en nuestro derecho (iii). Examinados tales tópicos, se expondrán las conclusiones.

Los derechos del niño, la niña y el adolescente y su vulneración a través de la publicidad comercial

Una primera cuestión a establecerse es la de cuáles son los derechos o garantías del menor de edad que deben tutelarse en un mensaje publicitario a partir de una revisión de los tratados internacionales suscritos por Chile en esta materia, así como de la Constitución Política de la República (CPR), de aquellas leyes que disciplinen los derechos del niño, la niña y el adolescente e incluso del Código chileno de Ética Publicitaria (CchEP)¹⁴, toda vez que ello nos permitirá, a falta de regulación expresa de la publicidad infanto-juvenil y de normas que se refieran a ella en la LPC, advertir y fijar los límites de este tipo de publicidad.

Como es bien sabido, desde el siglo XX ha existido una especial preocupación por regular y proteger los derechos de los menores de edad, manifestándose en un primer momento, en Pactos internacionales, Declaraciones Generales y Declaraciones de Derechos relativas a los niños. Entre los primeros destacan, respectivamente, los artículos 24 y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, que abogan por la protección del menor, proscribiendo su *discriminación* por la familia, la sociedad y el Estado¹⁵. En lo que se refiere a las segundas, se encuentran el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que se estipula el derecho de todo niño a “la adecuada protección social” y el artículo 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá ese mismo año, que contempla el “derecho de protección de la

infancia”¹⁶. Finalmente, tratándose del tercer grupo, adquieren especial importancia el artículo 1 de la Declaración de Ginebra de 1924 sobre “Derechos del niño” —la primera en ese sentido— y los principios 2 y 10 contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, en los que aluden a la “protección especial” de la que este debe ser objeto y al “deber de garantizar el desarrollo material y espiritual del niño”¹⁷.

Pero fue con ocasión de la CDN que tales derechos y otros más específicos fueron recogidos en un solo texto. Pues bien, en lo que aquí interesa y sin perjuicio de la relevancia de las acciones comunitarias europeas sobre protección de los menores y de otros movimientos recientes orientados en la misma dirección¹⁸, una revisión de dicha convención evidencia la especial preocupación que tuvieron sus redactores por la *vinculación de los menores de edad con la publicidad comercial*. En efecto, su artículo 17 establece que los Estados parte reconocen la importante función que tienen los medios de comunicación y velarán para que “el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales”, en especial aquella que tenga por finalidad “promover su bienestar social, espiritual, moral y su salud física y mental”. Y precisa, en lo que aquí interesa, en sus numerales 1 y 5, respectivamente, que los Estados parte de la convención “alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño” y “promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material *perjudicial* para su bienestar”.

A dicho precepto se agregan el artículo 14, en lo que refiere al compromiso de garantizar la *libertad de pensamiento del menor*, el artículo 27, que le reconoce el derecho a un nivel de *vida adecuado* para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y el artículo 36 relativo al deber de protegerlo contra toda forma de explotación *perjudicial* para su bienestar.

Habida consideración que la CDN fue ratificada por Chile, la publicidad comercial dirigida a menores o aquella en que estos participen debe ajustarse a dichos preceptos y tutelar tales derechos. Más aún si la Ley que regula el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez (Boletín 10315-18) —destinada a implementar tal Convención en nuestro ordenamiento jurídico— se encuentra en tramitación desde el 2015¹⁹. Pero existe un argumento adicional que exige dicha protección: una detenida lectura de los artículos de la CDN que hemos referido devela que ellos aluden a garantías fundamentales o derechos de la personalidad de los menores consagrados en la CPR que efectivamente pueden vulnerarse a través de la actividad publicitaria. Se trata del derecho a la *integridad física y síquica* que nuestra Constitución regula indiscutidamente en el artículo 19 n.º 1 y del *derecho a la imagen*²⁰ cuya consagración en el 19 n.º 4 resulta más controvertida²¹, pero que dogmáticamente se ha reconocido, incluso tratándose del menor de edad²², como distinto e

independiente del derecho a la honra, de la protección de la vida privacidad y de la propiedad²³.

El *derecho a la integridad física* resulta infringido, por ejemplo, si la publicidad presenta a los menores en situaciones de peligro que puedan imitar con posterioridad, promociona hábitos no saludables, no advierte que los cosméticos infantiles carecen de registro sanitario, que los juguetes son peligrosos o requieren precauciones especiales o que los alimentos publicitados tienen una alta concentración de sustancias nocivas y recurre a ganchos comerciales prevaliéndose de la credulidad o ingenuidad de los menores de edad para que persuadan a sus padres a adquirir tales alimentos o productos defectuosos que pueden atentar contra su seguridad. El derecho a la *integridad síquica*, en cambio, se vulnera en aquellos casos en que la publicidad menoscaba la imagen de menores que tengan cualquier condición o limitación física o intelectual, promueve estilos de vida poco saludables afectando su salud mental, alienta cualquier discriminación arbitraria respecto de quienes no consumen el producto publicitado o bien incentiva su inferioridad o rechazo por esta circunstancia o por situaciones y comportamientos que no son propios de su edad.

Por otra parte, y considerando que el *derecho a la imagen* protege al titular frente a la captación, reproducción y publicación de ella en forma reconocible y visible²⁴, este resultará afectado, sin perjuicio de que se ejerza el denominado *right of publicity*—esto es, el derecho a explotar lucrativamente su imagen²⁵— si se publicita una imagen del menor sin el debido consentimiento, transcurrido el plazo en que se autorizó tal exhibición o con una finalidad distinta a la autorizada.

Pues bien, resulta evidente que tales derechos pueden ser vulnerados o conculcados por la publicidad comercial, hipótesis en las cuales ella devendrá *ilícita*, porque se ha tornado *engañosa* para el menor, *agresiva* o derechamente *abusiva*, adquiriendo una especial connotación respecto del niño, niña y adolescente en estas dos últimas hipótesis, atendida su credulidad, inexperiencia, inmadurez e ingenuidad.

Claro está que la *publicidad engañosa* se verifica respecto de cualquier consumidor y que es aquella la que lo induce o puede inducirlo a error o engaño a través de una acción, omisión o acto de confusión respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedad, origen, precio y cualquier otro *dato relevante*. *esencial* del producto o servicio, incidiendo en su comportamiento económico²⁶.

La publicidad *agresiva*, en cambio, vulnera la *libertad de elección* de los consumidores a través del acoso, coacción e *influencia indebida*, limitando *significativamente* su capacidad para adoptar una decisión económica, afectando especialmente al menor en este último caso, toda vez que tal influencia consiste en el aprovechamiento de la *posición de poder* del anunciante respecto del destinatario. Es precisamente lo que acontece si se utilizan personajes de confianza cuyos destinatarios son menores de edad o se los exhorta directamente a través de la publicidad para que adquieran bienes, usen servicios o

convenzan a sus padres u otros adultos que los adquieran o contraten²⁷.

Un fenómeno similar se advierte respecto de la *publicidad abusiva*, ya que también adquiere una particular relevancia tratándose del niño, la niña y el adolescente, dado que ella infringe determinadas garantías constitucionales o derechos de la personalidad, así como aquellas regulaciones que tienen por objeto protegerlas²⁸. Por tanto, ella se verificará si el mensaje publicitario menoscaba su dignidad discriminándolo, vulnerando su derecho a la imagen, induciéndolo a comportamientos perjudiciales para el medio ambiente, su salud o integridad física o síquica, promoviendo su explotación u omitiendo las advertencias legales respecto de alimentos con alta concentración de sustancias nocivas y de las consecuencias adversas del consumo de tabaco y alcohol²⁹ y aquellas reglamentarias referentes a juguetes inapropiados para menores de 3 años, peligrosos o que requieran precauciones especiales³⁰.

La cuestión a dilucidar en las líneas que siguen, entonces, es doble. Por un lado, indagar si el ordenamiento jurídico chileno tutela directa o indirectamente al niño, niña y adolescente en los supuestos a los que hemos aludido. Y, en el evento que así sea, desentrañar cuál es el alcance de ella, esfuerzo dogmático este último que no solo exige revisar la normativa vigente relativa a la publicidad comercial sino también indagar si existen sentencias de nuestros tribunales y dictámenes éticos del CONAR que se hayan pronunciado sobre su alcance.

La publicidad dirigida al niño, niña y adolescente o que supone su intervención en el derecho chileno: una sistematización

Una primera cuestión que debe establecerse es qué debe entenderse en nuestro derecho por *publicidad infanto-juvenil*. Y la pregunta es relevante al menos por tres motivos. En primer lugar, porque, como se sostuvo, actualmente es frecuente que la actividad publicitaria esté dirigida a niños, niñas y adolescentes o contemple su participación. Por otro lado, dado que el legislador nacional aún no ha asumido la tarea de definirla. Finalmente, porque no se ha realizado ningún esfuerzo dogmático en ese sentido, a pesar que esta especie de publicidad ha sido referida con ocasión del menor como consumidor y a propósito de la sexualización de este por medio de la publicidad comercial³¹.

Curiosamente el intento más acabado por conceptualizar la publicidad infanto-juvenil se advierte en sede de autorregulación, específicamente en el artículo 21 del CchEP, cuyo inciso primero dispone lo siguiente:

Se considerará publicidad dirigida a menores de edad:

- A. La que promociona productos o servicios destinados de forma *preferente* a menores de edad.
- B. La que está diseñada de tal forma que por su contenido, lenguaje o imágenes, busca *atraer* de forma especial la atención o interés de ellos.
- C. Aquella cuya audiencia estimada tiene una proporción *significativa* de menores de edad.

Sin embargo, un análisis más detenido revela que tal noción es *incompleta*, dado que la publicidad no solo puede estar *dirigida* al niño, la niña y el adolescente —caso en el cual las expectativas respecto de la conformidad y seguridad de los productos deben medirse de acuerdo a estos en cuanto destinatarios finales—, sino que además puede requerir su *intervención o participación*. Dicho de otro modo, la publicidad infanto-juvenil no solo se configura en atención a quienes sean sus *destinatarios*, sino también debe considerar a los *involucrados o participantes* en el mensaje publicitario, cualquiera sea su soporte.

Probablemente en atención a esta consideración se distingan en la doctrina comparada dos tipos o especies de publicidad infanto-juvenil: la *publicidad con el niño, la niña y el adolescente* y la *publicidad para el niño, la niña y el adolescente*. En la primera, el menor de edad se erige como protagonista del anuncio y es a través de su ternura, ocurrencia y encanto que llega el mensaje al receptor final, esto es, al adulto, como acontece tratándose de los alimentos y de los productos para el hogar. En la segunda, el menor es el destinatario directo del mensaje y el posible consumidor del producto y en ella, por lo mismo, se utiliza más intensa y abusivamente la confusión *fantasía-realidad*³².

Podría pensarse que esta contraposición es artificial, pues la publicidad que contempla la participación o intervención de menores de edad tiene como público objetivo no sólo a los adultos sino a quienes pertenecen al mismo rango etario de aquellos, amalgamándose con la publicidad dirigida a estos. Pero lo cierto es que en ordenamientos jurídicos como el nuestro cobra pleno sentido, pues, como constataremos en las líneas que siguen, solo una de dichas categorías se encuentra disciplinada, de modo que la forma en que nos aproximaremos a cada una de ellas será distinta. En el primer tipo de publicidad infanto-juvenil describiremos su regulación actual y la analizaremos críticamente. En el segundo, en cambio, propondremos reencausar las hipótesis que puedan presentarse a ilícitos publicitarios para tutelar debidamente al niño, niña y adolescente que interviene en dicha publicidad. En este mismo orden las examinaremos.

La publicidad dirigida al niño, niña o adolescente

En este primer tipo de publicidad, el destinatario directo del mensaje y eventual consumidor del producto es altamente persuasible e hipervulnerable y no solo actúa influenciando a sus padres u otros adultos en las decisiones de consumo, sino que gestiona su propio dinero y adopta decisiones sobre la compra de productos de poca cuantía con total autonomía, inducido por su propia percepción de la realidad. De allí que sea necesario regularla para excluir determinadas prácticas publicitarias ilícitas que este grupo etario no podrá ponderar a cabalidad.

