

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ANUNCIANTE, DERIVADA DE LA
PUBLICIDAD ABUSIVA DIRIGIDA AL CONSUMIDOR INFANTIL.**

Autor:

NATHALY YOHANA YANQUÉN CORREA

Director:

DRA. OLENKA WOOLCOTT OYAGÜE

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

COLOMBIA

2014

A Dios, Señor Todopoderoso, quien comenzó la buena obra y fue fiel en perfeccionarla.

A mi familia, motor de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco especialmente a Dios, por haber puesto en mi corazón el deseo de emprender esta investigación, en mi espíritu el empeño para desarrollarla y en mis manos las herramientas necesarias para llevarla a feliz término.

[

La realización de este trabajo tampoco habría sido posible sin el acompañamiento permanente de mi directora de tesis. A la doctora Olenka Woolcott Oyagüe, mis más sinceros agradecimientos por el tiempo, la dedicación y la precisión con que me guió durante estos años.

CONTENIDO

PUBLICIDAD Y CONSUMIDOR INFANTIL.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
1. LA PUBLICIDAD Y EL MENSAJE PUBLICITARIO.....	4
1.1. La publicidad en el contexto de las relaciones de consumo.....	4
1.2. Publicidad y propaganda. Precisión conceptual.....	4
1.3. Publicidad e información en la Ley 1480 de 2011. Concepto y diferencia	5
1.4. Sujetos que intervienen en el proceso de comunicación publicitaria.....	7
1.4.1. El destinatario	7
1.4.2. El anunciante.....	8
1.4.3. El medio de comunicación.....	11
1.4.4. Las agencias de publicidad	12
1.5. El mensaje publicitario como instrumento capaz de generar distorsiones en la conducta del consumidor.....	12
2. LA PUBLICIDAD ABUSIVA COMO PRÁCTICA QUE VULNERA LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDORES	14
2.1. La publicidad abusiva. Aproximación al concepto desde el derecho comparado.....	14
2.2. Los niños, niñas y adolescentes como target de la actividad publicitaria	15
2.3. Efectos de la información canalizada a través de la publicidad dirigida a los menores	18
2.3.1. Los trastornos de la conducta alimentaria (TCA).....	18
2.3.2. El consumo de tabaco y alcohol	20
2.3.3. Disfunciones psicológicas.....	22

3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO CONSUMIDOR FRENTE AL IMPACTO DE LA INFORMACIÓN INADECUADA CONTENIDA EN LA PUBLICIDAD, A PARTIR DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO COLOMBIANO	26
3.1. El principio del interés superior del menor	26
3.2. La protección de los menores en relación con la publicidad	30
3.2.1. La protección del menor frente a la publicidad. Antecedentes legislativos.....	30
3.2.2. La protección del menor frente a la publicidad en las leyes 1098 de 2006 y 1480 de 2011.....	34
CONCLUSIONES.....	36
REFERENCIAS	39
RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ANUNCIANTE, DERIVADA DE LA PUBLICIDAD ABUSIVA DIRIGIDA AL MENOR EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDOR	56
INTRODUCCIÓN.....	57
1. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA DEL ANUNCIANTE POR LA INCURSIÓN EN PRÁCTICAS PUBLICITARIAS QUE VULNEREN LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. EXAMEN DESDE EL DERECHO COLOMBIANO	60
1.1. Responsabilidad civil y administrativa del anunciante por la publicidad que se opone a las disposiciones de la Ley 1480 de 2011	60
1.2. Responsabilidad administrativa del anunciante por la emisión de publicidad que no cumple con las condiciones de la Ley 1480 de 2011	60

1.3. Responsabilidad civil del anunciante por los daños causados con la publicidad que no cumple con las condiciones de la Ley 1480 de 2011	61
1.4. La –aparente– insuficiencia de las normas colombianas de protección al consumidor para justificar la imposición de responsabilidad civil al anunciante derivada de la publicidad abusiva.	61
2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ANUNCIANTE POR LA INCURSIÓN EN PRÁCTICAS PUBLICITARIAS QUE VULNERAN LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. EXAMEN DESDE EL DERECHO COMPARADO.....	63
2.1. Responsabilidad administrativa derivada de la publicidad en el derecho comparado. Perú. Control administrativo a la publicidad.....	64
2.2. Responsabilidad administrativa derivada de la publicidad en el derecho comparado. Brasil. Sanciones administrativas por infracción a las normas sobre publicidad abusiva.....	69
2.3. La responsabilidad civil derivada de la publicidad. Legislación argentina. Límites a la actividad publicitaria.....	70
2.4. La responsabilidad civil derivada de la publicidad. Regulación de los ilícitos publicitarios en el ordenamiento jurídico Español.....	72
2.4.1. La publicidad desleal, la engañosa y la agresiva	72
2.4.2. La publicidad subliminal y la que infringe regulaciones especiales sobre la presentación de ciertos productos	73
2.4.3. La publicidad que vulnera la dignidad humana o los valores constitucionalmente protegidos	74
2.4.4. Publicidad que vulnera la especial protección del menor.....	75
2.4.5. Acciones para la represión de la publicidad ilícita en el derecho español.....	76

3. EXAMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ANUNCIANTE POR DAÑOS OCASIONADOS CON LA INFORMACIÓN INADECUADA CONTENIDA EN LA PUBLICIDAD ABUSIVA DIRIGIDA AL CONSUMIDOR INFANTIL, DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COLOMBIANO	78
3.1. El abuso en la actividad publicitaria como fuente de responsabilidad civil del anunciante, por los daños causados al menor en su condición de consumidor	78
3.2. Elementos de la responsabilidad civil derivada de la publicidad dirigida al menor en su condición de consumidor	80
3.2.1. El hecho	80
3.2.2. El daño	80
3.2.3. El nexo de causalidad	85
3.3. El sujeto responsable del daño	86
3.4. Ámbito de responsabilidad del anunciante por los daños de la publicidad abusiva en el menor en su condición de consumidor en el derecho colombiano	89
3.4.1. La culpa como criterio que fundamenta la responsabilidad del anunciante en el derecho colombiano	92
3.4.2. Naturaleza de la presunción de culpa del anunciante, por los daños generados con la publicidad abusiva	96
3.4.3. La participación de la víctima en la causación del daño provocado con la publicidad abusiva	98
CONCLUSIONES	100
REFERENCIAS	102

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ANUNCIANTE, DERIVADA DE LA
PUBLICIDAD ABUSIVA DIRIGIDA AL CONSUMIDOR INFANTIL**

PARTE I

PUBLICIDAD Y CONSUMIDOR INFANTIL

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ANUNCIANTE, DERIVADA DE LA PUBLICIDAD ABUSIVA DIRIGIDA AL CONSUMIDOR INFANTIL¹.

PUBLICIDAD Y CONSUMIDOR INFANTIL

Nathaly Yohana Yanquén Correa²

Resumen

La protección especial de los niños, niñas y adolescentes, es pilar del derecho de consumo nacional. Tal protección comprende los daños causados en una relación de consumo, incluyendo los derivados de la publicidad. Dicho propósito generó la necesidad de identificar, desde un examen dogmático, los principales efectos adversos de la publicidad en la conducta los menores. Los resultados enseñan la existencia de técnicas publicitarias vulneradoras de los derechos del consumidor infantil, delimitadas conceptualmente como *publicidad abusiva*, forma publicitaria que no está prevista ni regulada en el estatuto del consumidor. Así se concluye en la insuficiencia de la regulación actual de la publicidad en el marco del derecho del consumo, para lograr la protección integral de los menores, como consumidores.

Palabras clave

Publicidad. Información. Interés superior del menor. Publicidad abusiva.

¹ El presente documento corresponde a un artículo de revisión, resultado de una investigación desarrollada con ocasión del programa de maestría en Derecho contractual público y privado de la Universidad Santo Tomás.

² Abogada de la Universidad Santo Tomás; Especialista en Derecho Comercial y Derecho de la Empresa del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

Abstract

Special protection of children and adolescents is a pillar of the national consumption law. The protection includes the damages caused on a consumption relationship, including those derived from advertising. This purpose has motivated the need to identify from a dogmatic analysis, the most important adverse effects of advertising on children's behavior. Results show the existence of advertising techniques that induce to detrimental behavior to child consumer. Those techniques are defined conceptually as *abusive advertising*. However, abusive advertising is not provided or regulated by national consumer law. It is concluded on the inadequacy of the current regulation of advertising on national consumer law, to achieve comprehensive protection of children as consumers.

Key words

Advertising. Information. The best interest of child. Abusive advertising.

INTRODUCCIÓN

La publicidad es uno de los medios de los que se sirve el anunciante para la colocación y promoción de sus productos en el mercado. En Colombia, la publicidad ha sido objeto de regulación desde hace varias décadas y su control no ha sido ajeno a las normas de protección del consumidor. Encontramos ya desde 1982, con el Decreto 3466, que existen disposiciones especiales dirigidas a la prohibición de prácticas publicitarias que vulneren los derechos del consumidor.

Sin embargo, la regulación de la publicidad en el ámbito nacional se ha visto reducida a los supuestos de publicidad engañosa, pasando por alto otro supuesto de irregularidad publicitaria igualmente perjudicial para los derechos de los consumidores, esto es la *publicidad abusiva*, contra el cual el derecho contemporáneo del consumo también reacciona.

De la publicidad abusiva se encuentran delimitaciones conceptuales y legislativas en el derecho comparado, fundamentalmente en el Estatuto de Protección al Consumidor de Brasil, norma que prohibió la difusión de este tipo de publicidad y previó el aprovechamiento indebido de la credulidad e inexperiencia de los menores como uno de los supuestos bajo los cuales se configura este tipo de irregularidad publicitaria

Es por ello que el estudio de la publicidad abusiva como supuesto de incorrección publicitaria, capaz de generar distorsiones en la conducta de los niños, niñas y adolescentes en su condición de consumidores –sujetos de especial protección a la luz de la Ley 1480 de 2011–, se convierte en el tema central de la presente disertación. Para tal fin, la exposición se dividirá en tres capítulos: el primero estará dedicado a las generalidades de la publicidad como herramienta de promoción de los productos en el mercado; el segundo capítulo abordará el estudio de la publicidad abusiva a partir de la legislación brasilera, así como los efectos de los mensajes publicitarios que contienen información que puede ser calificada como publicidad abusiva. En el tercer capítulo se desarrollará la protección del menor en condición de consumidor frente al impacto de la información inadecuada contenida en la publicidad, a partir de la aplicación del principio del interés superior del menor. Con estos elementos se concluirá si el sistema jurídico actual de protección al consumidor menor de edad es o no suficiente para lograr su efectiva salvaguarda frente a los efectos de la

publicidad abusiva, o si por el contrario es necesario complementar el sistema de protección del consumidor.

