

Legal |
Opinión | Artículo 1 de 1

Vulneración de los derechos de igualdad ante la ley, integridad física, integridad síquica e imagen del consumidor en el Derecho chileno

“...Del hecho que aún no se prevea el deber constitucional del Estado de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos del consumidor ni el principio pro consumidor, como acontece en otras latitudes, o que el legislador no haya repudiado expresamente conductas atentatorias contra los derechos fundamentales aludidos ni haya regulado su tutela, no se sigue que ella no pueda reclamarse...”

Jueves, 30 de junio de 2022 a las 10:02



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Patricia López

Desde la entrada en vigencia de la Ley 19.496 (LPC) el legislador nacional ha evidenciado su preocupación por tutelar al consumidor y perfeccionar dicha tutela a través de las diversas modificaciones a ella. Así, ha perfeccionado la técnica legislativa de las cláusulas abusivas, ha tutelado más intensamente al consumidor financiero y ha consagrado normativamente el principio pro consumidor, como lo revelan las leyes 20.555 de 5 de diciembre de 2011, 21.320 de 20 de abril de 2021 y 21.098 de 24 de diciembre de 2021.

Pero, hasta ahora, no se ha preocupado de disciplinar la tutela que debe dispensarse al consumidor frente a prácticas que atenten contra sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la igualdad ante la ley, a la integridad física y síquica del consumidor y a su imagen, desafío que se hace necesario asumir para propiciar una tutela más efectiva, toda vez que el



recurso de protección no desincentivará tales prácticas ni reparará los daños que ellas puedan causarle.

Lo cierto es que la ausencia normativa de un catálogo de prácticas comerciales atentatorias a tales derechos fundamentales no obsta a que estas puedan articularse a partir de diversas normas contenidas en la Constitución Política de la República, en la LPC y en determinadas leyes especiales y en categorías dogmáticas acuñadas en el derecho comparado que han permeado en el último tiempo en nuestra doctrina, cuales son el consumidor hipervulnerable, la publicidad abusiva y la publicidad agresiva.

Tal articulación es necesaria en atención a diversas consideraciones. La primera es que estas prácticas han aumentado progresivamente en las últimas décadas como consecuencia de la sociedad de consumo y de los adelantos tecnológicos. La segunda es que el consumidor se encuentra frecuentemente expuesto a ellas y que a falta de regulación específica aparece desprotegido en derechos fundamentales como la igualdad ante la ley, la integridad física y síquica y su imagen. Y, la tercera, que la consagración normativa del principio *pro consumidor* es demasiado amplia y difusa para construir un catálogo de dichas prácticas.

En lo que concierne a la contravención a la igualdad ante la ley no solo se encuentra la negativa injustificada de venta —expresamente repudiada por el artículo 13 de la LPC— sino también la inobservancia de ciertos deberes de conducta del proveedor, tratándose del consumidor hipervulnerable.

Uno de estos deberes, como lo ha señalado el Sernac en su Circular Interpretativa de 31 de diciembre de 2021, es el de profesionalidad que impone al proveedor un nivel de diligencia superior al de cualquier sujeto, considerando la pericia adquirida como consecuencia en la habitualidad de su actividad o giro y que, por lo mismo, debe intensificarse tratándose de consumidores con vulnerabilidad agravada, ya que tal calidad exacerba su posición de desventaja. Otro tanto acontece con el *deber de adecuación de la publicidad* que exige al proveedor ajustarla a su público objetivo —el que puede comprender consumidores que devienen en hipervulnerables frente a determinada publicidad—, debiendo abstenerse, especialmente en este supuesto, de difundir publicidad ilícita (esto es, publicidad abusiva, agresiva, engañosa y desleal), toda vez que no se ajusta a la legislación vigente.

Otro deber cuya observancia debe reforzarse es el de advertencia, pues se trata de una especie de deber de información que conlleva un *fuerte llamado de atención* al destinatario y que exige indicar el *riesgo* particular que representa el uso o consumo de un producto con antelación a su utilización o consumo. El problema es que con excepción de la comercialización y el expendio de bebidas alcohólicas (art. 40 bis a la Ley 19.925), de tabaco (art. 6 de la Ley 19.419) y de alimentos libre de gluten (art. 5 bis de la Ley 20.606), no está previsto con pretensiones de generalidad ni a propósito de todos los consumidores hipervulnerables. La excepción particularísima la constituye el NNA, porque tal advertencia se exige en los “alimentos altos en” (arts. 5 de la Ley 20.606 y 120 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto 977/96 del Ministerio de Salud), en juguetes (arts. 26, 28 y 29 del

Decreto N° 114 de 17 de junio de 2005 que aprueba el Reglamento sobre Seguridad de los Juguetes) y cosméticos infantiles (art. 40 del Decreto 239 del Ministerio de Salud que aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de Cosméticos), fenómeno que no se advierte a propósito del consumidor electrónico o del consumidor financiero.

Pues bien, en el evento que no se observen tales deberes se propicia un trato desigual a estos consumidores, vulnerándose la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, dado que según ella los consumidores hipervulnerables, al no encontrarse en la misma situación que el resto de los consumidores, deben recibir un trato especial, esto es, una tutela reforzada.

En lo que refiere a la vulneración del derecho a la integridad física y/o síquica y del derecho a la imagen destaca la publicidad abusiva, esto es, aquella que infringe las garantías constitucionales del consumidor o sus derechos de la personalidad moral. Pensemos en la publicidad sexista, en la hipersexualización de menores o en la publicidad de alimentos, tabaco u alcohol que contraviene las leyes que la regulan y que hemos referido previamente.