Por otro lado, se presenta mayoritariamente en un *modelo puro*, toda vez que los menores de edad son los destinatarios de la publicidad sin que se advierta su intervención en el mensaje publicitario, con excepción de dos hipótesis. La primera consiste en que menores de edad inciten a niños, niñas y adolescentes a adquirir bienes o contratar servicios y puede devenir en *agresiva* y *abusiva*. La segunda, en cambio, nos reconduce a la publicidad *engañosa* y tiene lugar cuando la publicidad realizada por aquellos tiene la virtualidad de inducir a estos últimos a error o a engaño sobre las características de los productos o servicios, sus condiciones de seguridad, aptitudes y capacidades para su uso.

La publicidad dirigida al niño, niña y adolescente se encuentra regulada en el derecho comparado a propósito de la publicidad ilícita, como lo revelan, entre otros, el artículo 3 b) de la Ley General de Publicidad española (LGPE), el artículo 30 de la Ley de Competencia Desleal española (LCDE), el artículo 16 del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano y el artículo del Decreto 975 de 2014 que operativizó la protección a que alude el artículo 1.5 del Estatuto Colombiano del Consumidor.

En efecto, el referido artículo 3 b) dispone que es ilícita “la publicidad dirigida a menores que les *incite* a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad”, agregando que “no se deberá *inducir* a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros”. Por otra parte, el artículo 30 de la LDCE, relativo a las prácticas agresivas, indica que “se reputa desleal por *agresivo*, incluir en la publicidad una *exhortación* directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados”.

Por su parte, el artículo 16 del referido Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano, referente a la publicidad de menores de edad, dispone que ella

no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de

lealtad de los menores. Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido.

Finalmente, en el derecho colombiano destaca el artículo 3 del Decreto 975 de 2014 que *reglamenta los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores*, toda vez que señala que la información dirigida a ellos deberá ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, enfatizando que toda forma y contenido de comunicación que tenga por finalidad influir en sus decisiones de consumo no podrá inducir a error, engaño o confusión. Asimismo, agrega que los anuncios publicitarios dirigidos a niños, niñas y adolescentes no contendrán ninguna forma de violencia, discriminación, acoso, ni promoverá ninguna conducta que pueda afectar la vida o integridad física de una persona.

Pues bien, frente a este escenario regulatorio, la pregunta que inevitablemente surge es si nuestro legislador contempla alguna norma que aluda a estas hipótesis. Y la respuesta, a diferencia de lo que acontece tratándose de la *publicidad que supone la intervención del niño, niña y adolescente*, es afirmativa, pudiendo distinguirse al efecto dos ámbitos que abordaremos en el siguiente orden, atendida la amplitud de supuestos que disciplinan: la autorregulación publicitaria y la normativa legal.

Podría pensarse que analizar la autorregulación resulta inoficioso, toda vez que el CchEP y los dictámenes del CONAR solo son vinculantes respecto de las instituciones y empresas que bajo la forma de asociaciones han adscrito a él. Pero lo cierto es que, como se advertirá, no solo constituye la regulación más completa de la publicidad comercial y, en lo que aquí interesa, de la publicidad infantil y adolescente, sino que contiene *directrices* y *orientaciones* que develan un eficaz modelo para reprimir la publicidad ilícita, muchas de las cuales han sido consideradas en artículos de determinadas leyes que examinaremos en las líneas que siguen³³.

El artículo 21 del CchEP que regula la *publicidad dirigida al menor*

Este primer artículo, como lo consignamos más arriba, es el único que define la publicidad cuyos destinatarios son los niños, niñas y adolescentes y que la disciplina. Pero su mérito no se agota en tal noción, pues además de reconocer en el inciso sexto que los menores de edad no son un grupo homogéneo, sino que tienen diferentes niveles de madurez y comprensión, contiene diversas *directrices* que deben observarse y cuya infracción torna a la publicidad en ilícita.

En efecto, una detenida lectura de dicho precepto nos permite advertir que la regla que cristaliza es la siguiente: la publicidad dirigida a menores debe respetar altos estándares de responsabilidad social, considerando las características psicológicas y el nivel de conocimiento, sofisticación y madurez de la audiencia juvenil e infantil en sus

diferentes etapas, atendiendo a su capacidad de comprensión y a su falta de discernimiento y experiencia frente a los mensajes publicitarios.

De dicha regla se derivan cuatro *deberes* específicos del anunciante, consignados en términos muy generales en su inciso segundo, vinculados a los *principios de autenticidad o identificación publicitaria*, de *veracidad* y de *transparencia publicitaria*³⁴ y a la *publicidad agresiva, abusiva y engañosa*³⁵. Tales son (i) el deber de *veracidad* y *claridad* del mensaje publicitario, (ii) el deber de *no explotar* la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, (iii) el deber de *abstenerse* de realizar falsas promesas en el anuncio y (iv) el deber de *exhibir responsablemente* los productos.

Así, el artículo 21 del CchEP exige en su inciso tercero cuidar especialmente que el producto anunciado y el tipo de publicidad sean apropiados para la audiencia infantil y juvenil y que la publicidad sea *claramente identificable* por tal audiencia y separada del contenido editorial, noticias, programas y demás comunicaciones no publicitarias.

De otro lado, repudia la *publicidad agresiva*, rechazándola en sus diversas modalidades, esto es, a propósito de la *coacción*, del *acoso* y de la *influencia indebida*. En efecto, en lo que concierne a la *coacción* prescribe que la publicidad debe evitar el uso de violencia o agresividad injustificadas, de elementos que causen temor o puedan perturbar de cualquier modo a los menores y de frases, llamados o expresiones que ordenen, manden o presionen a la compra, el consumo o el uso de productos o servicios. Tratándose del *acoso* proscribire el incentivo destinado a que ellos agobien a sus padres o acosen a terceros con el propósito de promover el consumo o transmitirles un sentido de urgencia —especialmente si existe un número limitado de productos disponibles o un plazo determinado para la promoción u oferta— y el recurso a la caridad para explotar la inocencia de los menores, presionar sus emociones o crear en ellos algún sentimiento de culpa. Finalmente, a propósito de la *influencia indebida* repudia la explotación de la ingenuidad, inmadurez, inexperiencia o credulidad natural de los menores, el abuso de su sentido de lealtad y el incentivo dirigido a que adquirieran productos o servicios a través de cualquier medio³⁶.

El referido artículo 21 tampoco admite la *publicidad engañosa*, pues señala que el recurso a la fantasía —incluyendo animaciones y personajes y la utilización de celebridades populares entre niño y niñas— no es apropiado si induce a engaño o a error sobre los beneficios o características del producto o servicio. Asimismo, indica que la publicidad debe usar un lenguaje, elementos visuales y símbolos comprensibles por ellos, evitando promesas que puedan generarles expectativas no razonables de los productos ofrecidos respecto de su calidad, desempeño, duración y precio y de los beneficios que pueden obtener de ellos³⁷.

Por último, rechaza la *publicidad abusiva* de diversas formas en sus incisos décimo quinto a décimo séptimo. Así prescribe que la

publicidad no debe provocar en los menores sentimientos de inferioridad o rechazo social por no poseer el producto o servicio anunciado, promover un estilo de vida poco saludable, presentar cualquier imagen corporal u otra condición que atente contra la salud y normal desarrollo de ellos ni burlarse o menoscabar la imagen de menores que tengan cualquier condición o limitación física o intelectual.

Como se advierte, estamos ante un verdadero *código de conducta* que deben observar los anunciantes respecto del niño, niña y adolescente, cuya infracción ha sido denunciada en más de una ocasión ante el CONAR, obligándolo a pronunciarse sobre el alcance del artículo 21 del CchEP tratándose de catálogos de moda femenina juvenil e infantil, de lenguaje, elementos y signos visuales inapropiados en el mensaje publicitario y de propiedades inmunizantes de ciertos productos lácteos.

Así aconteció en *Lavín con Falabella*, en el 2018, cuando se denunció que el contenido del catálogo publicitario de una determinada marca de ropa “mostraría un parámetro de belleza femenina que favorece actitudes alimenticias no sanas”, imponiendo a jóvenes y niñas la contextura corporal de modelos extremadamente delgadas. La pieza publicitaria, según el denunciante, vulneraba dicho precepto en aquella parte en que dispone que “la publicidad dirigida a menores no debe presentar como modelos a seguir la anorexia, la obesidad o cualquier otra condición que atente contra la salud y el normal desarrollo de los menores” y en la que, hasta octubre de 2018, se indicaba que si era difundida en un soporte al que los menores quedarán expuestos debía ser “especialmente cuidadosa en su contenido y su ejecución, para prevenir un impacto inconveniente o un efecto indeseado en ellos”³⁸. La reclamada, en tanto, sostuvo que dicho catálogo expresaba valores positivos, mostrando mujeres normales, sin incitar a conductas atentatorias contra la salud, dado que no se centraba en la alimentación, enfatizando que tal publicidad estaba dirigida a público adulto.

No obstante, el CONAR acogió el reclamo por infracción del referido precepto y ordenó el cese de su difusión, indicando que, si bien ella efectivamente estaba destinada a adultos,

la publicidad dirigida a menores de edad también la constituye aquella que queda a su alcance de manera fácil, lo cual es entendible desde el momento que el bien protegido en este caso exige un mayor cuidado que el que pudiera contemplarse para un público adulto.³⁹

Una infracción distinta fue la que conoció en Sotomayor Leiva con Embotelladoras Chilenas Unidas S.A. (CCU), en el 2014. En dicha oportunidad se denunció el contenido ofensivo y vulgar de la publicidad del producto Crush en el sitio de internet “Crushpedia”, al que accedían consumidores jóvenes que interactuaban en ella y la absoluta ausencia de control de la plataforma por tal empresa. La reclamada sostuvo que una vez verificada la existencia del contenido objetado procedieron a eliminar inmediatamente las imágenes y publicaciones inapropiadas, extremando las normas de seguridad y los

filtros para evitar hechos como el denunciado. El CONAR acogió el reclamo, precisando, al igual que en *Lavín con Falabella*, que resultaba infringido el artículo 21, toda vez que dicho precepto establece que “la publicidad dirigida a menores de edad debe usar un lenguaje, elementos visuales y símbolos que sean comprensibles por ellos”, reiterando el especial cuidado que deben observar los anunciantes en su contenido y difusión para evitar impactos o efectos adversos en los menores de edad⁴⁰.

Prácticas similares fueron denunciadas bajo la vigencia del antiguo artículo 17 del CchEP, predecesor del actual artículo 21. Así sucedió en *Melloni y Otro con Confecciones Top*, en el 2012, en que se interpuso un reclamo en contra de la publicidad “Juicy Fruits” de la marca Top, señalando que esta abusaba del cuerpo humano, usaba indiscriminadamente de la sexualidad y vulneraba la consciencia, infancia e integridad mental de los niños, alterando su adolescencia, pues exhibía imágenes sexuadas de jóvenes en plena vía pública e incluso descrieradamente instaladas a la salida de una tienda de infantes en un centro comercial. La reclamada sostuvo que la promoción de ropa interior exigía usar modelos humanos luciendo los productos con sensualidad y picardía y que su objetivo era estético, pero no reprochable, pues si bien las fotografías podían tener un contenido erótico se situaban en un contexto colorido y feliz que las dulcificaba y les quitaba el carácter morboso. El CONAR, sin embargo, acogió el reclamo, precisando que como las imágenes publicitarias presentaban un contenido erótico relevante y se encontraban en lugares de libre y fácil acceso al público impactaban gravemente a los jóvenes y niños, exhortando a los avisadores, al igual que en los casos anteriores, a “ser especialmente cuidadosos al seleccionar los medios para difundir esta publicidad, sobre todo cuando ellos puedan alcanzar a menores de edad que no tienen el suficiente discernimiento para evaluar adecuadamente tales contenidos”⁴¹.