1. LA PUBLICIDAD Y EL MENSAJE PUBLICITARIO

1.1. La publicidad en el contexto de las relaciones de consumo

En el marco de las relaciones de consumo³, el fabricante, productor o distribuidor debe promocionar la adquisición de los productos que ofrece al consumidor para la satisfacción de sus necesidades. Este espacio se encuentra en la etapa de comercialización de bienes y servicios (Zentner, 2002, p. 20) en el que la publicidad comercial se constituye como “una herramienta de la que se vale el empresario (...) para satisfacer la colocación ‘compulsiva’ del producto o servicio en el mercado” (Zentner, 2002, p. 17). Así, la publicidad se presenta en la etapa de comercialización del producto para ejercer una determinación inductiva de consumo.

1.2. Publicidad y propaganda. Precisión conceptual

Conceptualmente, las nociones de *publicidad* y *propaganda* se diferencian. Según Pérez Grajales (2006), propaganda “es el arte y la técnica de la persuasión tanto

³ De acuerdo con Villalba (2009), la noción de relación de consumo “no ha sido unitaria en las diferentes legislaciones, factor que ha determinado que, en algunos casos, sea más amplia o más estrecha, a pesar de existir elementos comunes frente a la definición de consumidor” (p. 307). De esta manera, la jurisprudencia colombiana ha dado por sentado que para determinar si una relación es de consumo “siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta” que el sujeto persigue, esto es, que con la adquisición o uso del bien o servicio, el consumidor “aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial”, en este caso, siempre que “la adquisición o utilización esté ubicada por fuera de la esfera de actividad profesional o empresarial de quien se dice consumidor” (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2005).

interpersonal, grupal o masiva cuyo objeto es conseguir simpatizantes y adeptos a una idea o ideología” (p. 274). Es decir, procura un fin netamente ideológico.

Por su parte, para Hidalgo Calvo (1986) “la publicidad está encaminada a lograr la estructuración de una imagen posicionada de un bien o de un servicio y, por ende, del cumplimiento de sus metas de marketing” (p. 44).

En Colombia, en desarrollo de una precisión terminológica, el nuevo estatuto del consumidor utiliza la palabra *publicidad* en cambio de *propaganda comercial*, incluida en el Decreto 3466 de 1982. Aunque hace referencia a una idea similar, resulta más técnico hacer uso de la nueva terminología para describir la forma como se ofrecen los productos en el mercado.

1.3. Publicidad e información en la Ley 1480 de 2011. Concepto y diferencia

El término *publicidad* se encuentra definido en la Ley 1480 de 2011 como “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo” (Colombia, Congreso Nacional de la República, art. 5). Paralelamente, el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (Comisión Nacional de Autoregulación Publicitaria, 2013) se refiere a esta forma de comunicación con el término *mensaje comercial*, definido como “cualquier forma de anuncio o publicidad elaborado para ofrecer al público productos con el objeto de promover su aceptación a través de los diferentes medios de comunicación y de difusión” (art. 6).

La publicidad goza de protección constitucional al manifestarse como una de las formas del derecho a la información y a la libertad de empresa (Palomares, 2012). Sin embargo, no está desprovista de contenido económico toda vez que se erige como “un incentivo para las transacciones comerciales” (Colombia, Corte Constitucional, 2000a).

Si bien la Ley 1480 de 2011 se refiere a la información en similares términos que a la publicidad, la información se concreta en las condiciones objetivas del bien o servicio puesto en circulación, esto es, en la naturaleza y las características relevantes de los mismos.

De esta manera, la finalidad de la información es sustancialmente diferente a la de la publicidad: la publicidad persigue influir positivamente en la decisión de adquirir el producto diferenciándolo, resaltándolo y mostrándolo atractivo al público (Muñoz Cortina, 2012), en tanto que al suministrar información se persigue tutelar al consumidor respecto a la vulnerabilidad cognitiva (Lorenzetti, 2003, citado en Muñoz Cortina, 2012) a la que se ve expuesto frente a la disminución de la información necesaria para el adecuado uso o consumo del producto, pues, siguiendo a Vega Mere (citado en Muñoz Cortina, 2012), “a pesar que los operadores suministran información al mercado, ella no siempre suele ser completa”. (p. 7)

Sin embargo, aunque publicidad e información no son lo mismo, no debe perderse de vista que la publicidad es una forma de transmisión de información de las características de los bienes promocionados, para lo cual se destacan "los aspectos más significativos del producto y los beneficios más relevantes que puedan provocar el deseo de comprarlo" (Parreño, Ruiz y Casado, 2008, p. 272). Así, cuando los elementos contenidos en la publicidad se refieren a características de los productos susceptibles de comprobación, los datos transmitidos se analizan desde el aspecto objetivo del mensaje y será información en estricto sentido. Sobre estos elementos recae el juicio de valor para determinar si la publicidad es o no engañosa. Por otra parte, las representaciones dirigidas a influir en la decisión de consumo, asumen el carácter de publicidad y se analizan desde la óptica subjetiva del mensaje publicitario.

1.4. Sujetos que intervienen en el proceso de comunicación publicitaria.

La publicidad tiene por finalidad el influir en una decisión de consumo. Esta finalidad se materializa a través de un mensaje publicitario que contiene “la idea que tiene que transmitir el emisor, codificada mediante sonidos, colores, imágenes y otros símbolos” (Rodríguez Ardura, 2007, p. 133).

Ahora bien, en la comunicación publicitaria intervienen varios sujetos, que conforman dos partes: una parte emisora y una parte receptora. La parte emisora del mensaje se encarga de la elaboración y difusión del mensaje publicitario y se encuentra conformada por varios sujetos. En cambio, la parte receptora solo se encuentra conformada por un sujeto: el destinatario del mensaje. Siguiendo la doctrina española (Barona, 1999), en el mensaje publicitario intervienen principalmente cuatro sujetos: el destinatario, el anunciante, los medios de comunicación y las agencias de publicidad.

1.4.1. El destinatario

De acuerdo con Barona (1999), el destinatario es el receptor del mensaje publicitario. El destinatario es público objetivo cuando el mensaje ha sido específicamente diseñado para determinada audiencia, o puede ser un receptor en sentido amplio, lo que se significa que el mensaje simplemente alcanza al público en general.

Según el derogado Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria de 1998, destinatario es toda persona a quien de manera real o potencial se dirija el mensaje. Así, no solo es destinatario aquel para quien intencionalmente se haya elaborado el mensaje (receptor efectivo), sino también todas aquellas personas que lo reciben (receptor abstracto).

Este concepto es más estricto en la versión actual del mismo Código (2013), en el que se puntualiza la noción de destinatario bajo el criterio de *público objetivo*, es decir, aquel al que “se dirige el mensaje publicitario en busca de que conozca, adquiera, disfrute o utilice un determinado bien, servicio, idea, marca o empresa, ya sea como usuario final o como cliente” (Comisión Nacional de Autoregulación Publicitaria, 2013, art. 6).

1.4.2. El anunciante

En la Ley 1480 de 2011 figura referida la acepción de “anunciante” (Colombia, Congreso Nacional de la República, art. 30). La norma no concretó el concepto, sin embargo, sí estableció unas consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad por daños causados con la publicidad. De manera similar ocurrió con la Ley 140 de 1994, en cuyo artículo 13 se advierte que las sanciones por infracción a las normas relativas a la publicidad exterior visual pueden aplicarse, entre otros, al “anunciante”, sin que la norma hubiera definido qué debe entenderse por tal (Colombia, Congreso Nacional de la República, 1994b).

Corresponde entonces determinar quién es el anunciante⁴.

Según la doctrina, la palabra *anunciante* es una acepción propia del campo publicitario referida a aquella “persona física o jurídica cuyos productos, marca o servicios se anuncian y a cuyo cargo, o por su encargo, va el importe del espacio consumido” (Gutiérrez, Pedreira y Velo, 2005, p. 17). De acuerdo con el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (Comisión Nacional de Autoregulación Publicitaria, 2013), el anunciante es el sujeto “en cuyo nombre se publican o difunden mensajes comerciales o se

⁴ A diferencia de lo que sucede en Colombia, en Perú sí existe una definición normativa contenida en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 691, en el que se define al anunciante como “toda persona, natural o jurídica, en cuyo interés se realiza la publicidad”.

realizan actividades publicitarias”⁵, es decir, uno de los actores que necesita “comunicar a su *target* los beneficios de sus productos” (Salazar y Giraldo, 2013, p. 136)⁶.

Desde el punto de vista de su ubicación en el mensaje publicitario, el anunciante es un emisor (García Uceda, 2008, p. 89)⁷ ya que interviene, con las agencias de publicidad, en la elaboración del anuncio (Rodríguez Ardura, 2007, pág. 133).

Por otra parte, en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, no es posible advertir una definición de anunciante. Con todo, los pronunciamientos consultados⁸ son uniformes al identificar al anunciante con la persona que encarga la realización de un mensaje publicitario, sea el fabricante, el comercializador o el distribuidor del producto.

De esta manera, por ejemplo, la Corte Constitucional, en sentencia C-560 de 2004, identificó al anunciante con el empresario que ofrece o anuncia sus productos (Colombia, Corte Constitucional, 2004b). Asimismo, en pronunciamiento de 2002, la misma Corte

⁵ El anterior Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria definía al anunciante como la “persona natural o jurídica, pública o privada, que requiera informar o promocionar la existencia, características, etc., de bienes, productos o servicios” (Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria, 1998, art. 6).

⁶ Los otros dos actores son “los medios de comunicación, quienes se encargan de concentrar las audiencias por medio de sus contenidos (los vendedores) y las centrales de medios y agencias de publicidad, quienes se encargan de intermediar entre los anunciantes y los medios de comunicación” (Salazar y Giraldo, 2013, p. 136).

⁷ “En el proceso de comunicación publicitaria encontramos dos emisores: la empresa, institución o entidad –unidad económica productora o distribuidora–, que utiliza la publicidad para coadyuvar a la consecución de su objetivo de mercado–; y los especialistas a quienes la empresa encarga la creación, elaboración o difusión de los mensajes publicitarios. Pueden actuar de forma individual, o bien realizar sus tareas en el seno de una organización técnica” (García Uceda, 2008, p. 89).

⁸ La publicidad ha sido objeto de estudio por parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, de suerte que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia a este respecto son sustancialmente más escasos que los de las dos corporaciones atrás citadas. Para este tema en concreto fueron objeto de análisis las siguientes sentencias: Consejo de Estado: Sentencia 76001-23-31-000-2002-2764-01(AP); Sentencia 25000-23-24-000-2002-00689-01; Sentencia 11001-03-15-000-2005-00596-00; Sentencia 25000-23-24-000-2001-00527-01; Sentencia 25000-23-25-000-2003-02314-01(AP); Sentencia 25000-23-24-000-2002-00523-01; Sentencia 76001-23-31-000-2005-04884-01(AP); Sentencia 66001-23-31-000-2004-00850-01(AP); Sentencia 19001-23-31-000-2005-01666-01 (A.C.); Sentencia 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP); Sentencia 25000-23-24-000-2000-20524-01. Corte Constitucional: Sentencia T-118 de 2000; Sentencia T-747 de 2002; Sentencia T-145 de 2004, Sentencia C-592 de 2012.

identificó al anunciante con el productor y el comercializador del producto, al explicar que son “los fabricantes de productos, así como los distribuidores y vendedores de estos, [quienes] se encargan de promocionarlos y publicitarlos para que sean conocidos y consumidos por las personas” (Colombia, Corte Constitucional, 2002).