En efecto, la publicidad sexista y la hipersexualización de menores no solo vulnera el artículo 2 del CchEP sino que además la integridad física y síquica de los destinatarios de esa publicidad, toda vez que impone un estereotipo sexista, utilizando su cuerpo o partes del mismo como un mero objeto desvinculado del producto que pretende promocionar, degradando a la mujer o al NNA, deviniendo, además, en un supuesto de discriminación en el trato que otorga el anuncio a un determinado grupo de individuos.

En el caso de la mujer se asociada a la utilización de utensilios y productos de limpieza, a las tareas del hogar y a animales y se le reduce a un mero objeto sexual, cosificándola. Tratándose del NNA se vulnera la dignidad del menor y se generan en él cuestionamientos y distorsiones que atentan contra su integridad síquica, afectando su imagen física, acarreándole complejos estéticos, trastornos depresivos, ansiedad y frustración por no alcanzar la apariencia deseada. En tanto, en lo que concierne a la *hipersexualización* —que a partir del artículo 34 de la Ley 21.430, que consagra el derecho a la imagen, encuentra un asiento normativo más contundente— la afectación se focaliza en su madurez y en el rol que le cabe en la sociedad, pues transita abruptamente desde la infancia a la adultez, a lo que se agrega, al igual que en caso anterior, la formación de estereotipos ideales inalcanzables que le provocan las mismas consecuencias nocivas y el menor desarrollo cognitivo y escolar como consecuencia de su excesiva preocupación por la apariencia¹.

En lo que refiere a integridad síquica se agregan las *prácticas agresivas* dirigidas al consumidor y especialmente la publicidad agresiva, pues ella se configura a través del acoso, coacción e influencia indebida, incidiendo en la libertad de elección del consumidor, pero también en su autonomía y en su intimidad e intromisión a la vida privada, pudiendo ocasionarle daño moral.

Establecidas las vulneraciones del proveedor a los derechos de igualdad ante la ley, a la integridad física y síquica y a la imagen del consumidor, cabe preguntarse cuál es la tutela que este último puede activar.

La respuesta evidente es interponer un recurso de protección. El consumidor claramente perseguirá la cesación de la conducta, lo que puede alcanzarse a través del referido recurso, pero puede ocurrir que se hayan provocado daños cuya reparación requiera. De otro lado, también sería conveniente, en lo posible, prevenir su ocurrencia.

En este escenario, entonces, surgen al menos dos preguntas. La primera es ¿cómo podría prevenirse la ocurrencia de daños al consumidor derivados de una discriminación arbitraria o de un atentado a su integridad física, síquica y a la imagen? Y la segunda es, en el evento que esos daños efectivamente se hubieren causado, ¿con cargo a qué normas el consumidor podría obtener su reparación?

Respecto de la primera pregunta, pensemos en la figura del consumidor hipervulnerable, pues no otorgarle una tutela reforzada en los términos que hemos descrito más arriba implica una vulneración a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley que se replica en el derecho del consumidor signado en el artículo 3 letra c) de la LPC a no ser discriminado arbitrariamente por el proveedor de bienes o servicios.

La inobservancia de tales deberes, como lo hemos referido en más de una oportunidad, puede determinar un agravamiento de la multa infraccional del artículo 24 de la LPC, toda vez que pueden resultar aplicables las agravantes signadas en los literales c) y d), que por disposición del artículo 53C letra c) podría aumentar el monto de la indemnización correspondiente en un 25%.

Tratándose de la segunda pregunta, pensemos en los daños derivados de publicidad abusiva y agresiva, ¿con cargo a qué normas se pueden reclamar? Y la respuesta es que estamos en la fase precontractual en que, según ha asentado, correctamente a nuestro juicio, la doctrina y jurisprudencia nacional, la indemnización de daños se disciplina por el régimen extracontractual, esto es, por los artículos 2314 y siguientes del Código Civil y, además, por el referido artículo 53C letra c). Ellos resultan plenamente aplicables, salvo que en virtud de la publicidad se haya celebrado un contrato, como consecuencia de acoso, coacción o influencia indebida, lo que aconecerá en la publicidad agresiva, supuesto en el cual se podrá impetrar además la nulidad indiscutiblemente en caso de coacción.

Pues bien, de todo lo dicho hasta acá fluye con claridad que del hecho que aún no se prevea el deber constitucional del Estado de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos del consumidor ni el principio pro consumidor, como acontece en otras latitudes, o que el legislador no haya repudiado expresamente conductas atentatorias contra los derechos fundamentales aludidos ni haya regulado su tutela, no se sigue que ella no pueda reclamarse, toda vez que esta puede construirse en los términos que hemos referido.

* *Patricia López Díaz es profesora de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales e investigadora de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.*

** *Esta columna de opinión se enmarca en la ejecución del proyecto Fondecyt Regular 1220169, del que la autora es investigadora responsable.*

¹ Examinados en López Díaz, Patricia (2021), "La publicidad abusiva como ilícito que vulnera la integridad del consumidor e infringe el derecho a la seguridad en el consumo previsto en el artículo 3 letra d) de la LPC", en Isler, Erika (ed.), *Seguridad y conformidad en el Derecho de consumo: Reflexiones actuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 633-669.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online