El mismo año se alegó en *Nestlé Chile con Soprole* otra infracción del antiguo artículo 17, aduciendo la primera empresa que la publicidad gráfica, audiovisual y en envases del producto lácteo UNO de Soprole —hecha en base a su marca y/o vocablo INMUNOLÍZATE— constituía una falsa promesa de inmunidad que explotaba la inmadurez, ingenuidad e inexperiencia de niños y adolescentes. La reclamada sostuvo que la publicidad cuestionada era veraz, se fundaba en antecedentes objetivos y no inducía a error o confusión al público, precisando que la expresión “InmUNOlízate” era de fantasía —pues carecía de significado en cuanto tal— y correspondía al resultado de una creación intelectual de SOPROLE debidamente registrada. Con todo, el CONAR acogió el reclamo, expresando que las piezas publicitarias “UNO los protege” y “Protege a tus hijos de la mejor forma con UNO [...] UNO los protege” contenían promesas básicas *concluyentes*, en circunstancias que deberían presentar sus beneficios en forma *potencial*, destacando la condicionalidad del atributo o beneficio del producto, señalando, por

ejemplo, que “colabora con la mantención de la flora intestinal” o que “puede contribuir a estimular el sistema inmune”⁴².

Resulta indiscutible que en todos los casos que hemos venido revisando la conducta del anunciante no se ajusta al CchEP y, por consiguiente, es éticamente reprochable. Pero esta consideración se torna, a nuestro juicio, insuficiente, toda vez que, salvo el retiro de la pieza publicitaria, la infracción de dicho código no conlleva ninguna consecuencia ulterior para el anunciante y, lo que es más preocupante, no otorga la debida tutela a los menores de edad ni desincentiva estas prácticas.

Lo cierto es que un examen más detenido de tales infracciones revela que ellas pueden reconducirse a supuestos de publicidad *abusiva* (pues la promoción de estereotipos estéticos y de alimentación y conductas de connotación sexual afectan su integridad síquica) y *engañoso* (tratándose de las propiedades inmunizantes del producto lácteo de la empresa SOPROLE) y activar, como intentaremos demostrarlo en la última sección de esta investigación, la tutela infraccional y civil que la LPC puede dispensarles, superando así el reproche ético del CONAR y fortaleciendo la tutela del niño, niña o adolescente frente a su acaecimiento.

Los artículos 6 y 7 de la Ley 20.606 sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad y el artículo 1 de la Ley 20.869 sobre publicidad de los alimentos

Un segundo grupo de artículos que cobra relevancia tratándose de la *publicidad dirigida a los menores de edad* está contenido en leyes que regulan la publicidad de alimentos, entendiendo por tal, como expresamente lo indica el inciso segundo de la Ley 20.606, la promoción, comunicación, recomendación, propaganda, información o acción destinada a *promover* el consumo de un determinado producto.

El primero de ellos es el artículo 6 de la Ley 20.606, cuyo inciso segundo prohíbe la publicidad de alimentos dirigida a menores de 14 años de edad referidos en el artículo 5, esto es, aquellos cuya composición nutricional sea elevada en calorías, grasas, azúcares, sal u otros ingredientes que determine el Reglamento Sanitario de Alimentos⁴³, restricción que reitera el artículo 7 inciso primero de dicha ley.

Por su parte, el inciso tercero de dicho artículo 6 prescribe que no podrá inducirse el consumo de estos alimentos por menores de edad ni valerse de medios que se aprovechen de su credulidad, precisando que la venta de alimentos destinados a menores no podrá efectuarse utilizando *ganchos comerciales* no relacionados con la promoción propia del producto, tales como regalos, juegos u otros elementos de atracción infantil.

En una dirección similar y con la finalidad de reforzar el mandato de dichos preceptos, el artículo 1 de la Ley 20.869 prohíbe la

publicidad que induzca al consumo de tales alimentos que, por su presentación gráfica, símbolos y personajes utilizados, se dirija a menores de catorce años, *captando preferentemente su atención*. Asimismo dispone que ninguna publicidad podrá afirmar que ellos satisfacen por sí solos los requerimientos nutricionales de un ser humano, agregando que no deberá usar *violencia*. *agresividad* ni asociar a menores de edad con el consumo de bebidas alcohólicas o tabaco. Finalmente, prescribe que no pueden ofrecerse ni entregarse a título gratuito a menores de catorce años con fines de promoción o publicidad.

Pues bien, el referido artículo 1 reviste una importancia fundamental, dado que si se lee con detenimiento se advierte que excluye la publicidad *agresiva*, *engañosa* y *abusiva* respecto de menores. En efecto, tratándose de la primera, repudia la *influencia indebida* de los menores, esto es, aquella en que el anunciante se aprovecha de su credulidad, inmadurez o inexperiencia o utiliza ganchos comerciales infantiles no relacionados con la promoción del producto, así como la *coacción* y *acoso* de ellos, ya que alude a la violencia y agresividad en el mensaje publicitario. Por otra parte, rechaza la *publicidad engañosa* al indicar que no se podrá afirmar que estos productos satisfacen por sí solos los requerimientos nutricionales del ser humano. Finalmente, proscribire la *publicidad abusiva*, toda vez que protege la integridad física y síquica del niño, niña y adolescente al señalar que no pueden asociarse al consumo de bebidas alcohólicas y tabaco, dado que ello promovería su consumo y atentaría contra su salud.

Ciertamente que otro precepto relevante destinado a tutelar la salud de los menores de edad es el artículo 2 de la Ley 20.869 que alude a la publicidad *televisiva*, pues precisa que toda publicidad destinada a promover el consumo de los referidos alimentos en los servicios de televisión y de cine sólo se podrán transmitir entre las 22:00 y las 6:00 horas siempre que ella no esté dirigida a menores de catorce años.

Pero ha sido la publicidad referente a la composición nutricional de alimentos la que ha suscitado mayor controversia judicial. En efecto, un examen de las sentencias pronunciadas por nuestra Corte Suprema revela que se ha discutido la infracción de los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 20.606 —cuyo contenido ha sido reiterado en el artículo 1 de la Ley 20.869—, al menos en cinco casos. El primero es *Rojas Rivera con Secretaría Ministerial de Salud de Tarapacá* en que se interpuso un reclamo por la aplicación de una multa derivada de la infracción del artículo 171 del Código Sanitario y del artículo 110 Bis del Reglamento Sanitario de Alimentos en lo que concierne a los sellos “ALTOS EN” y a la publicidad dirigida a menores de 14 años, pues varios productos que se comercializaban en una confitería de la recurrente vulneraban la normativa sanitaria y determinados caramelos y chocolates contenían la imagen de “Viejos Pascueros” en sus etiquetas. Esta sostuvo que no cometió tal infracción, dado que se trataba de productos comercializados bajo marcas registradas de las empresas fabricantes que cumplían con la normativa de etiquetado y

publicidad, y que en ningún caso dicha imagen constituía un gancho comercial. La Corte Suprema desestimó dicha alegación, estableciendo que el fundamento de la infracción se encontraba en la vulneración de los artículos 5 y 6 de la Ley 20.606, ya que promovió el consumo de alimentos “ALTOS EN” y efectivamente se expendieron a menores de edad a través de ganchos comerciales, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique que estableció una multa de 1 Unidad Tributaria Mensual (UTM)⁴⁴.

En los otros cuatro casos la denuncia infraccional fue interpuesta por el SERNAC en contra de las empresas Nestlé S.A., Kellogg's, Dos en Uno y Masterfoods por publicidad engañosa, específicamente, por la vulneración de los artículos 3, 23, 28 letras b) y c) y 33 inciso primero de la LPC, 1, 5 y 7 de la Ley 20.606 y 110 Bis del Reglamento Sanitario de alimentos, toda vez que realizaron publicidad sobre un producto con nutrientes críticos utilizando figuras infantiles con *expresión de agrado* en sus envases. A tal efecto, la Corte Suprema sostuvo que se trataba de una infracción a la Ley 20.606 y no a la LPC, de modo que no era competencia de los Juzgados de Policía Local, toda vez que el artículo 10 de la Ley 20.606 la otorga a la Secretaría Ministerial de Salud⁴⁵, cuyas potestades fiscalizadoras acarrearán una tutela que remite al Código Sanitario y que examinaremos en el último apartado de esta investigación.

Pero lo cierto es que, más allá de la discusión respecto de la especialidad que puede predicarse de la Ley 20.606 respecto de la LPC⁴⁶, la primera —que es la que aquí interesa— no solo expone, como ha quedado dicho, un supuesto de publicidad *agresiva* y *abusiva* sino que además de publicidad *engañosa*, en la medida que se estime —como se desprende de las sentencias pronunciadas en estos cuatro casos— que el artículo 6 prohíbe la publicidad que “induce”, de cualquier forma, al consumo de los alimentos referidos en el artículo 5 de dicha ley, configurándose así una “inducción a error o engaño” en su composición nutricional, similar a aquella prevista en los literales a) y c) del artículo 28 de la LPC⁴⁷.

El artículo 13 b) y c) de la Ley 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) y el artículo 1° letra e) de las *Normas Generales sobre contenidos de las Emisiones de Televisión*

El último grupo de normas que regula la publicidad dirigida al niño, niña y adolescente en nuestro ordenamiento jurídico se refiere a la *publicidad televisiva*. Se trata de una regulación que no se encuentra recogida en un sólo texto normativo y que disciplina la franja horaria en que se trasmite la publicidad a menores de edad, restringiendo y limitando el contenido de ella.

Tal es el caso del artículo 13 de la Ley 18.838 del 30 de septiembre de 1989 que crea el Consejo Nacional de Televisión que le atribuye a dicho organismo dos facultades relevantes en materia de publicidad infanto-juvenil. La primera se encuentra en el literal b) y alude a la

determinación de la hora a partir de la cual podrá transmitirse material filmico calificado para mayores de dieciocho años de edad por el Consejo de Calificación Cinematográfica e incide en la exhibición de la publicidad de este tipo de programación, pues si es inapropiada para menores de edad, solo podrán emitirse en tal horario. La segunda se encuentra en el literal c) y consiste en establecer restricciones y limitaciones a la exhibición de productos cuya publicidad se encuentre prohibida o limitada en virtud de la normativa vigente —como acontece con los alimentos “ALTOS EN”—, ya sea respecto de sus horarios de exhibición o en aspectos cualitativos de sus contenidos.

Precisamente en atención a tales atribuciones el referido Consejo dictó las *Normas Generales sobre contenidos de las Emisiones de Televisión* que entraron en vigencia el 21 de abril de 2016 y que vinieron a derogar aquellas generales y especiales de 20 de agosto de 1993 que se refieren al *horario de protección* a menores y fijan sus restricciones. En efecto, el artículo 1 letra e) define tal horario como “aquel dentro del cual no podrán ser exhibidos contenidos no aptos para menores de 18 años que puedan afectar la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud” y el artículo 2 establece que este comienza a las 06.00 horas y termina a las 22.00. De otro lado, y con el propósito de tutelar su integridad síquica, el artículo 6 prescribe, en su parte pertinente, que en la publicidad no se podrán exhibir imágenes o hacerse menciones inapropiadas para los menores de edad dentro del horario de protección y que su exhibición solo podrá realizarse fuera de él.

La infracción de tales normas ha sido objeto de litigios. Entre las sentencias más recientes destacan dos pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por Claro Comunicaciones S.A. en contra de una resolución del Consejo Nacional de Televisión que la sancionó por infracción a las *Normas especiales sobre contenido de las Emisiones de Televisión*, con una multa de 200 UTM y 150 UTM, respectivamente.