A su vez, el Consejo de Estado en sentencia de 2005, al analizar la responsabilidad por el incumplimiento de las normas que regulan la publicidad, enjuició directamente al distribuidor por considerar que la práctica comercial enseña que el consumidor “recibe la información no directamente del productor sino del proveedor o expendedor” (Consejo de Estado, 2005), de tal suerte que, para que el sistema de protección al consumidor tenga un efecto útil, es necesario vincular a los comercializadores en los asuntos litigiosos que tengan relación con violaciones a las referidas normas.

De otro lado, se observan dos momentos en el análisis realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), respecto de la identificación del anunciante como sujeto responsable por la infracción a las normas que regulan la publicidad⁹: a) en vigencia del Decreto 3466 de 1982, periodo en el que la SIC no fue proclive a delimitar el concepto de *anunciante*; b) tras la expedición de la Ley 1480 de 2011, momento a partir del cual se concretó una aproximación a la definición de anunciante, mediante la Resolución 43142 (2012), en la que se le identificó como la persona interesada en difundir una información respecto al producto a comercializar.

⁹ Al respecto consultar: Resolución 40780 de 2007; Resolución 39687 de 2011; Resolución 43138 de 2011; Resolución 4355 de 2012; Resolución 5985 de 2012; Resolución 23544 de 2012; Resolución 26533 de 2012; Resolución 43142 de 2012; Resolución 43182 de 2012; Resolución 56293 de 2012; Resolución 60765 de 2012.

También se advierte que para la SIC, con independencia de la calidad de productor, comercializador o expendedor de productos¹⁰, el hecho de suministrar información a través de campañas publicitarias es el criterio del que se ha servido para imponer sanciones por el incumplimiento de las normas específicas en materia de información y publicidad.

Conforme a los criterios expuestos, se concluye que es anunciante el sujeto de derechos que siendo productor, proveedor o distribuidor, en ejercicio de su actividad comercial, emite un mensaje publicitario, directamente o por interpuesta persona, para informar, influenciar o incidir en la decisión de consumo del producto objeto del mensaje publicitario.

1.4.3. El medio de comunicación

Acerca de este sujeto del mensaje publicitario, no existe definición en la Ley 1480 de 2011. El nuevo Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (Comisión Nacional de Autoregulación Publicitaria, 2013) puntualiza sobre lo que debe entenderse por *medio de comunicación* como el vehículo utilizado para la difusión del anuncio (art. 6), independientemente del soporte a través del que se materialice el mensaje (internet, folletos, etc.)¹¹.

El medio de comunicación actúa como el "canal o vehículo utilizado por el anunciante para hacer llegar el mensaje publicitario o anuncio" (Parreño, Ruiz y Casado, 2008, p. 275).

¹⁰ Por el contrario, y pese a que la ley reputa al importador como productor en la relación de consumo, la Superintendencia de Industria y Comercio, en Resolución 43138 de 2011, tuvo por insuficiente el hecho de ser importador para endilgar responsabilidad administrativa por publicidad engañosa, decisión que se contradice con la posición adoptada en la Resolución 60165 de 2012.

¹¹ Esta definición fue conservada en su integridad de la versión anterior del mismo Código.

Junto al anunciante, el medio de comunicación es sujeto responsable de los daños que se causen a los consumidores por la falta de cumplimiento de las condiciones objetivas de los productos anunciados por su intermedio, siempre que se demuestre que su actuar fue viciado por culpa grave o dolo, según dispone la Ley 1480 de 2011, artículo 30.

1.4.4. Las agencias de publicidad

Las agencias de publicidad son organizaciones profesionales que desarrollan las labores técnicas de la publicidad y se especializan en crear, preparar, programar o ejecutar anuncios publicitarios, es decir, elaborar mensajes publicitarios para su posterior difusión, por cuenta o a petición de un anunciante (Barona, 1999; Townsley, 2004)¹².

La condición de profesionalidad y organización inherente a las agencias de publicidad, implica que las agencias son “sujetos que están preparados para las tareas publicitarias” (Barona, 1999, p. 52), salvedad que cobra relevancia al determinar la responsabilidad que les puede llegar a asistir con ocasión de la actividad que desarrollan.

1.5. El mensaje publicitario como instrumento capaz de generar distorsiones en la conducta del consumidor

Se ha dicho que el contenido de un mensaje publicitario se analiza desde dos ópticas, una objetiva y una subjetiva, y que los datos introducidos en aquel constituyen formas de información: una comprobable y otra de contenido subjetivo, que pretende conducir favorablemente al consumidor hacia la adquisición de un producto.

¹² De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1044 del 25 de junio del 2008, por el cual se aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal en Perú, se entiende por agencia de publicidad “toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios de diseño, confección, organización o ejecución de anuncios y otras prestaciones publicitarias” (Perú, Casa de Gobierno, 2008, art. 59).

Cuando el mensaje publicitario incluye información capaz de generar una “representación distorsionada de la realidad” (Jaeckel Kovacs, 2005, p. 60), esta es considerada engañosa, no solo por la discordancia objetiva entre lo manifestado y la realidad (Cabrera Martín, 2005), sino por los medios y técnicas de que se sirve y que confunden a sus destinatarios, “máxime cuando estos pertenecen al colectivo de los menores de edad, cuya capacidad para captar el verdadero alcance del mensaje recibido y para valorarlo de una manera crítica se encuentra limitada”. (Cabrera Martín, 2005, p. 180)

Bajo esta orientación, si bien el mensaje publicitario sirve para canalizar la información de un producto con el fin de animar su consumo, también ha servido para instrumentar formas inadecuadas de promoción de bienes y servicios, constituyéndose como medio eficaz para generar distorsiones en el comportamiento de los consumidores.

Estas consideraciones asumen relevancia cuando el mensaje está orientado a menores de edad, según explicó la Corte Constitucional en providencia del año 2007, pues no es posible cohonestar la exposición de este público a materiales “que pueden resultar potencialmente lesivos de sus derechos ni de su interés superior, el cual es objeto de una tutela constitucional reforzada”, situación que otorga un importante margen de regulación por parte de las autoridades “para adoptar limitaciones constitucionales sobre las expresiones que potencialmente puedan lesionarlos” (Colombia, Corte Constitucional, 2007).

Así, la prohibición de la publicidad engañosa o del suministro de informaciones inadecuadas, es una “facultad de dirección económica del Estado” (Palomares, 2012, p. 14) que responde a la necesidad de evitar que las condiciones de integridad psicofísica de los consumidores, se vean amenazadas por prácticas publicitarias que puedan poner en riesgo su salud o su seguridad.

2. LA PUBLICIDAD ABUSIVA COMO PRÁCTICA QUE VULNERA LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDORES

2.1. La publicidad abusiva. Aproximación al concepto desde el derecho comparado

De acuerdo con Stiglitz (1990), una de las dificultades más representativas de las prácticas publicitarias, es que los daños derivados de un producto pueden provenir de un comportamiento publicitario incorrecto. “Así resulta que la actividad publicitaria, ciertamente necesaria en la economía de mercado, aparece a la vez corrientemente como nociva para el público” (p. 8). Es por ello que el moderno derecho del consumo reacciona no solo contra la publicidad engañosa, sino también contra la *publicidad abusiva* como técnica inadecuada de comercialización de productos (Stiglitz, 1990).

Zentner (2002) delimita conceptualmente la publicidad abusiva¹³ como

aquella que aún sin ser necesariamente engañosa, utiliza como difusión de valores inapropiados para la sociedad o para el segmento al cual están dirigidos, y que pudieran resultar perjudiciales para los consumidores, como la violencia, el miedo, la discriminación, el peligro para la salud, la violación de principios ambientales, la exacerbación del estatus, etc. Ello es frecuente en los anuncios cuyos receptores son principalmente los niños (p. 27).

¹³ Los supuestos de hecho que son considerados en Brasil como prácticas de publicidad abusiva reciben denominaciones diferentes en otros países. Así, por ejemplo, en Perú se prevén como prácticas que vulneran el principio de adecuación social (Ley No. 29571, 2010). A su vez, en España se concibe como un ilícito publicitario por vulnerar la dignidad humana, los valores constitucionalmente protegidos o la especial protección del menor (Ley General de Publicidad).

La legislación brasilera define y prohíbe, en el Código de Defensa del Consumidor¹⁴, la existencia de este tipo de publicidad en los siguientes términos:

Artículo 37. Está prohibida toda publicidad engañosa o abusiva (...). Es abusiva, entre otras la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que incite a la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la credulidad o inexperiencia de los menores, irrespete o desprece los valores ambientales, o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de manera perjudicial o peligrosa contra su salud o seguridad. (Brasil, Congreso Nacional, 1990)¹⁵

De esta manera, al analizar la publicidad abusiva no se hace un juicio de valor sobre la veracidad o correspondencia de la información acerca del producto o sus características con la realidad. En su lugar se evalúa si el contenido de la información suministrada promociona valores o comportamientos inadecuados que tengan la potencialidad de generar efectos perjudiciales en la conducta del consumidor, especialmente en la del menor.

2.2. Los niños, niñas y adolescentes como target de la actividad publicitaria

La transformación de los niños en consumidores tiene su punto de partida en los años veinte, cuando la estrategia del marketing dejó de enfocarse en las madres de familia

¹⁴ Ley Nº 8.078 de 11 de septiembre de 1990 (Brasil, Congreso Nacional)

¹⁵ Paralelamente, el Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR) (2008) expidió el Código Brasileiro de Autorregulación Publicitaria, cuyo principal objetivo es “la reglamentación de las normas éticas aplicables a la publicidad y la propaganda, entendidas como actividades destinadas a estimular el consumo de bienes y servicios”(art. 8), norma que establece el deber de abstenerse, en los anuncios publicitarios, de desmerecer valores sociales positivos, provocar cualquier tipo de discriminación y asociar a los menores con situaciones ilegales o peligrosas. Igualmente los anuncios publicitarios deben respetar la dignidad, credulidad, inexperiencia y sentimientos de lealtad de los niños, así como reconocer y atender las características psicológicas de la audiencia objetivo en aras de impedir “distorsiones psicológicas en los destinatarios” (art. 37).

para establecer canales de conexión directos con los menores (Schor, 2004)¹⁶. Estos son contruidos por profesionales en psicología expertos en marketing (APA, 2004)¹⁷ quienes diseñan mensajes publicitarios específicamente concebidos para cada segmento infantil, creando relaciones positivas como la felicidad, el lujo y el éxito con el consumo del producto (García y López, 2009), o haciendo uso de técnicas como el *advergaming*¹⁸, método basado en la creación de videojuegos con base en una marca, mediante sitios web dirigidos al público infantil (Moore, 2008).