En el primero se trató de la película *Furia Salvaje* a través de la señal Space y, en el segundo, de la película *Asesinos de Elite*, exhibidas ambas en horario “para todo espectador”, no obstante estar calificadas para mayores de 18 años. La empresa aseveró que dicha normativa especial solo era aplicable a los concesionarios de servicios de televisión y no a ella que sólo retransmitía programas. El tribunal estimó en el primer caso que tal exhibición atentaba contra la *formación espiritual e intelectual de la niñez*, aspecto comprendido dentro del concepto de “correcto funcionamiento del servicio de televisión” por el que debe velar, según lo prescribe el inciso primero del artículo 2 de la Ley 18.838, el Consejo nacional de Televisión, precisando que la empresa operaba en un mercado regulado por el Estado en servicios televisivos, de modo que le era aplicable dicha ley y, por consiguiente, tal fiscalización⁴⁸. Y agregó, en la sentencia pronunciada en el segundo caso, que *no es posible excluir* del ámbito de competencia del Consejo a la televisión satelital por el hecho de

que la recurrente sea una retransmisora de programas enviados desde el extranjero, pues ello importaría asumir que bastaría la ausencia de mecanismos técnicos de control de lo que repite o trasmite la permisionaria para quedar fuera de la fiscalización de dicha autoridad⁴⁹.

Pues bien, de todo lo dicho hasta acá, fluye con claridad que si bien no existe una ley que discipline la *publicidad dirigida a menores*, se advierte una especial preocupación por regularla con el propósito de tutelar su integridad física y síquica, particularmente tratándose de alimentos y de emisiones televisivas, intentando resguardar los derechos fundamentales del niño, la niña y el adolescente señalados en la CDN y que pueden verse afectados por dicha publicidad. Cuestión distinta es si, a falta de tal normativa, puede optimizarse dicha tutela a través de una relectura de las normas contenidas en nuestro Código Civil y la LPC. Volveremos sobre este punto.

La publicidad con *el niño, la niña y el adolescente en el derecho chileno*

En este segundo tipo de publicidad, como se ha asentado con acierto en la dogmática comparada⁵⁰, el menor de edad se erige en protagonista del anuncio y es por medio de este que el mensaje publicitario llega al adulto, como acontece tratándose de los alimentos y los productos para el hogar. Pero lo cierto es que si bien en esta categoría publicitaria el elemento determinante es la *participación o intervención* de estos, su destinatario no será exclusivamente el adulto sino también el niño, niña y adolescente que se encuentren en el rango etario de los alimentos, juguetes o productos publicitados, de modo que ella no se presenta en *forma pura* sino junto con la *publicidad dirigida al menor de edad*.

El problema que se presenta es que, a diferencia de dicha categoría, la publicidad con el niño, la niña y el adolescente no ha persuadido mayormente la atención de nuestro legislador, como ha acontecido, por ejemplo, en el literal b) del artículo 3 de la LGPE que, en su parte pertinente, señala que es ilícita la publicidad en que los menores “aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores” y que “no se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas”⁵¹.

Solo puede advertirse un interés por disciplinarla en sede de autorregulación publicitaria a propósito de las *representaciones de género y estereotipos* y de la *participación de menores de edad en la publicidad*, como lo revelan, respectivamente, los artículos 2 y 22 del CchEP.

En efecto, el inciso cuarto del artículo 2 dispone que “los mensajes publicitarios no deben retratar a las personas como objetos sexuales utilizando su cuerpo o partes de él sin que exista una relación justificada con el producto anunciado”. Esta premisa se asocia a la expresada en el inciso cuarto del artículo 1 de dicho código, pues señala, en lo que aquí interesa, que ellos deberán respetar la dignidad

de las personas evitando denigrar, ridiculizar o burlarse de individuos por motivos de edad.

Por su parte, el artículo 22, bajo el epígrafe *participación de menores de edad en la publicidad*, dispone lo siguiente:

La participación de menores en la publicidad evitará promover situaciones y comportamientos que no correspondan o sean impropias para su edad.

Los menores no deben aparecer en situaciones peligrosas, o comportándose de manera arriesgada o irresponsable, excepto en avisos con fines educativos.

La publicidad no debe presentar o utilizar a menores de edad o imágenes de los mismos que por sus características psicológicas o físicas puedan llegar a ser afectados en su dignidad, o cuya imitación por sus pares pueda resultar perjudicial.

En la publicidad de productos o servicios exclusivos para adultos, no puede aparecer, mostrarse, o insinuarse la presencia de menores, ni aun acompañando a los adultos que intervienen en el mensaje.

Por consiguiente, de acuerdo con este precepto, la publicidad establece ciertas *prohibiciones* al anunciante, dado que no puede *promover* la aparición de menores incitando a sus padres o a tutores a adquirir bienes o contratar servicios, *presentarlos* en situaciones de peligro, *hipersexualizarlos* —esto es, sexualizar a un comportamiento o a un niño que no tiene ese carácter ni está preparado psicológica, física ni emocionalmente para tenerlo—, ni banalizarlos o utilizar su salud como arma publicitaria.

Y es que la exhibición de menores seduciendo a sus padres o tutores para adquirir bienes o contratar servicios es condenable, toda vez que el anunciante los instrumentaliza, tornándose ellos en un objeto o *gancho publicitario* destinado a persuadir a adultos y a motivar a otros menores a repetir dichas conductas.

Por otro lado, presentarlos en *situación de peligro* puede promover la violencia o la agresividad en contra de ellos y propiciar la imitación de comportamientos inadecuados para su integridad física y síquica, dado que la capacidad de raciocinio, especialmente en niños de corta edad, los hace inhábiles para distinguir la fantasía y la exageración publicitaria. La excepción podría configurarse en aquellos casos en que exhibirlos en esa situación permite evitar otros riesgos o peligros equivalentes o de mayor envergadura, mostrando en el anuncio o campaña publicitaria las consecuencias adversas de tales conductas, disuadiéndolos así de imitarlas.

Por otra parte, *hipersexualizarlos* es reprochable no solo porque vulnera su dignidad y ocasiona problemas psíquicos y físicos (como anorexia, bulimia, complejos estéticos, trastornos depresivos y ansiosos), sino porque además puede acarrear como consecuencia el engaño pederasta o *grooming*, esto es, una serie de conductas y acciones emprendidas por un adulto a través de internet con el objetivo deliberado de ganarse su amistad, creando una conexión emocional para disminuir las preocupaciones del menor y abusar sexualmente de él, introducirlo en la prostitución infantil o en la producción de material pornográfico⁵².

Finalmente, *banalizarlos*, esto es, utilizar sus imágenes en situaciones que por su naturaleza resultan *inapropiadas* desde un punto de vista social (miseria, corrupción, explotación o abuso de cualquier índole) implica atentar contra su dignidad, objetivizarlos o cosificarlos y normalizar conductas social y moralmente repudiables.

El CONAR ha conocido varios casos en que los mensajes publicitarios promueven situaciones peligrosas valiéndose de otros menores de edad o adolescentes. Así aconteció en *Superintendencia de Electricidad y Combustible con Falabella*, cuando se interpuso un reclamo en contra de la publicidad contenida en un catálogo del día de la madre de dicha empresa por infracción del artículo 17 letra f) del antiguo CchEP⁵³, toda vez que aparecían niños dentro de una lavadora y de un refrigerador, situación que representaba un grave peligro y riesgo de muerte para quien imitara esa conducta. La empresa sustentó que el propósito del catálogo era humanizar la publicidad a través del saludo de diferentes niños en el día de la madre en lugares inesperados, pero que al considerar las observaciones realizadas por la reclamante decidió retirarla para eliminar los riesgos del uso inadecuado de productos eléctricos. El CONAR acogió el reclamo por infracción de dicho artículo y ordenó que la publicidad no se siguiera exhibiendo mientras no se adecuara al CchEP⁵⁴.

Un reclamo similar se dedujo en *Fernández Canales con ENTEL PCS*, en el que se denunció que el comercial de tal empresa infringía el referido artículo 17 del antiguo CchEP⁵⁵, dado que exhibía a un joven cuyo brazo estaba en llamas sin advertir que se trataba de un truco. La empresa adujo que usó la “exageración” como recurso propio del lenguaje publicitario, exhibiendo un producto que no estaba dirigido a niños, pero que dado el horario de su exhibición puede haber sido visto por ellos. El Conar acogió el reclamo, disponiendo que el aviso publicitario no se difundiera en horario para menores, reiterando que la publicidad debe considerar *la diversidad del público* a que quedará expuesta (y no solo el segmento de mercado que le interesa), precisando que ello no ocurrió en este caso, pues si bien puede haber sido creada pensando en jóvenes y adultos fue exhibida en un horario en el que tiene acceso *todo público*, incluidos los niños⁵⁶.

Pero los casos más emblemáticos que han puesto al descubierto la ausencia de regulación de la publicidad que supone la *participación de menores de edad* han sido aquellos en los que esta promueve su *hipersexualización*. Nos referiremos a dos casos de reciente data que así lo evidencian y que cada vez se repiten con mayor frecuencia en diferentes latitudes.

El primero es *Defensoría de los Derechos de la Niñez y otros con Industria Textil Monarch S.A.* en el que se denunció que la campaña escolar de calcetines Monarch “Teen Class” (difundida por medios digitales y físicos) infringía los artículos 1, 2, 21, 22 y 33 del CchEP, ya que contenía una fotografía de una adolescente, no adecuada para la edad del público al que estaba dirigida, pretendiendo hipersexualizarla al mostrarla sentada con una falda escolar corta, en

una pose sugerente y con un caramelo de aspecto fálico, sin que pudiera advertirse alguna relación entre el producto promocionado y la publicidad. La empresa indicó que no tuvo la intención de hipersexualizar y exponer a la menor con fines publicitarios y que ante los diversos reclamos recibidos retiró la totalidad de las piezas publicitarias del mercado. El CONAR acogió el reclamo, indicando que el avisador debió preparar tal publicidad “con altos estándares de responsabilidad social”, teniendo en consideración las características psicológicas, nivel de conocimiento y madurez de la audiencia infantil y juvenil, y no cosificar a la niña que en ella aparece, ni presentarla como un estereotipo negativo “al concentrarse principalmente en su connotación sexual más que en otros aspectos relacionados con el producto”. Por lo mismo, ordenó el retiro de la pieza publicitaria de los canales del avisador, sugiriendo que ella se extendiera a los motores de búsqueda digitales “a fin de evitar las consecuencias nocivas que puedan afectar a la protagonista del aviso”⁵⁷.

Un caso similar se advierte en *Defensoría de los Derechos de la Niñez y otros con Empresa Calzado CMORAN*, en el que se denunció que la campaña publicitaria de zapatos escolares de CMORAN contenida en el catálogo “precios bajos para siempre” infringía los mismos preceptos del CchEP, pues promovía la hipersexualización de niñas escolares, como lo muestran las poses, la ropa ajustada, maquillaje y la aparente adultez de las modelos, estableciendo estereotipos de género e incentivando actitudes que no concuerdan con su edad y que poco se relacionan con el producto ofrecido. La empresa indicó que su propósito no había sido vulnerar el CchEP y que una vez tuvieron conocimiento del cuestionamiento de la campaña publicitaria decidieron retirar las imágenes. El CONAR reproduce el mismo razonamiento que hemos expuesto en el caso precedente, precisando que la publicidad no puede promover “estereotipos que perpetúen sesgos de género”, agregando que los avisadores deben ser más cuidadosos en sus campañas si utilizan imágenes de niños y adolescentes y que la apelación a la sexualidad en imágenes que presenten a los menores de edad “en actitudes de erotismo o seducción” es inaceptable⁵⁸.

Podría pensarse que la ausencia de una regulación expresa de la *publicidad con el niño, la niña o el adolescente* en nuestro derecho impediría calificar todas las hipótesis que hemos venido comentando como *publicidad ilícita* y que, por consiguiente, el anunciante en tales casos quedaría liberado de responsabilidad. De hecho con ocasión de los dos casos que acabamos de revisar, relativos a la hipersexualización de menores, se sugirió modificar la LPC para prohibir y sancionar expresamente este tipo de conductas.