Estas técnicas son canalizadas a través de diferentes medios de comunicación. En Colombia, la televisión es el medio más usado por los anunciantes de alimentos y golosinas, bebidas y productos de belleza y aseo personal, tal como se observa en la tabla 1:

Tabla 1. Distribución de pautas publicitarias por sector en los medios de comunicación

	Televisión	Radio	Periódicos	Revistas	Medios web	Publicidad exterior	BTL	Cine
Alimentos y golosinas	19.7%	8.1%	3.3%	3.3%	4.8%	8.0%	10.6%	21.3%
Comercio y turismo	4,10%	14,70%	20,50%	25,20%	12,00%	10,70%	11,80%	6,10%
Bebidas	14,00%	9,00%	2,90%	2,90%	8,90%	8,00%	13,00%	33,80%

¹⁶ “Hoy en día, cuando un niño pide algo, pide una marca en concreto. Un estudio de Nickelodeon realizado en 2011 revelaba que un niño de 10 años almacena en su memoria entre 300 y 400 marcas...La creciente importancia de las marcas es el resultado predecible de la gran exposición de los niños a la publicidad. Las empresas gastan miles de millones para crear asociaciones positivas relacionadas con sus productos de marca, en un intento de conectarlos con imágenes, sensaciones y sensibilidades culturalmente bien valoradas” (Schor, 2004, p. 39).

¹⁷ “There is an increasing number of companies headed by people trained as child psychologists that specialize in market research on children... Using research to support marketing to kids is hardly new. Indeed, William Wells, an early pioneer in the realm of child-oriented consumer behavior, began to translate child development knowledge into marketing advice as early as the 1960s (Wells, 1966)” (APA, 2004, p. 20).

¹⁸ Conceptualmente, el *advergaming* es “una forma de *brand placement*, el cual es definido por Pons (2006) como una nueva herramienta de marketing que sirve para promocionar un producto, una organización o una idea a través del uso de videojuegos interactivos”. En una investigación llevada a cabo en la ciudad de Bogotá cuyo objetivo fue determinar el nivel de recordación y reconocimiento hacia una marca de acuerdo al tipo de publicidad utilizada, al contrastar la publicidad a través de videojuegos y la publicidad en televisión, se concluyó que el impacto publicitario del *advergaming* es mayor que cuando se utiliza la televisión (Ortega y Velandia, 2011).

Aseo personal, belleza y perfumería	15,10%	7,10%	5,10%	5,20%	5,40%	4,70%	13,00%	3,80%
Gobierno	9,30%	11,30%	3,10%	4,70%	12,00%	1,50%	12,50%	0,00%
Telecomunicaciones	6,10%	7,40%	5,10%	5,30%	7,50%	7,60%	6,00%	3,80%
Automotor	4,20%	2,90%	14,70%	10,50%	5,90%	7,90%	4,30%	4,50%
Financieros y seguros	8,60%	7,20%	3,60%	4,40%	4,40%	3,70%	1,50%	0,20%
Limpieza e higiene doméstica	11,30%	5,50%	0,40%	0,40%	0,50%	1,00%	1,20%	0,50%
Agro, industria y construcción	0,90%	2,60%	10,00%	9,20%	9,80%	7,20%	2,40%	3,50%
Otros	6,70%	24,20%	31,30%	28,90%	28,80%	39,70%	23,70%	22,50%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: Asociación Nacional de Medios de Comunicación (ASOMEDIOS), Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA) (2012).

Esta representación enseña cómo la industria invierte en publicidad, inversión que en Colombia en el año 2012, fue de 4.20 billones de pesos (ASOMEDIOS y ANDA, 2012).

Sin embargo, la exposición de los menores al contenido de ciertos anuncios publicitarios ha generado consecuencias como los T.C.A., el racismo, la rebeldía, la distorsión de la imagen corporal, la depresión, el consumismo, el estímulo al consumo de drogas, tabaco y alcohol (Ramsey, 2006) ¹⁹.

Dicha situación ha sido objeto de análisis desde otras legislaciones (como la brasilera, la peruana y la española) a partir de lo cual se ha regulado el contenido de los mensajes publicitarios dirigidos al público infantil, por considerar que ciertas formas de hacer publicidad se constituyen como prácticas abusivas para el consumidor. De hecho, “la capacidad de persuasión de la publicidad es tan reconocida que para controlarla se han elaborado numerosas normativas, leyes gubernamentales y acuerdos de autorregulación voluntarios” (Menéndez y Franco, 2009, p. 319).

¹⁹ “Este paradigma deberá trascender las consideraciones psicológicas tradicionales, que si bien son importantes y han recibido el apoyo de los datos de investigación, desconocen el hecho de que los efectos nocivos de la televisión son un problema de salud pública, dado que en un sinnúmero de culturas y especialmente en los estratos socioeconómicos bajos, los niños son educados por la televisión” (Sandoval, 2006, p. 209)

2.3. Efectos de la información canalizada a través de la publicidad dirigida a los menores

Si bien la determinación de los efectos de la información canalizada a través de la publicidad dirigida a los menores es un campo propio de la psicología del consumo, tal determinación cobra relevancia jurídica cuando la publicidad genera distorsiones negativas en la conducta de los menores y afecta sus derechos como consumidor, principalmente el derecho a la salud.

Siguiendo a Ramsey (2006), los efectos negativos de la publicidad en los niños se manifiestan en daños a la salud, en el fortalecimiento de concepciones materialistas y en el refuerzo de estereotipos raciales. En este apartado se estudiarán los trastornos de la conducta alimentaria, el incremento de la aceptación y el consumo de alcohol y algunas disfunciones psicológicas, entre ellas, la distorsión de la imagen corporal.

2.3.1. Los trastornos de la conducta alimentaria (TCA)

Con el incremento de anuncios comerciales dirigidos al público infantil a partir de los años sesenta (Moyer-Gusé y Riddle, 2010), el efecto publicitario más visible en la vida de los menores ha sido el desarrollo de trastornos en la conducta alimentaria (TCA), principalmente la obesidad (AEF, 2005)²⁰, que ha alcanzado connotaciones de epidemia (Menéndez y Franco, 2009)²¹ y ha pasado a ser la quinta causa más alta de mortalidad a nivel mundial (OMS, 2010).

²⁰ “Childhood and adolescent obesity is fast becoming a global health concern as figures reach epidemic proportions. Almost 16% of adolescents ages 12-19 and 15% of children ages 5-11 are currently obese. These numbers have more than doubled for children and tripled for adolescents in the past two decades” (AEF, 2005).

²¹ “Se estima que en 2010 hay más de 42 millones de menores de cinco años obesos o con sobrepeso, de los cuales casi 35 millones viven en países en desarrollo” (OMS, 2010, p. 4).

Un estudio realizado por Hitchings y Moyniham (citado en Jiménez, 2006) mostró que el nivel de recordación de la publicidad de alimentos no nutritivos guarda directa relación con su consumo. Los resultados arrojaron que “diez de los productos más consumidos por los integrantes de la muestra correspondían a los diez alimentos publicitados con más frecuencia en las pausas de los programas preferidos por los niños” (p. 250). En el mismo sentido, Ramsey (2006) advierte que son múltiples los estudios que han encontrado la existencia de una relación directa entre el aumento de anuncios de alimentos no saludables y la obesidad en los niños.

También se ha concluido que cuanto mayor sea la frecuencia con que sea anunciada una marca o producto, mayor es su demanda (Barr-Anderson, Larson, Nelson, Neumark-Sztainer y Story, 2009), e igualmente que la publicidad de alimentos no saludables parece ejercer mayor influencia que la de los alimentos que sí lo son (Story y French, 2004; Meléndez, 2008). Además, de acuerdo con Bruks (citado en Olivares, 2000), los niños menores de 8 años de edad no captan la intención de venta de la publicidad y los mayores de 10 “aunque tengan la capacidad cognitiva para entender este mensaje, no necesariamente usan ese conocimiento, a menos que sean impulsados a hacerlo” (Olivares, 2000, p. 269).

En Colombia, de acuerdo con la Encuesta Nacional de la Situación Nutricional en Colombia (ENSIN) (2005; 2010), se observan los indicadores que se enseñan en la tabla 2:

Tabla 2. Situación nutricional de Colombia años 2005 y 2010

Niveles de sobrepeso ENSIN (2005)		Niveles de Sobrepeso y obesidad ENSIN (2010)	
0-4 años	3,1% de la población	0-4 años	Sin datos
5-9 años	4,3% de la población	5-17 años	Aumento de sobrepeso y obesidad en 25% en el último quinquenio.
10-17 años	10,3% de la población: Mujeres: 12,3% (A mayor edad,		1 de cada 6 niños tiene sobrepeso u obesidad. En zona urbana:

más sobrepeso)	19,2%, En zona rural: 13,4%
Hombres: 8,1% (A mayor edad, menos sobrepeso)	

Fuente: Elaboración propia.

Los resultados arrojados por la ENSIN 2005 constituyeron el pilar del proyecto²² convertido en la Ley 1355 de 2009. En el informe de ponencia para primer debate del proyecto se consideró el impacto que tiene el consumo de alimentos y bebidas de alto contenido energético en la salud de los menores, razón que fundamentaba la “prohibición específica relacionada al consumo, mercadeo, venta en centros educativos y publicidad dirigida a menores de edad”. La prohibición no hizo parte del texto final de la ley, no obstante se convirtió en el antecedente del artículo 12 de la norma²³. Por su parte, la ENSIN 2010 refleja que en un periodo de cinco años el nivel de sobrepeso en los niños colombianos aumentó en 25%, y que el tiempo excesivo frente a la televisión y los videojuegos se encuentra asociado al sobrepeso y la obesidad, siendo más frecuente esta tendencia en los adolescentes.

2.3.2. El consumo de tabaco y alcohol

El consumo de alcohol es costumbre socialmente aceptada (Edwards, Marshall y Cook, 2003)²⁴. Pese a los problemas que el consumo desmedido de alcohol genera en la

²² Proyecto de Ley No. 267 de 2008 (Senado) y 140 de 2007 (Cámara de Representantes).

²³ “PUBLICIDAD Y MERCADEO DE ALIMENTOS Y BEBIDAS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN. El Ministerio de la Protección Social a través del INVIMA creará una sala especializada, dirigida a regular, vigilar y controlar la publicidad de los alimentos y bebidas, con criterios de agilidad y eficiencia operativa en su funcionamiento, buscando la protección de la salud en los usuarios y en especial de la primera infancia y la adolescencia, teniendo en cuenta lo establecido por la Organización Mundial de la Salud – OMS, con respecto a la comercialización de alimentos en población infantil” (Colombia, Congreso Nacional de la República, 2009, art. 12).

²⁴ Debe indicarse que la Corte Constitucional, en sentencia del año 1995, analizó la relación licitud-aceptación social de conductas como el consumo de tabaco, consideraciones que son igualmente predicables en relación con el consumo de alcohol. En el referido fallo, la corporación concluyó: “la licitud de una conducta de consumo dada no lleva *per se* a que se prediquen todas las garantías para su promoción, puesto que puede estarse ante una actividad que el Estado considera que debe ser excluida de incentivo, a raíz de los

salud, la promoción de una imagen socialmente deseable asociada al éxito, la diversión y el poder es ofrecida en los anuncios publicitarios de bebidas alcohólicas (Olivares, 2000), que crean una actitud favorable hacia el consumo o provocan la intensificación de su uso en quienes ya tienen el hábito de beber (Snyder, Milici, Slater, Sun, y Strizhakova, 2006), constituyéndose en uno de los obstáculos más importantes a la hora de superar problemas de adicción (Edwards, 1994, citado en García y López, 2009).

En el 2004, la American Psychological Association (APA) indicó que la publicidad y el mercadeo de alcohol y de tabaco contribuyen al consumo temprano de estas dos sustancias en los jóvenes y, que resulta particularmente efectiva la publicidad cuando es asociada a la atracción sexual y al glamour.

Tal como ocurre con la obesidad infantil, el incremento en el consumo de alcohol en los menores se encuentra directamente relacionado con la publicidad (APA, 2004; Story y French, 2004). De acuerdo con la American Academy of Pediatrics (2006), el 56% de los estudiantes americanos que se encuentran en los grados 5 a 12 afirman que la publicidad de bebidas alcohólicas los incita a su consumo. También se encontró que la publicidad ejerce una influencia mayor en los jóvenes varones, en quienes el consumo de bebidas alcohólicas es mayor que en las mujeres de la misma edad (Collins, et al., 2003, citado en García y López, 2009).

comprobados efectos nocivos en términos de salud pública. Así, “1) Porque el hecho de que el consumo de ciertas sustancias nocivas no esté penalizado, no significa que sea socialmente deseable. Y si más bien se juzga nocivo, es legítimo y armónico con la filosofía que informa la Constitución, que no se tolere la publicidad que hace atractivo al producto, más allá de cierto límite; y 2) Porque si es dable señalar quiénes, cuándo y bajo qué circunstancias pueden consumir una sustancia que no obstante no estar proscrita resulta individual y socialmente nociva, con mayor razón resulta válido señalar las condiciones bajo las cuales está permitido anunciar el producto, y a quiénes, específicamente, parece oportuno precaver de la influencia publicitaria. || En otros términos: si los adultos, por ejemplo, son menos permeables a la elección condicionada que los niños (y además están en condiciones de optar libremente), parece razonable que la publicidad por radio y televisión, tenga lugar en horarios menos accesibles a los segundos” (Colombia, Corte Constitucional, 1995b).

Según Grube, Madden y Friese (1996), la exposición a anuncios publicitarios de bebidas alcohólicas incrementa el consumo de alcohol en los adolescentes en proporción 1-1. Los mismos autores, basados en los estudios de Atkin y Block (1981), concluyeron que una alta exposición a anuncios publicitarios de estas sustancias duplica su consumo. En los niños, el impacto publicitario se manifiesta en el cambio de percepción hacia el consumo de la sustancia. Así, los niños de 10 a 14 años expuestos a anuncios de cerveza manifiestan su intención de beber una vez sean mayores (Grube y Wallack, citado en García y López, 2009).

Ante la problemática, países como Noruega, Finlandia, Nueva Zelanda y Francia establecieron medidas de prohibición respecto de la publicidad de bebidas alcohólicas en los años 1975, 1978, 1990 y 1993, respectivamente. Al realizar un sondeo en 1996, se encontró que en Noruega el consumo disminuyó en un 26%, en Finlandia un 37%, en Nueva Zelanda un 21% y en Francia un 14%, resultados que permitieron aceptar la hipótesis de acuerdo con la cual la publicidad de bebidas alcohólicas incrementa el consumo (García y López, 2009).

2.3.3. Disfunciones psicológicas

La construcción de estereotipos de género se potencia a causa de la publicidad (Espinar Alicante, 2007). Por ejemplo, en los anuncios de juguetes dirigidos a niñas los ambientes suelen ser pasivos, con voz en off normalmente femenina, ritmos promocionales lentos y se les muestra con juguetes en forma de bebé desarrollando actividades del hogar (Schor, 2004).

A su vez, la promoción de artículos para niños está cargada de juguetes electrónicos, videojuegos y juegos de manipulación (superhéroes, figuras de acción, etc.) que

promocionan una imagen muy activa con una clara presencia de comportamientos violentos (Espinar, 2007)²⁵.

Así, las posibilidades de apertura de la mujer a nuevos escenarios o roles pueden ser definidas y coartadas por las representaciones de estereotipos tradicionales y prescriptivos (Yoder et al., 2008); lo que además repercute en la discriminación y violencia de género. (Luengas y Velandia Morales, 2012, p.78)

Sobre las conductas violentas²⁶, siguiendo a Sandoval (2007):

en algunos estudios cumbres sobre aprendizaje social realizados por Bandura, Ross y Ross (1963) se encontró que cuando los niños eran expuestos a modelos agresivos, imitaban esta clase de conductas en situaciones de juego posteriores, especialmente cuando se involucraban juguetes similares a los que se encontraban en las escenas televisadas. (p. 207)

La aceptación del consumismo es otra de las consecuencias de la publicidad dirigida a los niños (APA, 2004)²⁷, tendencia coadyuvada por la influencia de las marcas en la sociedad actual (Cepeda Palacio, 2013). Schor (2004) afirma que los niños se convierten en

²⁵ “En este sentido, no podemos olvidar que para la publicidad son especialmente útiles los estereotipos, ya que facilitan la transmisión y comprensión inmediata de los mensajes” (Espinar, 2007, p. 133).

²⁶ “Meta-analyses confirm that exposure to media violence promotes aggressive behaviors, attitudes more accepting of violence, increased hostility, and other antisocial outcomes (Anderson & Bushman, 2001; Bushman & Anderson, 2001; Bushman & Huesmann, 2001; Paik & Comstock, 1994)” (APA, 2004, p. 13).

²⁷ En el reporte de la APA sobre la publicidad dirigida a niños, se estableció lo siguiente: “the cumulative impact from the totality of advertising seen by children may exert far broader sociological influence. For example, scholars have advanced the hypothesis that advertising cultivates a materialistic value system in young people. In this context, materialism can be defined as the view that products and their acquisition are the basis for determining one’s personal worth. As Baran, Mok, Land, and Kang (1989) expressed it, people develop the mind-set that ‘you are what you buy’. Material possessions become the source of judgment by others as well as the source of one’s own self-evaluation” (APA, 2004, p. 11).

compradores por derecho propio a edades muy tempranas, estimando que menores de entre 6 y 12 años “visitan las tiendas dos o tres veces por semana e introducen seis artículos en el carro cada vez que lo hacen” (p. 36). Para Benítez y Lovece (1997), “la publicidad es la estrategia principal utilizada por las empresas tendientes a crear en el receptor del mensaje publicitario una artificiosa necesidad de consumir determinado producto o servicios” (p. 412)²⁸.

Por otra parte, las relaciones paterno filiales se afectan negativamente por la denegación de los padres a acceder a las demandas de productos o marcas específicas de sus hijos, sea porque no están en la capacidad económica de atender los requerimientos, o porque no están dispuestos a comprar todos los productos que les piden (PPU, s. f.). La APA, con fundamento en los estudios realizados por Atkin en los años 1975 y 1978, advirtió que los niños aceptan enojarse, haber discutido o tener sentimientos de ira y decepción contra sus padres, en respuesta a la negativa de compra de juguetes y determinadas marcas de cereales en los supermercados (APA, 2004). “Lo cierto es que los anunciantes ha establecido un vínculo con los niños en el que a los padres les resulta cada vez más difícil penetrar, hasta el punto de interferir en la relación paterno-filial” (Schor, 2004, p. 30).

Acerca de la capacidad de la publicidad de generar tendencias racistas, o de reforzar las ya existentes, en un estudio realizado en el 2003 por Bang y Reece, se concluyó que si los niños son expuestos de manera repetida a ciertas representaciones de un grupo étnico

²⁸ El Dr. Allen Kanner, psicólogo clínico en el Instituto Wrigth en Berkeley, California, realizó hace varios años una denuncia formal a la APA, al identificar estrategias de convicción y persuasión psicológica en las campañas de publicidad infantil y juvenil en la que señalaba que los anunciantes, al usar los principios psicológicos para vender los productos al destinatario infantil no solo venden un producto, sino un sistema de valores (Sánchez, Frutos y Vásquez, 2013).

pueden desarrollar creencias como que los niños de raza negra no son lo suficientemente “normales” como para aparecer en un anuncio comercial.

Otro de los efectos psicológicos generados por la publicidad, es la distorsión de la imagen corporal. En el campo publicitario, es importante lograr en los consumidores asociaciones positivas marca-producto (Trout, 2004), para lo cual se acude a la imagen de personas atractivas o “públicamente reconocidas” (Contreras, Devia, Cruz, Torres y Pérez, 2011). Sin embargo, la publicidad genera insatisfacción en los niños y adolescentes con su imagen corporal, a edades cada vez más tempranas (Ragnedda y Ruiu, 2010).

Rodríguez y Cruz (2008) compararon el comportamiento de las adolescentes españolas con el de las latinoamericanas, en relación con la aceptación de su imagen corporal, concluyendo que es mayor la insatisfacción de las latinoamericanas.

Un estudio de Hamilton y Waller es ilustrativo al respecto, al comparar a un grupo de veinticuatro pacientes con bulimia o anorexia con veinticuatro jóvenes control. Los resultados mostraron que después de ver una serie de veinte fotografías con imágenes de moda, las chicas con anorexia o bulimia sobreestimaron en un 25% su volumen corporal al compararlo con las medidas proporcionadas antes de ver las fotografías. Por otra parte, algunas pacientes señalan el vómito autoinducido como método para controlar el peso, tras la exposición a artículos publicitarios que asocian la clase social alta, la inteligencia, el perfeccionismo y la autodisciplina con la esbeltez. (Vázquez, Álvarez y Mancilla, 2000, p. 19)²⁹

²⁹ También consultar: Bernad Monferrer, E. (2010). Ilicitud de las representaciones degradantes y humillantes del cuerpo femenino en la publicidad. Especial referencia a la anorexia. *ICONO14. Revista*

Asimismo se encuentra establecido que cuanto mayor sea la exposición a anuncios que promocionan el ideal estético de delgadez, mayor es la restricción en las dietas, en las que se suprime como mínimo una de las tres comidas diarias (Saucedo, Escamilla, Portillo, Peña y Calderón, 2008).