Pero lo cierto es que una revisión más detenida de nuestro ordenamiento jurídico evidencia que si bien tal modificación sería deseable, no es la única vía para alcanzar ese propósito, advirtiéndose al menos dos alternativas. Una es sostener, como lo propone la profesora Erika Isler, que la LPC repudia la hipersexualización de menores, a partir de una interpretación de los artículos 28 letra f), 49 bis inciso segundo y 3 letra d) y e) de la LPC relativos,

respectivamente, a la publicidad engañosa que incide en la calidad de vida, a la venta o arriendo de videojuegos no recomendados para menores y a los derecho a la seguridad, a la protección a la salud y a la educación para un consumo responsable⁵⁹. La otra consiste en considerar que la *publicidad con el niño, la niña o el adolescente*, en las condiciones que hemos referido precedentemente, deviene ilícita, no solo porque contraviene determinadas garantías constitucionales, sino porque también vulnera el principio de *legalidad publicitaria*, perfilándose como *abusiva*, calificación que, como veremos a continuación, permite determinar con mayor precisión la tutela del menor ante esta práctica comercial mientras no se discipline legalmente este supuesto.

La tutela del niño, la niña y el adolescente frente a la publicidad ilícita en el derecho chileno

Exploradas las categorías de la *publicidad con el niño, la niña y el adolescente* y la *publicidad para el niño, la niña y el adolescente* en el ordenamiento jurídico chileno resta determinar la tutela que debe otorgársele en aquellos supuestos en que la publicidad se torna *ilícita* y las consecuencias jurídicas derivadas de su acaecimiento.

Podría pensarse que este esfuerzo dogmático es inoficioso en aquellas hipótesis en que el legislador prevé expresamente el alcance de la protección que debe dispensárseles —como acontece en las Leyes 20.606 y 20.869 relativas a la publicidad de alimentos y en la Ley 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión— y que solo sería pertinente en los casos no regulados, esto es, si la publicidad presenta a los menores de edad, persuadiendo a sus padres o tutores a efectuar tales transacciones, los exhibe en situaciones peligrosas, los banaliza o simplemente promueve su hipersexualización.

Sin embargo, como intentaremos demostrar en este acápite, abordar dicho tópico es útil en ambos grupos de casos, toda vez que nos permitirá alcanzar un doble objetivo: por un lado, *ampliar*. *optimizar* la tutela ya existente y, por el otro, *otorgarla* en los supuestos no disciplinados en nuestro derecho.

Y es que si examinamos la protección que se les otorga a los menores de edad frente a la *publicidad de alimentos* y a las *emisiones televisivas* nos percataremos que es *restrictiva*, pues tiene un alcance prevalentemente infraccional o administrativo. En efecto, si se verifican las hipótesis previstas en los artículos 6, inciso tercero y 7, inciso primero de la Ley 20.606 y 1 de la Ley 20.869 (esto es, la inducción de menores a consumir alimentos “ALTOS EN”, valerse de medios que se aprovechen de su credulidad para alcanzar tal objetivo y la exhibición de la publicidad de dichos alimentos dirigida a ellos), se activará, de conformidad al artículo 10 de la primera, la tutela del Libro Décimo del Código Sanitario que contempla multas administrativas, clausura de establecimientos, cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos, paralización de obras o faenas, suspensión de la distribución y uso de los productos de que se trate y el retiro, decomiso, destrucción o

desnaturalización de estos, dependiendo del supuesto. Todo esto es, como lo precisa el inciso final del artículo 174, “sin perjuicio de hacer efectivas las responsabilidades que establezcan otros cuerpos legales por estos hechos”, entre las cuales se encontraría —aunque el texto no lo precisa— aquella civil que puede ser extracontractual o precontractual, según la arista desde la que se analice dicha responsabilidad.

Un fenómeno similar se advierte si nos remitimos a la Ley 18.838, toda vez que la tutela se activa frente a la exhibición televisiva de productos cuya publicidad se encuentra prohibida o limitada respecto de sus horarios o aspectos cualitativos de sus contenidos y, consiste, según el artículo 33, en la aplicación de una amonestación, multa no inferior a 20 ni superior a 200 o 1000 UTM, suspensión de las transmisiones y caducidad de la concesión por determinadas causales.

Pero si calificamos los referidos supuestos como hipótesis de *publicidad abusiva, publicidad agresiva . publicidad engañosa*, la tutela se ensancha, reconduciéndonos a la LPC o al Código Civil, según el ilícito publicitario de que se trate, como acontece con ocasión de la publicidad de alimentos. Y es que, efectivamente, la inducción del niño, niña y adolescente a consumir alimentos “ALTOS EN”, valerse de medios que se aprovechen de su credulidad para alcanzar tal objetivo a través de la publicidad y el simple aviso publicitario de dichos alimentos constituyen *publicidad abusiva*, porque atentan contra el derecho a su salud y vulneran los artículos 6 inciso tercero y 7 inciso primero de la Ley 20.606 y 1 de la Ley 20.869. La inducción al consumo de ellos, por su parte, deviene en *engañosa* para los menores de edad, dado que los hará incurrir en *error . engaño* respecto de la *composición nutricional* y como está tipificada especialmente en el inciso tercero del artículo 6 de la Ley 20.606 prevalecería sobre el artículo 28 letras a) y c) de la LPC⁶⁰. Finalmente, la explotación de la *credulidad* de dichos menores la torna en *agresiva* por *influencia indebida*, dado que la publicidad busca aprovecharse de su ingenuidad, utilizando ganchos comerciales, personajes de confianza o exhortándolos directamente para que adquieran bienes, usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos para que los adquieran o contraten.

Tratándose, en cambio, de la publicidad exhibida durante *emisiones televisivas* disciplinadas por la Ley 18.838 estamos indudablemente ante un supuesto de *publicidad abusiva*, pues no solo contraviene el artículo 13 letra c) de dicha Ley y el artículo 1 letra e) de las *Normas Generales sobre contenidos de las Emisiones de Televisión*, sino también puede afectar la integridad física y síquica del niño, la niña y el adolescente. Incluso podría devenir en *agresiva* si tiene por propósito, a través de la coacción, acoso o influencia indebida disminuir significativamente su libertad de elección.

Claro está que la LPC solo disciplina la publicidad engañosa en los artículos 17L, 28, 28A y 33, pero a partir de un esfuerzo interpretativo podemos sostener que tanto la *publicidad abusiva* como la *agresiva* tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico, pues así lo revelaría el *alterum non laedere*, contenido en el artículo

2314 del Código Civil, el *principio de legalidad publicitaria* —que exige no vulnerar las garantías constitucionales del consumidor o sus derechos de la personalidad⁶¹— y determinados argumentos que gozan de reconocimiento normativo⁶².

En el caso de la *publicidad abusiva* se adiciona (i) el respeto de las garantías constitucionales relativas a la integridad física, síquica, igualdad, honor e intimidad y del derecho a la propia imagen, (ii) el derecho del consumidor de no ser discriminado arbitrariamente por el proveedor de bienes y servicios y (iii) el derecho a la seguridad en el consumo, pues este comprende la salud y, por consiguiente, la integridad física y síquica, consagrados, respectivamente, en el artículo 3 letra c) y d) de la LPC. Y, tratándose de la *agresiva*, i) el derecho del consumidor a la libre elección del bien o servicio contemplado en la letra a) del artículo 3 de la LPC, (ii) el derecho del consumidor a *suspender* los envíos de comunicaciones promocionales y publicitarias no deseadas reconocido en el artículo 28B de la LPC y (iii) la proscripción de la fuerza moral en la celebración de actos o contratos si es grave, injusta y determinante en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil.

La tutela que se activa, entonces, en el caso de la *publicidad abusiva* es la multa infraccional de hasta 300 U.T.M. que procede por la vulneración de los literales c) y d) del referido artículo 3 de la LPC, pudiendo aplicarse, según el caso, la agravante de la letra c) del artículo 24 cuando se daña la dignidad de los consumidores y la indemnización del inciso 2 del artículo 50 de la LPC que deviene en extracontractual. La tutela frente a la *publicidad agresiva*, en tanto, es más diversa, toda vez que a la multa infraccional e indemnización derivada de la vulneración de la libertad de elección prevista en el artículo 3 letra a) de la LPC se agregan la nulidad relativa si el consumidor celebra un contrato por *coacción* y esta reúne los requisitos establecidos en los artículos 1456 y 1457 del Código Civil y, dependiendo del rol que se le asigne al *desequilibrio contractual* ocasionado por la *influencia indebida*, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la adaptación de contrato a opción del consumidor⁶³.

Tratándose de supuestos en los que la publicidad incita a los menores a adquirir bienes o a contratar servicios en general, los presenta persuadiendo a sus padres o tutores a efectuar tales transacciones, los exhibe en situaciones peligrosas, los induce a error sobre las características de los productos o servicios, sus condiciones de seguridad, aptitudes y capacidades o simplemente los banaliza o promueve su hipersexualización, nuestra propuesta de reconducirlos a una hipótesis de *publicidad ilícita* adquiere aún más relevancia porque, si bien ninguno de ellos se encuentra expresamente regulado, efectivamente podrían configurar un caso de *publicidad engañosa. abusiva*.

La hipótesis que aparece más clara es la *inducción* a error sobre las características de los productos o servicios, sus condiciones de seguridad, aptitudes y capacidades, ya que según los literales a), b) y c) del artículo 28 de la LPC existe *publicidad engañosa* y como el menor

de edad es consumidor⁶⁴, se activa la tutela que dispensa dicha ley, esto es, la suspensión publicitaria (art. 31, inc. 1 parte primera), la publicidad correctiva (art. 31, inc. 1, parte segunda), la indemnización (art. 50) y la integración publicitaria (art. 1, n.º 4 y 28), sin perjuicio de que decida desechar tales alternativas de tutela e inclinarse por la nulidad relativa si puede acreditar dolo en los términos del referido artículo 28 de la LPC⁶⁵. Dicha publicidad se verificará, por ejemplo, si no se muestra el tamaño real del producto, su composición nutricional, propiedades terapéuticas, características o funcionalidades o si la publicidad televisiva incorpora imágenes animadas que dan a un juguete la apariencia de un movimiento que no tiene o no informa que los accesorios no van incluidos o que se requiere complementos eléctricos para su funcionamiento.

No acontece lo mismo si la publicidad exhibe *al niño, la niña o el adolescente* en situaciones peligrosas, persuadiendo a sus padres o tutores a adquirir productos o contratar servicios, los banaliza o promueve su hipersexualización porque no sería engañosa, pero si *abusiva*, toda vez que lesiona sus derechos fundamentales. En efecto, en el primer caso se infringe su derecho a la salud y a la integridad física; en cambio, en los restantes, se *cosifica* al menor, vulnerando su dignidad y el derecho a la imagen e incluso, en los dos últimos, su integridad síquica. Ciertamente en todos ellos se activa la tutela infraccional propia de la LPC que hemos referido previamente, además de la indemnización de daños que adquiere un fundamento especialmente relevante, pero hasta ahora inexplorado, el cual es la vulneración de los derechos de la *personalidad civil*⁶⁶ del menor consumidor.

Pues bien, de lo dicho hasta acá es posible advertir que concebir los diferentes supuestos que hemos examinado como hipótesis de publicidad *engañosa, abusiva* o *agresiva* nos permite alcanzar, por vía interpretativa, una tutela más integral y acabada en aquellos casos en que el legislador no ha regulado la publicidad ilícita respecto del niño, niña y adolescente, operativizando la protección que la CDN pretendió otorgarles en sus artículos 14, 17, 27 y 36, delineando una senda tuitiva inicial sobre la que resulta imperioso seguir avanzando y que permite comenzar a construir un estatuto legal de la publicidad aplicable a este particular y cada vez más creciente grupo de destinatarios del mensaje publicitario.