Finalmente, los varones también han mostrado estar inconformes con su imagen y conservan un ideal de robustez al que buscan llegar sometiéndose a rutinas de ejercicios y dietas excesivas que pueden causar problemas importantes en el crecimiento y desarrollo físico, psicológico y social (Saucedo, et al., 2008).

3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO CONSUMIDOR FRENTE AL IMPACTO DE LA INFORMACIÓN INADECUADA CONTENIDA EN LA PUBLICIDAD, A PARTIR DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO COLOMBIANO

3.1. El principio del interés superior del menor

La Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, instituyó el *principio del interés superior del menor*, principio a partir del cual se empezó a concebir a los menores, ya no como personas *objeto* de regulación, sino como *sujetos* de derechos (Aguilar Cavallo, 2008; Ortega Guerrero, 2002).

Pero la Convención no procuró una definición del mencionado principio (Freedman, 2005). Así, el interés superior del menor ha sido concebido como una garantía (Cillero Bruñol, 1999), una pauta normativa (Freedman, 2005), un instrumento de integración e

científica de Comunicación y Tecnologías emergentes, 8, (3), 186-207; Chiodo, J. y Latimer, P. R. (1983). [Vomiting as a learned weight-control technique in bulimia](#). *Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry*, 14 (2), 131-135.

interpretación (Ortega Jurado, 2008) y un bien (Ortega Guerrero, 2002). Esta vaguedad ha llevado a la doctrina a intentar aproximaciones a una definición del principio en aras de objetivar su aplicación, sin que exista hasta ahora un consenso en relación con su naturaleza jurídica³⁰.

En Colombia, el legislador definió este principio a través de la Ley 1098 de 2006 como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos” (Colombia, Congreso Nacional de la República, 2006, art. 8). Según la Corte Constitucional este principio es una norma ampliamente reconocida, por la cual se entiende que el menor es merecedor de un trato preferente (Colombia, Corte Constitucional, 2003b)³¹, debido a la situación de fragilidad en que se encuentra, a la necesidad de promover una sociedad democrática y a la necesidad de corregir el déficit de representación política de los menores, para que sus derechos puedan ser “gestionados en su defensa por cualquier persona” (Colombia, Corte Constitucional, 1998; 2004a).

Lo anterior no significa que el principio sea absoluto (Pradilla Rivera, 2011)³², pues este mandato “no puede mirarse únicamente desde la perspectiva de una garantía objetiva,

³⁰ Sin embargo, para los fines de este trabajo, se considera apropiado adoptar la definición aportada por Zermatten (2003): “El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia” (p. 15).

³¹ Igualmente, en sentencia C-507 de 2004, la Corte Constitucional indicó: “El desarrollo del menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos”.

³² “(...) este principio no es absoluto en razón a que en el marco de un Estado social de derecho nada puede ser absoluto y que para su aplicación debe haber una ponderación adecuada entre los derechos de un niño(a) y los derechos de otra persona, y, como resultado de eso, en algunos casos concretos la aplicación de este principio tiene que ser limitada” (Pradilla Rivera, 2011, p. 338). En el mismo sentido, ver Sentencia C-273 (Colombia, Corte Constitucional, 2003a).

sino como la manifestación de un derecho subjetivo fundamental a ser atendido con particular énfasis, esto es, a obtener apoyo prioritario” (Colombia, Corte Constitucional, 2009). Por tanto, la aplicación de este principio debe respetar los límites que la misma protección integral del menor impone, a efectos de materializar el núcleo esencial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de manera que cuando en la conciliación de derechos de terceros confrontados con los derechos de los menores, el operador encargado de resolver el conflicto, da prevalencia a un derecho que no satisface el conjunto de garantías establecidas a favor del menor, el interés superior del menor resulta afectado (Colombia, Corte Constitucional, 2003b)³³.

Respecto al conflicto que puede surgir entre la preservación de los derechos de los menores y el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, especialmente frente a contenidos difundidos por los medios de comunicación, en la sentencia T-391 de 2007 la Corte Constitucional reconoció la ausencia de una disposición legal clara que permitiera armonizar su ejercicio. Esta situación habilitó a la Sala de Revisión para determinar “los parámetros constitucionales aplicables para resolver los posibles conflictos que surjan entre estos dos importantes bienes constitucionales”. El conflicto se abordó “desde la perspectiva de la ponderación”³⁴, para preservar los derechos

³³ La tarea de armonización de los derechos del menor conlleva un margen de interpretación del operador encargado de zanjar el asunto, sin que ello le permita la adopción de decisiones arbitrarias (Colombia, Corte Constitucional, 1995a).

³⁴ De manera más general, la jurisprudencia se ha servido de cinco criterios orientados a evitar la afectación negativa del interés superior del menor: a) la garantía del desarrollo integral del menor (Colombia, Corte constitucional, 2003b); b) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; c) el deber de protección del menor frente a riesgos prohibidos, para amparar a los niños de actos de explotación, la exposición a situaciones perjudiciales para la salud como el alcoholismo y la drogadicción y toda forma de violencia física o psicológica; d) el deber del Estado y la sociedad, de asistencia y protección hacia el menor (Colombia, Corte Constitucional, 2004c) para evitar la concreción de daños a menores en estado de peligro o reparar integralmente el daño causado y, e) la prevalencia de los valores, principios y preceptos constitucionales y el carácter fundamental de los derechos de los niños (Colombia, Corte Constitucional, 2000b; 2003a).

constitucionalmente prevaecientes de los menores de edad sin sacrificar de manera desproporcionada la libertad de expresión de contenidos en los medios de comunicación.

La corte consideró que en este tipo de situaciones el juez debe tener presente la prohibición de la censura³⁵, para que su decisión final no “interfiera sobre el contenido de las expresiones, o exija su adecuación a pautas por él fijadas”. Lo anterior implica “la admisibilidad de regulaciones de modo, tiempo y lugar que sean razonables y cumplan con los demás requisitos aplicables a las limitaciones constitucionales de la libertad de expresión” (Colombia, Corte Constitucional, 2007, p. 100).

En este orden de ideas, en el ámbito concreto de la ponderación de la libertad de expresión y los derechos de los niños, la experiencia comparada revela que existen múltiples alternativas de armonización que, sin interferir sobre el contenido de lo expresado, logran preservar los intereses constitucionalmente amparados de los menores de edad con el ejercicio de la libre expresión: así, por ejemplo, existen regulaciones de *tiempo* –de las cuales el establecimiento de franjas horarias en televisión es el ejemplo prototípico–, regulaciones *de modo* –como la supresión de la identidad de menores víctimas de delitos sexuales al informar sobre tales hechos– o regulaciones de *lugar* (...) (Colombia, Corte Constitucional, 2007, p. 101).

³⁵ Sobre la censura, su definición y la distinción entre esta y la restricción de la difusión de ciertos contenidos, consultar: Colombia, Corte Constitucional (2012, julio), “Sentencia C-592”, M. P. Palacio Palacio, J. I., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-592-12.htm>

3.2. La protección de los menores en relación con la publicidad

El menor de edad es sujeto de protección reforzada al reunir dos condiciones de relevancia para el ordenamiento jurídico: ser menor y ser consumidor (Navarro Mendizábal, 2005). Esta preocupación por proteger a los menores en el marco de las relaciones de consumo no es una novedad. Su evolución responde a la implementación del principio del interés superior del menor, concretando la expedición de normas particularmente dirigidas a la protección de los menores y últimamente en calidad de consumidores. Así se han venido involucrando a quienes intervienen en la cadena de producción y comercialización de bienes y servicios, para hacerlos responsables por todo tipo de daños que causen a los consumidores como consecuencia de la actividad que desarrollan (Gherssi, 2013).

3.2.1. La protección del menor frente a la publicidad. Antecedentes legislativos

La legislación nacional enseña la relevancia que ha cobrado la necesidad de establecer límites a la actividad publicitaria, creando mecanismos de protección dirigidos a “reducir la vulnerabilidad de los consumidores” (Wajntraub, 2004, p. 47) y a proteger a los menores de los daños a los que se exponen con la publicidad.

De esta manera, en 1979 se expidió la Ley 9, que establece controles dirigidos, entre otros, a la regulación de la publicidad de alimentos³⁶. Esta norma fue reglamentada parcialmente mediante el Decreto 3192 de 1983 en lo relativo a las etiquetas, rótulos,

³⁶ En la actualidad, conforme establece la Ley 100 de 1993, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) es la autoridad encargada de la ejecución de las políticas en materia de inspección sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos y otros.

publicidad de bebidas alcohólicas y aprobación de toda emisión o modificación de la publicidad o información al público sobre esta clase de bebidas³⁷.

En 1982 fue expedido el Decreto 3466, norma que estableció algunas medidas para prohibir y sancionar la propaganda comercial engañosa.

Con la Ley 30 de 1986, artículo 19 (derogado por la Ley 962 de 2005), se limitó la transmisión de propaganda de bebidas alcohólicas y tabaco y se establecieron las condiciones en que se podía transmitir *propaganda* de estos productos. Por su parte, el Decreto 3788 de 1986 (reglamentario de esta ley) instituyó el deber del Consejo Nacional de Estupefacientes de regular la intensidad en que podría difundirse propaganda de bebidas alcohólicas y tabaco.

En el año 1991, con la promulgación de la Constitución Política se encargó al legislador el control de la información que debe suministrarse al público en la comercialización de productos (Colombia, 2013, art. 78).

Por su parte, con la Ley 124 de 1994 se estableció la prohibición del expendio de bebidas embriagantes a menores de edad. Esta ley también dispuso la obligación de hacer referencia a esta prohibición en toda la publicidad, identificación o promoción sobre bebidas embriagantes y previó sanciones de tipo administrativo para los infractores de ese deber. De esta manera, se convirtió en una ley hito respecto a la forma como se deben presentar los productos perjudiciales para la salud al público infantil, marcando el momento histórico a partir del cual se empieza a hacer referencia expresa de los menores como elemento esencial en la regulación de la publicidad.

³⁷ Autorización a cargo de la División de Vigilancia de Productos Bioquímicos del Ministerio de Salud.

Ese mismo año se promulgó la Ley 140³⁸, que procura crear medidas de descontaminación visual y establecer algunas sanciones de tipo administrativo por su infracción³⁹. Del mismo modo, el artículo 9 de la Ley, estableció parámetros a observar en la presentación de la publicidad, relativos a la preservación de valores como la dignidad, la libertad de culto, los valores culturales y la moral social.

En el año 2001 fue sancionada la Ley 680, norma que llamó la atención sobre la responsabilidad social de los medios de comunicación⁴⁰, concepto ratificado por la Ley 1098 en el año 2006⁴¹.