Conclusiones

De lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. La publicidad infanto-juvenil es aquella que (i) promociona productos o servicios destinados de forma preferente a menores de edad diseñada de tal forma que por su contenido, lenguaje o imágenes persigue atraer de forma especial la atención o el interés de ellos, (ii) cuya audiencia está constituida en una

proporción significativa por menores de edad o (iii) que es fácilmente accesible al niño, la niña o el adolescente.

2. Esta especie de publicidad puede estar dirigida a menores de edad o suponer su participación y devenir en ilícita por vulnerar su integridad física, síquica, su derecho a la salud o a la imagen. Así acontece si los incita a consumir alimentos “ALTOS EN”, exhibe contenidos inapropiados para su edad en una franja horaria protegida o en la que ellos tienen acceso, los presenta persuadiendo a sus padres o tutores a tal efecto, los exhibe en situaciones peligrosas, los induce a error sobre las características de los productos o servicios, sus condiciones de seguridad, aptitudes y capacidades, los banaliza o simplemente promueve su hipersexualización.

3. La publicidad infanto-juvenil no se encuentra disciplinada en nuestro ordenamiento jurídico en un sólo cuerpo normativo sino que fragmentada a propósito de ciertos supuestos, pudiendo distinguirse la publicidad *dirigida a menores* y la publicidad que supone su *participación*. En el primer grupo destaca el artículo 21 del CchEP, las leyes 20.606 y 20.869 relativas a la publicidad de alimentos y la Ley 18.838 que crea en Consejo Nacional de Televisión. En el segundo, solo se encuentra el artículo 22 CchEP, relativo a la participación de los menores de edad en la publicidad, cuya vulneración acarrea el retiro de la pieza publicitaria mas no una multa infraccional u otra medida que desincentive la publicidad ilícita.

4. En aquellos supuestos específicos en que el legislador nacional contempla una multa infraccional o una medida administrativa por vulneración de las normas que regulan la publicidad infanto-juvenil como en los en que esto no sucede es posible alcanzar a una tutela más efectiva, recurriendo a las categorías de publicidad *abusiva, agresiva y engañosa*, pues ellas permiten *ampliar y optimizar* la tutela legal existente y *otorgarla* en aquellos casos no regulados, reconduciéndonos a la LPC o al Código Civil, según el caso.

Bibliografía

- AA.VV., *Infancia publicidad y consumo: III Jornadas sobre derecho de los menores*, en I. Lázaro & I. Mayoral, coords. (Universidad Pontificia Comillas, 2005).
- AA.VV., *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencia en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, en C. Domínguez, ed. (Ed. Thomson Reuters, 2019).
- Alfredo Ferrante, *La protección a la imagen y su materialidad en el ordenamiento chileno*, 23 *Revista Boliviana de Derecho* 134-167 (2017).
- Adriana Lucía López Álvarez, *Reflexiones sobre la normatividad que regula la información y la publicidad dirigida al consumidor menor de edad en Colombia y en España, haciendo énfasis en la publicidad para juguetes*, 18, n.º 1 *Revist@ e-Mercatoria* 83-133 (2019).
- Carlos Ballesteros García, *El papel del niño en las decisiones de consumo. ¿Una tiranía?*, en Ignacio Lázaro e Isabel Mayoral, coords., *Infancia, publicidad y consumo: III Jornadas sobre derecho de los menores* 21-31 (Universidad Pontificia Comillas, 2005).
- Carmen Domínguez Hidalgo, *Autonomía en materia de niñez: tensiones y perspectivas*, en Manuel Barría, coord. *Estudios de Derecho Civil XI*, 101-112 (Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción, Ed. Legalpublishing, 2016).
- Carmen Domínguez Hidalgo, *Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño*, en C. Domínguez, ed., *El principio de reparación integral en sus contornos actuales* 83-99 (Ed., Thomson Reuters, 2019).
- Celia Martínez Escribano, Carmen Herrero Suárez, Lirio Martín García & José Miguel Hernández-Rico, *Derecho de la publicidad* (Ed. Aranzadi, 2015).
- Consuelo Camacho Pereira, *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. La integración de la publicidad en el contrato* (Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012).
- Cristián Larraín Páez, *Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno*, 26 *Revista Chilena de Derecho Privado* 119-185 (2016).
- Erika Isler Soto, *Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor*, 6, n.º 1 *Revista Ars Boni et Aequi* 125-145 (2010).
- Erika Isler Soto, *Los niños, niñas y adolescentes: un desafío para el derecho de consumo* (2018), <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/10/18/Los-ninos-ninas-y-adolescentes-un-desafio-para-el-Derecho-de-Consumo.aspx?disp=1>.

- Erika Isler Soto, *La publicidad falsa o engañosa: una manifestación actual del dolo*, en Antonio Vodanovic Haklicka, Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte general, tomo 1, 180-181 (Ed. Jurídicas de Santiago, 2019).
- Erika Isler Soto, *Acercas del reconocimiento de los consumidores hipervulnerables*, en María Fernanda Vásquez, Dir., Estudios de derecho comercial, X Jornadas Nacionales de Derecho Comercial 197-214 (Tirant lo Blanch, 2020).
- Erika Isler Soto, *La publicidad falsa o engañosa: una manifestación actual del dolo*, en Antonio Vodanovic Haklicka, Tratado de derecho civil. Fuentes de las obligaciones. Parte general, tomo 1, 180-181 (Ed. Jurídicas de Santiago, 2019).
- Erika Isler Soto, *La sexualización del menor a través de la publicidad y la reacción del derecho de consumo*, en Fabián Elorriaga, coord., Estudios de derecho civil XV, 119-132 (LegalPublishing, 2020).
- Fabiola Lathrop Gómez, *El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile. Una mirada crítica a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del estatutos normativos iberoamericanos de protección integral de la infancia y la adolescencia*, 40, n.º 3 Revista Chilena de Derecho 929-952 (2013).
- Fabiola Lathrop Gómez, *La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno*, 22 Revista Chilena de Derecho Privado 197-229 (2014).
- Francisca Barrientos Camus, *Lecciones de derecho del consumidor* (Ed. Thomson Reuters, 2019).
- José María De La Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad* 128-131 (Ed. EUNSA, 2002).
- Jorge Eduardo Aillapán Quinteros, *El derecho a la propia imagen: ¿derecho personalísimo?, ¿derecho fundamental?- Precisiones terminológicas para el ordenamiento jurídico chileno*, 43, n.º 2 Revista Chilena de Derecho 435-462 (2016).
- Helen Whittle, Catherine Hamilton Giachritsis, Anthony Beech y Guy Collings, *A review of online grooming: Characteristics and concerns. 18 Aggression and Violent Behavior* 62-70 (2013), <https://doi.org/10.1016/j.avb.2012.09.003>
- Iñigo De la Maza Gazmuri, *Artículo 28, La protección de los derechos de los consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, en I. De la Maza, C. Pizarro, Dirs. & F. Barrientos, coord., 653-671 (Ed. Thomson Reuters, 2013).
- Hernán Corral Talciani, *La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial*, 8 Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 159-175 (2001).

- Inmaculada Higuera, *Valor comercial de la imagen. Aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen* (Ed. EUNSA, 2001).
- Juan Luis Goldenberg Serrano, *El propósito persuasivo de la publicidad y sus peligros en el ámbito del crédito al consumo*, 34 Revista Chilena de Derecho Privado 163-204 (2020).
- Lucía Rizik Mulet, *Aproximación jurídica a la publicidad comercial discriminatoria. Especial referencia a la publicidad sexista*, en Lucía Rizik Mulet, comp., *Cuestiones Actuales del Derecho Privado. Actas de las Primeras Jornadas de Profesoras de Derecho Privado* 141-154 (Tirant lo Blanch, 2020).
- Maricruz Gómez De la Torre Vargas, *Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos*, 18 Revista de Derecho (UCUDAL) (2014), <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n18/2393-6193-rd-18-117.pdf>
- Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 Law & Contemporary Problems 203-223 (1954),
- Humberto Nogueira Alcalá, *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización*, 13, n.º 2 Revista Ius et Praxis 245-285 (2007).
- Isabel Ramos Herranz, *La publicidad en el sector audiovisual* (Ed. Thomson Reuters Arazandi, 2015).
- Patricia Verónica López Díaz, *Publicidad engañosa. Indemnización de daños. Concurrencia de responsabilidad civil. Opción de responsabilidades. Responsabilidad extracontractual. Corte Suprema, 18 de enero de 2018, rol 73907-2016*, 30 Revista Chilena de Derecho Privado 195-210 (2018).
- Patricia Verónica López Díaz, *La tutela de la publicidad engañosa: un intento de sistematización desde el derecho civil chileno*, Fabián Elorriaga, coord., *Estudios de derecho civil XV*, 839-865 (Ed. Thomson Reuters, 2020).
- Patricia Verónica López Díaz, *La publicidad abusiva y agresiva: un intento de configuración dogmática en el derecho chileno y la tutela de los consumidores frente a tales prácticas comerciales*, en María Fernanda Vásquez, Dir., *Estudios de Derecho Comercial, X Jornadas Nacionales de Derecho Comercial* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2020).
- Patricia Verónica López Díaz, *El menor como consumidor en el derecho chileno: intento de configuración dogmática y determinación de la tutela aplicable*, en K. Campos Díaz, *Estudios de derecho del consumidor (en proceso de publicación)* (Ed. Tirant Lo Blanch, 2021).
- Patricia Verónica López Díaz, *La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno*, 26, n.º 3 Revista Ius et Praxis 23-44 (2020).

- Patricia Verónica López Díaz, *Los consumidores hipervulnerables: ¿una categoría dogmática necesaria?*, Mercurio Legal (2020), <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2020/11/30/los-consumidores-hipervulnerables-una-categoria-dogmatica-necesaria.aspx>
- Patricia Verónica López Díaz, *La responsabilidad por publicidad ilícita y su incidencia en la tutela de los consumidores*, Mercurio Legal (2020), <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>
- Patricia Verónica López Díaz, *Las perspectivas de tutela aplicable ante la publicidad engañosa en el derecho chileno*, n.º 40 Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia 273-308 (2021).
- Rachel O'Connell, A typology of cyber exploitation and online grooming practices (Cyberspace Research Unit, University of Central Lancashire, 2003), <https://pdfs.semanticscholar.org/898c/0e9791e5d227dd875129ca05cf7cae08d4c4.pdf>
- Rodrigo Barcia Lehmann, *Derechos fundamentales y autonomía progresiva de la infancia*, en C. Lepín & M. Gómez, coords., Estudios de derecho de familia I, 211-220 (Ed. Thomson Reuters, 2016).
- Rodrigo Barcia Lehmann, *Estructura del derecho de familia y de la infancia*. Tomo II (Ed. Thomson Reuters, 2020).
- Rodrigo Uribe Bravo, *Un momento y ya volvemos: un análisis de contenido de la publicidad infantil en la televisión chilena*, 18 Comunicación y Sociedad, 79-106 (2012).
- Sandra Vilajoana Alejandre, *Las leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria* (Ed. Universitat Oberta de Catalunya, 2011).
- Sergio Sebastián Barocelli, *Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables*, S.S. Barocelli, Dir., Consumidores hipervulnerables (Ed. El Derecho, 2018).
- Stephen R. Barnett, *El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia en el derecho español*, 237 Revista de Derecho Mercantil 1225-1250 (2000).
- Susan Turner Saelzer, *Capacidad de las personas menores de edad desde la perspectiva del derecho de familia actual*, en *Estudios de derecho de familia IV*, en A. Mondaca M. & C. Aedo B., eds., 115- 124 (Ed. Thomson Reuters, 2019).
- Yolanda Aguilar Olivares, *Las prácticas agresivas desleales en el mercado y la tutela del consumidor* (Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020).

Notas

* Artículo de investigación científica

Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular n.º 1190200, “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: diversidad de problemas y perspectivas de solución en el derecho chileno” del que la autora es investigadora responsable.

- 1 Excepcionalmente destaca Erika Isler Soto, Los niños, niñas y adolescentes: un desafío para el derecho de consumo, Opinión, <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/10/18/Los-ninos-ninas-y-adolescentes-un-desafio-para-el-Derecho-de-Consumo.aspx?disp=1>. Erika Isler Soto, La sexualización del menor a través de la publicidad y la reacción del derecho de consumo, en Fabián Elorriaga, coord., Estudios de Derecho Civil XV 119-132 (Ed. Thomson Reuters, 2020). Desde una perspectiva práctica, pero circunscrita a una apreciación de la publicidad infantil televisiva chilena en el ámbito latinoamericano destaca Rodrigo Uribe Bravo, Un momento y ya volvemos: un análisis de contenido de la publicidad infantil en la televisión chilena, 18 Comunicación y Sociedad 79-106 (2012).
- 2 La atención se ha focalizado en la capacidad del menor en general [Susan Turner Saelzer, Capacidad de las personas menores de edad desde la perspectiva del derecho de familia actual, en A. Mondaca & M.C. Aedo B., eds., Estudios de derecho de familia IV 115-124 (Ed. Thomson Reuters, 2019)], en la protección de estos [Fabiola Lathrop Gómez, La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno, 22 Revista Chilena de Derecho Privado, 197-229 (2014), Maricruz Gómez De la Torre Vargas, Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos, 18 Revista de Derecho (UCUDAL), 2º época, (2014). <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n18/2393-6193-rd-18-117.pdf>. Rodrigo Barcia Lehmann, Derechos fundamentales y autonomía progresiva de la infancia, en C. Lepín & M. Gómez, coords., Estudios de derecho de familia I 211-220 (Ed. Thomson Reuters, 2016) y Carmen Domínguez Hidalgo, Autonomía en materia de niñez: tensiones y perspectivas, en Manuel Barría, coord., Estudios de derecho civil XI, 101-112 (Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción, Editorial Legalpublishing, 2016)] y en la vulneración de derechos [Carmen Domínguez Hidalgo, Hacia un concepto de vulneración de derechos, en C. Domínguez Hidalgo, coord., Estudios de derecho de familia III 411-431 (Ed. Thomson Reuters, 2018)].
- 3 Un acucioso estudio de estos tópicos en el derecho comparado en AA.VV., Infancia, publicidad y consumo: III Jornadas sobre derecho de los menores 43-64, 21-31, 35-42, 139-175, 223-233, 87-107, 79-84, en I. Lázaro & I. Mayoral, coords. (Universidad Pontificia Comillas, 2005).
- 4 Un análisis de la recepción de la CDN en Chile en AA.VV., Convención Internacional de los derechos del niño. Estudios y experiencia en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia, en C. Domínguez, ed. (Ed. Thomson Reuters, 2019).
- 5 Por todos, Maricruz Gómez De la Torre Vargas, supra nota 2 y Rodrigo Barcia Lehmann, supra nota 2.

- 6 Esta otra vulnerabilidad puede tener su origen además en su condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural o en otras circunstancias permanentes o transitorias. De allí que se sostenga que son hipervulnerables los infantes, adolescentes, la mujer, las personas con necesidades alimentarias especiales, el adulto mayor, los pueblos indígenas, el turista, el consumidor electrónico y las minorías religiosas. Un detenido estudio en Sergio Sebastián Barocelli, *Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables*, S.S. Barocelli, Dir., *Consumidores Hipervulnerables* (Ed. El Derecho, 2018). Abordando esta categoría de consumidores hipervulnerables, en nuestra dogmática, Erika Isler Soto, *Acerca del reconocimiento de los consumidores hipervulnerables*, en *Estudios de Derecho Comercial*, en María Fernanda Vásquez, Dir., *X Jornadas Nacionales de Derecho Comercial 197-214* (Tirant lo Blanch, 2020) y nosotros en Patricia Verónica López Díaz, *Los consumidores hipervulnerables: ¿una categoría dogmática necesaria?* (Mercurio Legal, 2020).
- 7 Pues, según el artículo 1447 de nuestro Código Civil, los impúberes son incapaces absolutos y los menores adultos (esto es, las mujeres mayores de 12 años y los varones mayores de 14 años pero ambos menores de 18 años) incapaces relativos.
- 8 Un tratamiento acucioso de la autonomía progresiva en el derecho chileno en Rodrigo Barcia Lehmann, *Estructura del derecho de familia y de la infancia*, tomo II, 782-859 (Ed. Thomson Reuters, 2020).
- 9 Argumentos en Patricia Verónica López Díaz, *El menor como consumidor en el derecho chileno: intento de configuración dogmática y determinación de la tutela aplicable*, *Estudios de Derecho del Consumidor*, en K. Campos Díaz (en proceso de publicación) (Ed. Tirant Lo Blanch, 2021).
- 10 Juan Luis Goldenberg Serrano, *El propósito persuasivo de la publicidad y sus peligros en el ámbito del crédito al consumo*, 34 *Revista Chilena de Derecho Privado* 163-204 (2020).
- 11 <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>
- 12 Esto por haber transcurrido dos años sin que la comisión se hubiese pronunciado sobre dicho asunto.
- 13 Dicho decreto es aplicable a las relaciones de consumo, a la responsabilidad de los productores, proveedores y a quienes intervengan en el suministro de información a niños, niñas y adolescentes y regula sus derechos frente a la información y publicidad (art. 3), los deberes del anunciante (art. 4), la publicidad emitida durante un programa de radio o televisión (art. 5), la información en la comercialización de juguetes (art. 6) y en el entorno digital (art. 7), previendo las sanciones establecidas en los artículos 61 y 62 de la Ley 1480 de 2011 en caso de infracción. Un acucioso análisis en Adriana Lucía López Álvarez, *Reflexiones sobre la normatividad que regula la información y la publicidad dirigida al consumidor menor de edad en Colombia y en España, haciendo énfasis en la publicidad para juguetes*, 18, n.º 1 *Revist@ e-Mercatoria* 83-133 (2019).

- 14 Elaborado por el CONAR, integrado por la Asociación Chilena de Publicidad (ACHAP), la Asociación Nacional de Avisadores (ANDA), la Asociación Nacional de Televisión (ANATEL), la Asociación de Radiodifusores de Chile (ARCHI), la Asociación Nacional de la Prensa (ANP) y el Interactive Advertising Bureau (IAB CHILE), <https://www.conar.cl/codigo-etica/>
- 15 El referido artículo 24 dispone que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. Por su parte, el artículo 10.3 prescribe, en su parte pertinente, que los Estados parte de dicho Pacto reconocen que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.
- 16 El artículo 25 en su segunda parte señala que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. En tanto, el referido artículo 7, en su parte pertinente, indica que “todo niño tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.
- 17 El artículo 1 dispone que “el niño debe poder desarrollarse de manera normal, material y espiritualmente”. El referido principio 2 indica que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Finalmente, el principio 10 señala, en su parte pertinente, que “el niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole”.
- 18 En tal sentido destacan el Libro Verde de la Comisión sobre Protección de los Menores y la Dignidad Humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información, las Recomendaciones de 1998 y 2006 acerca de la Protección del Menor en los Servicios Audiovisuales y de Información en Línea, el Informe de la Comisión Europea de 2011 sobre las Recomendaciones de 1998 y 2006 acerca de la Protección del Menor en los Servicios Audiovisuales y de Información en Línea y los Derechos de la Infancia y Principios para Empresas presentado el 2012 por el Pacto Mundial, Unicef y Save the Children.
- 19 Actualmente, se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado. Boletín (consultado el 30 de junio de 2020), https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10729.
- 20 En contra, Jorge Eduardo Aillapán Quinteros, *El derecho a la propia imagen: ¿derecho personalísimo?, ¿derecho fundamental? Precisiones terminológicas para el ordenamiento jurídico chileno*, 43, n.º 2 Revista Chilena de Derecho 435-462 (2016), quien niega que el

- derecho a la imagen sea un derecho de la personalidad, a partir de la idea que este último es extrapatrimonial y que el derecho chileno le reconoce cualidades de patrimonialidad y traficabilidad.
- 21** Pues no se encuentra consagrado en ninguna norma positiva en nuestro ordenamiento jurídico. Para una exhaustiva revisión ver Alfredo Ferrante, *La protección a la imagen y su materialidad en el ordenamiento chileno*, 23 Revista Boliviana de Derecho 143-158, 134-167 (2017). No obstante, se ha explorado la responsabilidad civil derivada de su infracción en Cristián Larraín Páez, *Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno*, 26 Revista Chilena de Derecho Privado 119-185 (2016).
- 22** Un análisis en Fabiola Lathrop Gómez, *El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile. Una mirada crítica a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del estatutos normativos iberoamericanos de protección integral de la infancia y la adolescencia*, 40, n.º 3 Revista Chilena de Derecho 929-952 (2013).
- 23** Hernán Corral Talciani, *La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial*, 8 Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 161-162, 159-175 (2001), Humberto Nogueira Alcalá, *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización*, 13, n.º 2 Revista Ius et Praxis 245-285 (2007) y Alfredo Ferrante, *supra* nota 21, págs. 149-150. Pero nada obsta a que efectivamente pueda presentarse una vulneración conjunta del derecho a la honra, a la vida privada y a la imagen.
- 24** Por todos, Humberto Nogueira Alcalá, *supra* nota 23, págs. 261-262.
- 25** Véase Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 Law & Contemporary Problems 203-223 (1954), Stephen R. Barnett, *El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia en el derecho español*, 237 Revista de Derecho Mercantil 1225-1250 (2000) e Inmaculada Higuera, Valor comercial de la imagen. Aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen (Ed. Eunsa, 2001).
- 26** Así se desprende de las normas contenidas en ordenamientos en que la publicidad engañosa es un acto de competencia desleal, como acontece en el español [Consuelo Camacho Pereira, *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. La integración de la publicidad en el contrato* 117-160 (Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012)], y en el nuestro a partir de los artículos 28A, 33 y 17 L de la LPC relativos a la publicidad engañosa y el artículo 4 letras a), b) y e) de la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal (LCD) (Patricia Verónica López Díaz, *La tutela de la publicidad engañosa: un intento de sistematización desde el derecho civil chileno*, en Fabián Elorriaga, coord., *Estudios de derecho civil XV*, 839-865 (Thomson Reuters, 2020).
- 27** Sandra Vilajoana Alejandre, *Las leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria* 96-105 (Ed. Universitat Oberta de

- Catalunya, 2011) y Yolanda Aguilar Olivares, *Las prácticas agresivas desleales en el mercado y la tutela del consumidor* 106-113 (Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020).
- 28** La aproximación a este ilícito publicitario solo se ha realizado en nuestra dogmática a propósito de la publicidad sexista en Lucía Rizik Mulet, *Aproximación jurídica a la publicidad comercial discriminatoria. Especial referencia a la publicidad sexista*, en Lucía Rizik Mulet, comp., *Cuestiones Actuales del Derecho Privado. Actas de las Primeras Jornadas de Profesoras de Derecho Privado* 141-154 (Tirant lo Blanch, 2020), mas no con ocasión de los menores de edad.
- 29** José María De la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad* 128-131 (Ed. EUNSA, 2002), Sandra Vilajoana Alejandre, *supra* nota 27, págs. 56-61, y Celia Martínez Escribano, Carmen Herrero Suárez, Lirio Martín García & José Miguel Hernández-Rico, *Derecho de la publicidad* 95-108 (Ed. Aranzadi, 2015).
- 30** Esta se encuentra contenida en el Decreto n.º 114 del 17 de junio de 2005 que aprueba el Reglamento sobre Seguridad de los Juguetes que exige *advertencias* en el etiquetado de juguetes no apropiados para menores de 3 años y que contengan partes pequeñas (art. 26), de juguetes científicos que resulten peligrosos (art. 28 literales e y f) y juguetes que por sus características requieran precauciones especiales por *riesgo* que se incendien (art. 29).
- 31** Véase, al respecto, Patricia Verónica López Díaz, *El menor como consumidor en el derecho chileno: intento de configuración dogmática y determinación de la tutela aplicable*, en *Estudios de Consumidor III* (Tirant lo Blanch, en prensa), y Erika Isler Soto, *supra* nota 1.
- 32** Véase Sandra Vilajoana Alejandre, *supra* nota 27, págs. 59-61 y Carlos Ballesteros García, *El papel del niño en las decisiones de consumo. ¿Una tiranía?*, en Ignacio Lázaro e Isabel Mayoral, coords., *Infancia, publicidad y consumo: III Jornadas sobre derecho de los menores* 21-31 (Universidad Pontificia Comillas, 2005).
- 33** En igual sentido destaca el Decreto n.º 114 del 17 de junio de 2005 que aprueba el Reglamento sobre Seguridad de los Juguetes al que hemos aludido en la nota 30 y el Decreto 239 del Ministerio de Salud que aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de Cosméticos de 20 de junio de 2003 que según el artículo 5 letra d) resulta aplicable a los cosméticos infantiles (entendiendo por tal aquel destinado a menores de 6 años), repudiando en sus artículos 47 y 48 la publicidad que contraría la verdad científica e induzca a equivocación o engaño o que le atribuya a dicho producto propiedades terapéuticas o efectos o características que el producto no posea o no puedan ser comprobados. Con todo, no los abordamos en el texto de este artículo atendida su naturaleza reglamentaria y la ausencia de sentencias que se hayan pronunciado respecto de tales supuestos.
- 34** Para una revisión de tales principios en el derecho chileno, véase Patricia Verónica López Díaz, *La publicidad comercial como fenómeno*

jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno, 26, n.º 3 Revista Ius et Praxis, 28-37, 23-44 (2020).