³⁸ Esta ley se caracteriza por ser, tal vez hasta ahora, la más completa en relación con las demás disposiciones mencionadas, aunque es igualmente sectorizada en tanto que regula solamente la publicidad visual y exterior, de suerte que excluye las restantes formas en que es posible hacer publicidad.

³⁹ El artículo 5, de la Ley 769 de 2002, ordena al Ministerio de Transporte reglamentar “todo lo referente a la ubicación y colocación de vallas publicitarias y promocionales, letreros y avisos, sus características y medidas de tal manera que no afecten la visibilidad y concentración del conductor, conforme a lo dispuesto en la Ley 140 de 1994.”

⁴⁰ Las leyes 680 de 2001 y 1098 de 2006 ratifican el contenido del artículo 20 de la Constitución Política de 1991, de acuerdo con el cual los medios de comunicación son libres y tienen responsabilidad social. Esta responsabilidad se manifiesta como una de las formas de responsabilidad social empresarial (RSE), también denominada “responsabilidad social corporativa” (Fernández García, 2009), concepto que a pesar de no contar con una única acepción (CPTS, 2005) puede ser entendido como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales, educativas, de salud y del medio ambiente en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus grupos de interés tanto internos como externos” (Dávila Sánchez y Gómez Solís, 2008, p. 2). Para la Comisión Europea “la RSE es un concepto en el cual las áreas productivas integran, de una manera voluntaria, consideraciones sociales y ambientales en sus operaciones y en las relaciones con sus grupos de interés” (Cancino y Morales, 2008, p. 11).

Por su parte, la responsabilidad social de los medios de comunicación “no es otra cosa que el conjunto de principios y directrices del actuar periodístico (...) [y] consiste en generar conciencia en todos los miembros de la sociedad misma, buscando no solo mostrar acontecimientos de claro influjo en la comunidad, sino también que de estos se puedan sacar elementos productivos que ayuden a generar bien común y a enriquecer la esfera de los valores individuales, morales y éticos” (Yepes Solano, 2008, p. 41).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Colombia, 2007), la responsabilidad social de los medios de comunicación se constituye como uno de los rasgos de la libertad de prensa, que puede ser restringida debido al “poder de penetración e impacto de los medios de comunicación (...) y el especial cuidado que han de demostrar en relación con los derechos de los menores de edad que pueden formar parte potencialmente de su audiencia” (p. 68). Para la misma corporación, la prescripción contenida en la Ley 1098 de 2006 (art. 47), relativa a la responsabilidad social de los medios de comunicación, exige “a la autonomía de los medios de comunicación determinar el alcance y la forma en que habrán de cumplir con su responsabilidad social, entre otras para respetar la prohibición en referencia” sin que ello obste para que las autoridades estatales establezcan “un margen de regulación mayor por el hecho de que su ejercicio puede entrar en conflicto con otros derechos, valores e intereses constitucionalmente tutelados, especialmente los de los menores de edad” (p. 122).

⁴¹ La responsabilidad social de los medios de comunicación, si bien se encuentra establecida como un deber de obligatoria observancia, en la práctica no tiene incidencias o consecuencias jurídicas concretas y,

En el año 2009 se expidió la Ley 1335, dirigida a establecer controles en materia de control, atención y prevención de la obesidad. Esta norma además ordenó al Ministerio de la Protección Social, a través del INVIMA, la creación de una sala especializada dirigida a regular, vigilar y controlar la publicidad de los alimentos y bebidas⁴².

Por su parte, con la Ley 1355 de 2009 consolidó parcialmente el mandato contenido en la Ley 1098 de 2006, relativo a la publicidad de alcohol y cigarrillos, al prescribir que el empaquetado y etiquetado de productos de tabaco o sus derivados no pueden ser dirigidos a menores de edad o ser especialmente atractivos para ellos (Colombia, Congreso Nacional de la República, 2009, art. 13)⁴³. La misma norma prohibió la promoción de productos de tabaco en cualquier medio de comunicación y ordenó a los operadores de cable impedir “la emisión en Colombia de comerciales o publicidad de tabaco producida en el exterior”⁴⁴.

Con el Decreto 120 de 2010, el Gobierno Nacional estableció que la publicidad y las leyendas relacionadas con el consumo de alcohol, deben tener en cuenta la aplicación del principio del interés superior del menor (Colombia, Presidencia de la República, 2010, art. 15). Por su parte, el Decreto 1686 de 2012 prohibió la publicidad de bebidas alcohólicas que sea engañosa, que falte a valores constitucionalmente protegidos o incorpore imágenes

más bien, actúa como un margen de conducta por el que se pretende fomentar buenas prácticas en el mercado. No obstante, su inobservancia no tiene incidencias sancionatorias.

⁴² Al indagar sobre la creación de esta sala, en desarrollo de esta investigación, el INVIMA a través de la Dirección de Alimentos y Bebidas, mediante oficio No. 400-0616-14 del 20 de marzo de 2014, citó: “La ley 1355 de 2009 asignó a esta sala funciones de regulación, control y vigilancia a la publicidad de alimentos y bebidas, lo que resulta ser un poco complejo, toda vez que al dejar en esta sala el ejercicio de tales atribuciones, pareciera contravenir la esencia misional del INVIMA, dado que la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad a productos de impacto en salud individual y colectiva (...) corresponde al INVIMA; asimismo, la función de regulación corresponde al Gobierno Nacional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993”, por lo que se concluye que la sala, cuya creación fue ordenada por ley en el año 2009, no ha sido instituida, bajo la consideración que las competencias que le fueron asignadas, ya reposan sobre el INVIMA y el Gobierno Nacional. (INVIMA, comunicación personal, 20 de marzo de 2014).

⁴³ Disposición reglamentada por el Ministerio de la Protección Social mediante Resolución No. 3961 de 2009.

⁴⁴ Esta norma fue objeto de análisis de constitucionalidad en sentencia C-830 de 2010.

de personas que sean o aparenten ser menores de edad y previó sanciones a quienes realicen cualquier tipo de publicidad incumpliendo las referidas disposiciones (Colombia, Presidencia de la República, 2012, artículos 55, 56 y 57).

De esta forma, se observa cómo en la regulación de la actividad publicitaria se han incluido de manera progresiva, disposiciones que tienden a materializar el principio del interés superior del menor con medidas como la limitación de publicidad de productos nocivos y la necesidad de respetar valores constitucionalmente protegidos.

3.2.2. La protección del menor frente a la publicidad en las leyes 1098 de 2006 y 1480 de 2011

Preliminarmente, ha de indicarse que la finalidad de la Ley 1098 de 2006 es garantizar a los menores “su pleno y armonioso desarrollo” (Colombia, Congreso Nacional de la República, artículos 1 y 2⁴⁵). Por lo tanto, debe primar el interés superior del menor (art. 6), regla de la que no escapa el derecho a la información de los menores, el cual fue dispuesto en los siguientes términos:

Derecho a la información. Sujeto a las restricciones necesarias para asegurar el respeto de sus derechos y el de los demás y para proteger la seguridad, la salud y la moral, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los distintos medios de comunicación de que dispongan (art. 34).

⁴⁵ En concordancia con las referidas disposiciones, se encuentran los artículos 11, 14, 15, 38 y siguientes de la misma ley, que radican en el Estado y sus agentes, la familia y la sociedad, la obligación inexcusable de garantizar la protección y el restablecimiento de los derechos de los menores, así como la orientación del proceso de formación para lograr el máximo nivel de disfrute y ejercicio responsable de sus derechos.

Al establecer las obligaciones de la sociedad y de los medios de comunicación, la Ley 1098 determinó que corresponde a las empresas, el comercio organizado y los gremios económicos, entre otros, “conocer, respetar y promover estos derechos y su carácter prevalente”, así como “responder con acciones que procuren la protección inmediata ante situaciones que amenacen o menoscaben estos derechos” (Colombia, Congreso Nacional de la República, 2006, art. 40). Igualmente, dispuso sanciones administrativas a los medios de comunicación en caso que transmitan publicidad de cigarrillos⁴⁶ y alcohol en horarios catalogados como franja infantil por el organismo competente⁴⁷.

Este derecho de los menores a recibir información es aplicado en el marco de las relaciones de consumo a través de la Ley 1480, la cual dispuso:

El Gobierno Nacional reglamentará, en el término de un año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, en desarrollo del derecho de información consagrado en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006. (Colombia, Congreso Nacional de la República, 2011, art. 28)

En relación con los menores, el mismo estatuto reconoce la condición de consumidor de los niños, niñas y adolescentes, al tiempo que establece su protección especial como uno de los pilares fundamentales del derecho del consumo, haciéndola transversal a todo el sistema de protección al consumidor.

⁴⁶ Con la expedición de la Ley 1335 de 2009, la promoción de productos del tabaco fue prohibida en el territorio nacional.

⁴⁷ Las franjas a las que se refiere esta disposición fueron reguladas en el acuerdo 01 de 2006, expedido por la Comisión Nacional de Televisión.

Con fundamento en ello, la Ley 1480 de 2011 instituyó el deber especial, en cabeza del Gobierno, de regular la forma como debe presentarse la información a los menores en su calidad de consumidores de conformidad con la Ley de la Infancia y la Adolescencia. Este deber fue desarrollado mediante el Decreto 975 de 2014, donde se evidencia la necesidad de evitar cualquier abuso en la presentación de todo tipo de información y publicidad que se dirija a los menores⁴⁸.

Como se observa, el sistema jurídico colombiano goza de normas relativamente abundantes destinadas a la regulación de la publicidad. Aunque es evidente la sectorización del control, la inclusión de principios como el interés superior del menor, la responsabilidad social de los medios de comunicación y el derecho a recibir reparación integral por todos los daños sufridos por el consumidor, dan lugar a un sistema jurídico con un amplio margen de protección del menor, orientado a la prevención de los efectos nocivos que les puede generar a actividad publicitaria.

CONCLUSIONES

La publicidad se ubica en la etapa de comercialización de bienes y servicios, sirviendo como mecanismo de promoción de productos en el mercado y estimulando la adquisición de los mismos.

Para tal fin, la publicidad se sirve de los mensajes publicitarios o anuncios, en cuya elaboración participan varios sujetos, entre ellos el anunciante, de quien ni la ley ni la jurisprudencia han dado una definición específica, pero que sí ha sido identificado por la

⁴⁸ El objetivo del proyecto no es establecer responsabilidad civil en los anunciantes, sino regular la presentación de la información y sancionar administrativamente a quienes infrinjan dicha reglamentación.

Superintendencia de Industria y Comercio como la persona interesada en dar a conocer sus productos. De esta forma, anunciante puede ser el productor, el comercializador o el distribuidor del producto.

Sin embargo, el anunciante no suele coincidir con quien se encarga de la elaboración del mensaje, tarea que es desarrollada por otros profesionales organizados como agencias de publicidad, de quienes la jurisprudencia colombiana ha establecido que ostentan la calidad de “terceros” y, por tanto, no son los principales responsables por el incumplimiento de las normas relativas al control y regulación de la publicidad.