- 35** Un estudio detallado de la publicidad engañosa en nuestro dogmática en Iñigo De la Maza Gazmuri, *Artículo 28, La protección de los derechos de los consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, 653-671, en I. De la Maza & C. Pizarro, Dirs., F. Barrientos, coord. (Ed. Thomson Reuters, 2013), Erika Isler Soto, *Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor*, 6, n.º 1 Revista *Ars Boni et Aequi* 125-145 (2010) y Francisca Barrientos Camus, *Lecciones de derecho del consumidor* 65-75 (Ed. Thomson Reuters, 2019). Tratándose de la publicidad agresiva y abusiva, véase Patricia Verónica López Díaz, *La publicidad abusiva y agresiva: un intento de configuración dogmática en el derecho chileno y la tutela de los consumidores frente a tales prácticas comerciales*, en María Fernanda Vásquez, Dir., *Estudios de derecho comercial*, X Jornadas Nacionales de Derecho Comercial 215-236 (Ed. Tirant lo Blanch, 2020).
- 36** Así lo consignan, respectivamente, los incisos séptimo, décimo cuarto, décimo tercero y octavo de este precepto.
- 37** Véanse incisos noveno y décimo del artículo 21 del CchEP.
- 38** Exigencia que a partir de la 6ª versión del CchEP de 2018 se encuentra contenida en el artículo 23 de dicho código relativo a CchEP la publicidad de contenido para adulto.
- 39** Véase Considerando noveno CONAR. Rol 1078-2018. “Lavín con Falabella”, 7 de mayo de 2018, file:///C:/Users/HOME/Downloads/Rol-1078-FALLO-CONAR.pdf.
- 40** Véase considerando sexto CONAR. Rol 955-2014. “Sotomayor Leiva con Embotelladoras Chilenas Unidas S.A.”, 17 de junio de 2014, file:///C:/Users/HOME/Downloads/Rol-0955-Fallo-Conar.pdf
- 41** Considerandos sexto y octavo CONAR. Rol 893-2012. “Melloni y Otro con Confecciones Top”, 29 de noviembre de 2012, file:///C:/Users/HOME/Downloads/Rol-0893-Fallo-Conar%20(2).pdf
- 42** Véase Considerando décimo cuarto CONAR. Rol 857-2012. “Nestlé Chile con Soprole”, 24 de diciembre de 2012, file:///C:/Users/HOME/Downloads/Dictamen-%C3%89tico-Rol-0857.12.pdf
- 43** Se trata del artículo 120 del Reglamento Sanitario de los Alimentos (Decreto 977/96 del Ministerio de Salud) que, al igual que el artículo 5º de la Ley 20.606, exige *rotular con sellos de advertencia* —que adoptan la forma de octogonales negros y que llevan la reseña “ALTO EN”— los alimentos cuya composición nutricional sea elevada en calorías, grasas saturadas, azúcar y sal.
- 44** Corte Suprema. Rol 45386-2017. “Rojas con Secretaria Ministerial de Salud de la Región de Tarapacá”, 18 de octubre de 2018, CL/JUR/5905/2018, <http://www.legalpublishing.cl>. Sin embargo, existió un voto disidente en que se estimó que no se configuraba la conducta del artículo 5, toda vez que la actora se limitó a vender los productos referidos, pero no a publicitarlos.

- 45 Corte Suprema. Rol 45030-2017. “Sernac con Nestlé S.A.”, 27 de diciembre de 2017, VLEX 700050629, <http://www.vlex.com>, Corte Suprema. Rol 44958-2017. “Sernac con Kelloggs”, 27 de diciembre de 2017 [no disponible en buscador electrónico], Corte Suprema. Rol 44957-2017. “Sernac con Dos en uno”, 27 de diciembre de 2017, VLEX 700050565, <http://www.vlex.com>, y Corte Suprema. Rol 45314-2017. “Sernac con Masterfoods”, 4 de enero de 2018, VLEX 700028654, <http://www.vlex.com>.
- 46 Sobre este tópico Patricia Verónica López Díaz, *Las perspectivas de tutela aplicable ante la publicidad engañosa en el derecho chileno*, n.º 40 Revista de Derecho Privado 281-284, 273-308 (Universidad Externado de Colombia, 2021).
- 47 El literal a) indica “los componentes del producto y el porcentaje en que concurren” y el c) “las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial”.
- 48 Véase los considerandos décimo cuarto y vigésimo de la sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 12067-2015. “Claro Comunicaciones S.A. con Consejo Nacional de Televisión”, 22 de febrero de 2016, CL/JUR/1229/2016, <http://www.legalpublishing.cl>.
- 49 Véase considerando quinto Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 11354-2017. “Claro Comunicaciones S.A. con Consejo Nacional de Televisión”, 19 de enero de 2018, CL/JUR/331/2018, <http://www.legalpublishing.cl>.
- 50 Por todos, Carlos Ballesteros García, *supra* nota 32, págs. 29-30.
- 51 Un análisis de estos supuestos en Sandra Vilajoana Alejandre, *supra* nota 27, págs. 50-61, Isabel Ramos Herranz, La publicidad en el sector audiovisual 65-67 (Ed. Thomson Reuters Arazandi, 2015) y Celia Martínez, Carmen Herrero, Lirio Martín & José Miguel Hernández-Rico, *supra* nota 29, págs. 107-108.
- 52 Sobre este tópico, véase Rachel O’Connell, A typology of cyber sexploitation and online grooming practices”, Cyberspace Research Unit, University of Central Lancashire (2003), <https://pdfs.semanticscholar.org/898c/0e9791e5d227dd875129ca05cf7cae08d4c4.pdf> y Helen Whittle, Catherine Hamilton Giachritsis, Anthony Beech & Guy Collings, A review of online grooming: Characteristics and concerns, 18 Aggression and Violent Behavior 62-70 (2013), <https://doi.org/10.1016/j.avb.2012.09.003>
- 53 Que prohibía las presentaciones visuales que pudieran causar daños físicos a los menores de edad.
- 54 CONAR. Rol 502-2001. “Superintendencia de Electricidad y Combustibles con Falabella”, 27 de junio de 2001, <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/page/32/>
- 55 En aquella parte que señalaba que “en los mensajes dirigidos a los niños y jóvenes se tendrán siempre en consideración los siguientes aspectos:

- respeto a la característica psicológica de la audiencia, falta de experiencia de los niños y capacidad para evaluar el crédito que se debe dar a los mensajes publicitarios, la no explotación de la ingenuidad, inmadurez, inexperiencia o credulidad de los niños o adolescentes”.
- 56** CONAR. Rol 676-2006. “Fernández Canales con ENTEL PCS”, 12 de diciembre de 2006, <https://www.conar.cl/casos/casos-completos/page/24/>
- 57** CONAR. Rol 1133-2020. “Defensoría de los Derechos de la Niñez y otros con Industria Textil Monarch S.A.”, 11 de marzo de 2020, file:///C:/Users/HOME/Downloads/Rol-1133-2020%20(1).pdf. Sin embargo estimó que los artículos 1 y 33 del CchEP, relativo este último a la publicidad en medios digitales, interactivos, redes sociales y marketing directo, no resultaba infringido.
- 58** CONAR. Rol 1134-2020. “Defensoría de los Derechos de la Niñez y otros con Empresa Calzado CMORAN”, 11 de marzo de 2020, file:///C:/Users/HOME/Downloads/Rol-1134-2020.pdf
- 59** Erika Isler Soto, *supra* nota 1, págs. 128-129.
- 60** Tal especialidad se ha asentado por en Corte Suprema. Rol 45030-2017. “Sernac con Nestlé S.A.”, 27 de diciembre de 2017, VLEX 700050629, <http://www.vlex.com>, VLEX 700050629. Corte Suprema. Rol 44958-2017. “Sernac con Kelloggs”, 27 de diciembre de 2017, [no disponible en buscador electrónico]. Corte Suprema., Rol 44957-2017. “Sernac con Dos en uno”, 27 de diciembre de 2017, VLEX 700050565, <http://www.vlex.com>, VLEX 700050565. Corte Suprema. Rol 45314-2017. “Sernac con Masterfoods”, 4 de enero de 2018, VLEX 700028654, <http://www.vlex.com>, VLEX 700028654.
- 61** Su sustento está en tales garantías y en el artículo 3 letra c) de la LPC, según el cual el proveedor no puede ser discriminado arbitrariamente por proveedores de bienes y servicios. Véase la *Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales* del SERNAC aprobada por Resolución Exenta n.º 187 del 21 de marzo de 2019 y Patricia Verónica López Díaz, *supra* nota 34, págs. 37-38.
- 62** Para una aproximación general a la responsabilidad por publicidad ilícita véase Patricia Verónica López Díaz, *La responsabilidad por publicidad ilícita y su incidencia en la tutela de los consumidores*, Mercurio Legal (2020).
- 63** Sobre este tópico y tales alternativas, Patricia Verónica López Díaz, *supra* nota 34, págs. 38-39.
- 64** Un análisis desde el derecho chileno en Patricia López, *supra* nota 31.
- 65** En tal sentido Patricia Verónica López Díaz, *Publicidad engañosa. Indemnización de daños. Concurrencia de responsabilidad civil. Opción de responsabilidades. Responsabilidad Extracontractual. Corte Suprema, 18 de enero de 2018, Rol 73907-2006*, 30 Revista Chilena de Derecho Privado 195-210 (2018) y Erika Isler Soto, *La publicidad falsa o engañosa: una manifestación actual del dolo*, en Antonio Vodanovic Haklicka, *Tratado de derecho civil. Fuentes de*

las obligaciones. parte general, tomo 1, 180-181 (Ed. Jurídicas de Santiago, 2019).

66 Sobre tal fundamento, véase Carmen Domínguez Hidalgo, *Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño*, en C. Domínguez, ed., *El principio de reparación integral en sus contornos actuales* 83-99 (Ed. Thomson Reuters, 2019).

Notas de autor

^a Autora de correspondencia. Correo electrónico: patriciaveronica.lopezdiaz@mail.com

Información adicional

Cómo citar este artículo: Patricia Verónica López Díaz, La propiedad comercial y el niño, niña y adolescentes en el derecho chileno: un intento de sistematización y determinación de la tutela aplicable, 70 *Vniversitas* (2021), <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.pcnn>