Los medios de comunicación actúan como canalizadores de la totalidad de la información contenida en el anuncio que transmiten y, junto con el anunciante y las agencias de publicidad, deben velar que el contenido de la información difundida no lesione al receptor del mensaje, en especial cuando entre la audiencia se encuentren niños, niñas o adolescentes.

Esta especial diligencia que deben observar los sujetos emisores del mensaje publicitario en relación con el público infantil, responde a la relevancia que han cobrado los menores en las relaciones de consumo, por ser sujetos de amparo reforzado, realidad que ha sido destacada por el legislador al haber establecido la protección de los niños, niñas y adolescentes como pilar de la legislación del consumo vigente.

Lo anterior en aplicación del principio del interés superior del menor, que ha sido adoptado como herramienta normativa para garantizar el pleno y progresivo desarrollo de los menores, en aras de reducir al límite las posibilidades de vulneración de sus derechos.

Ello tiene incidencias en materia publicitaria debido a que determinadas formas de hacer publicidad son perversas en relación con el desarrollo del menor, especialmente cuando se introduce información que, teniendo en cuenta las condiciones de vulnerabilidad

psicológica del público receptor, puede dar lugar a la configuración de un ilícito publicitario calificado como *publicidad abusiva*.

No obstante, aun cuando el conjunto de normas dirigidas a regular la actividad publicitaria revelan la preocupación de salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el legislador no ha instituido expresamente un supuesto especial de responsabilidad civil por daños generados con la *publicidad abusiva*, lo cual se debe en parte a que en Colombia las normas dirigidas al establecimiento de medidas de protección del consumidor en materia de publicidad, tradicionalmente se han reducido a confrontar la publicidad engañosa.

Esta situación no ha impedido que la jurisprudencia acepte el establecimiento de límites a la actividad publicitaria y al contenido de la información que se divulga a través de los medios de comunicación. Sin embargo, al advertir el desconocimiento de tales límites son impuestas sanciones de naturaleza administrativa, lo cual revela que la ausencia de medidas tendientes a la reparación de los daos que pueden ser ocasionados con la publicidad abusiva.

REFERENCIAS

- Advertising Educational Foundation (AEF) (2005). *Advertisig to Children*. Recuperado de http://www.aef.com/on_campus/classroom/speaker_pres/data/3005/pf_printable
- Aguilar Cavallo, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6 (1), 223-247.
- American Academy of Pediatrics (2006). *Children, Adolescents, and Advertising*. *Pediatrics*, 118 (6), 2563-2569.
- American Psychological Association (APA) (2004). *Report of the APA Task Force on Advertising and Children*. Recuperado de <https://www.apa.org/pi/families/resources/advertising-children.pdf#page=1&zoom=auto,0,798>
- Asociación Nacional de Medios de Comunicación (ASOMEDIOS) y Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA) (2012). *Cálculo piloto de la inversión publicitaria en Colombia*. Recuperado de <http://www.cifrasconceptos.com/index.php/publicaciones/quantofrenia/33-calculo-piloto-de-la-inversion-publicitaria-en-colombia-2012>
- Atkin, C. y Block, M. (1981). *Content and Effects of Alcohol Advertising*. Washington, DC: Bureau of Tobacco, Alcohol, and Firearms. Report PB-82-123142.
- Bang, H-K. y Reece, B. B. (2003). Minorities in Children's Television Commercials: New, Improved, and Stereotyped. *Journal of Consumer Affairs*, 37, 42-67. Recuperado de <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1745-6606.2003.tb00439.x/abstract>

- Barona, S. (1999). *Tutela civil y penal de la publicidad*. Recuperado de http://books.google.com.co/books?id=Nm7EUC9Fe_wC&hl=es&source=gbs_slider_cls_metadata_9_mylibrary&redir_esc=y
- Barr-Anderson, D., Larson, N., Nelson, M., Neumark-Sztainer, D. Y Story, M. (2009). Does television viewing predict dietary intake five years later in high school students and young adults? *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity* 6, 7-15. Recuperado de <http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1479-5868-6-7.pdf>
- Benítez, E. y Lovece, G. (1997). La publicidad y la ley de defensa del consumidor. En Ghersi, C. A. (Coord.), *Los Derechos del Hombre. Daños y protección a la persona*, 411-423. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Brasil, Congreso Nacional (1990), “Ley 8.078 del 11 de Septiembre de 1990, dispone sobre la protección del consumidor y dicta otras providencias”, en Diario Oficial de la Unión, sección 1, suplemento, 12 de septiembre de 1990, Brasilia. Recuperado de <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-norma-pl.html>
- Cabrera Martin, M. (2005). La protección del consumidor menor de edad ¿Una cuestión penal? En Lázaro González, I. y Mayoral Narros, I. (Coords.), *Infancia, publicidad y consumo. III Jornadas sobre derecho de los menores*, 177-210. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Cancino del Castillo, C. y Morales Parragué, M. (2008). *Responsabilidad social empresarial*. Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://datateca.unad.edu.co/contenidos/101010/Evaluativas/EvaluativaUnidad2/teorias_rse.pdf

- Centro de Promoción de Tecnologías Sostenibles (CPTS) (2005). *Principios y método para desarrollar un programa de responsabilidad social empresarial*. La Paz: Cámara Nacional de Industrias de Bolivia. Recuperado de <http://ecologia.unibague.edu.co/cursorse.pdf>
- Cepeda Palacio, S. D. (2013). Efectos actuales de la cultura de las marcas. Una investigación documental. *Con-texto*, (40), 161-179. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391986
- Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 1 (1). 45-62. Recuperado de http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
- Colombia (2013). *Constitución Política*. Bogotá: Legis.
- Colombia, Comisión Nacional de Televisión (2006, 21 de abril), “Acuerdo 001 del 21 de abril de 2006, por el cual se reglamenta la emisión de publicidad de bebidas con contenido alcohólico, cigarrillos y tabaco en los canales de televisión abierta, cerrada, satelital, y se dictan otras disposiciones”, en Diario Oficial, núm. 46.247, 22 de abril de 2006, Bogotá.
- Colombia, Congreso Nacional de la República (1979, 24 de enero), “Ley 9 del 24 de enero de 1979, por la cual se dictan Medidas Sanitarias”, en Diario Oficial, núm. 35.308, 16 de julio de 1979, Bogotá.
- Colombia, Congreso Nacional de la República (1986, 31 de enero), “Ley 30 del 31 de enero de 1986, por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones”, en Diario Oficial, núm. 37.335, 5 de febrero de 1986, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1994a, 15 de febrero), “Ley 124 del 15 de febrero de 1994, por la cual se prohíbe el Expendio de Bebidas Embriagantes a Menores de Edad y se dictan otras disposiciones”, en Diario Oficial, núm. 41.230, 18 de febrero de 1994, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1994b, 23 de junio), “Ley 140 del 23 de junio de 1994, por la cual se reglamenta la Publicidad Exterior Visual en el Territorio Nacional.”, en Diario Oficial, núm. 41.406, 24 de junio de 1994, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2001, 8 de Agosto), “Ley 680 del 8 de agosto de 2001, por la cual se reforman las Leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 335 de 1996 y se dictan otras disposiciones en materia de Televisión”, en Diario Oficial, núm. 44.516, 11 de agosto de 2001, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2002, 6 de agosto), “Ley 769 del 6 de agosto 2002, por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”, en Diario Oficial, núm. 44.893, 07 de agosto de 2002 y 44.932 del 13 de septiembre de 2002, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2006, 8 de noviembre), “Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, en Diario Oficial, núm. 46.446, 8 de noviembre de 2006, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2009, 21 de julio), “Ley 1335 del 21 de julio de 2009, Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”, en Diario Oficial, núm. 47.417, 21 de julio de 2009, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2009, 14 de octubre), “Ley 1355 del 14 de octubre de 2009, por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a esta como una prioridad de salud pública y se adoptan medidas para su control, atención y prevención”, en Diario Oficial, núm. 47.502, 14 de octubre de 2009, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2011, 12 de octubre), “Ley 1480 de 2011 (octubre 12), por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, en Diario Oficial, núm. 48.220, 12 de octubre de 2011, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2005, marzo), “Sentencia del 10 de marzo. Referencia 2002-00689”, M. P. Rojas Lasso, M. C., Bogotá. Recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconunre.asp?mindice=2002-00689>

Colombia, Corte Constitucional (1995a, septiembre), “Sentencia T-408”, M. P. Cifuentes Muñoz, E., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-408-95.htm>

Colombia, Corte Constitucional (1995b, noviembre), “Sentencia C-524”, M. P. Gaviria Díaz, C., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-524-95.htm>

Colombia, Corte Constitucional (1998, mayo), “Sentencia SU-225”, M. P. Cifuentes Muñoz, E., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su225-98.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2000a, enero), “Sentencia C-010”, M. P. Martínez Caballero, A., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-010-00.htm>

- Colombia, Corte Constitucional (2000b, octubre), “Sentencia T-1430”, M. P. Hernandez Galindo, J.G., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-1430-00.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2002, noviembre), “Sentencia C-973”, M. P. Tafur Galvis, A., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-973-02.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2003a, abril), “Sentencia C-273”, M. P. Vargas Hernández, C.I., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-273-03.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2003b, junio), “Sentencia T-510”, M. P. Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2004a, mayo), “Sentencia C-507”, Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-507-04.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2004b, junio), “Sentencia C-560”, M. P. Córdoba Triviño, J., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-560-04.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2004c, agosto), “Sentencia C-796”, M. P. Escobar Gil, R., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-796-04.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2007, mayo), “Sentencia T-391”, M. P. Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-391-07.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2009), “Sentencia C-468”, M. P. Mendoza Martelo, G. E., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-468-09.htm>

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2005, mayo), “Sentencia del 3 de mayo. Referencia 50001310030011999-044210-01”, M.P. Valencia Copete, C. J., Bogotá. Recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconunre.asp?mindice=2002-00689>

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio, Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor (2012, julio), “Resolución 43142”, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la República (1986, 31 de diciembre), “Decreto 3788 del 31 de diciembre de 1986, por el cual se reglamenta la Ley 30 de 1986 o estatuto nacional de estupefacientes” en Diario Oficial, núm. 37.746, 31 de Diciembre de 1986, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la República (2010, 21 de enero), “Decreto 120 del 21 de enero de 2010, por el cual se adoptan medidas en relación con el consumo de alcohol”, en Diario Oficial, núm. 47.599, 21 de enero de 2010, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la República (2012, 9 de agosto), “Decreto 1686 del 9 de agosto de 2012, por el cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que se deben cumplir para la fabricación, elaboración, hidratación, envase, almacenamiento, distribución, transporte, comercialización, expendio, exportación e importación de bebidas alcohólicas destinadas para consumo humano”, en Diario Oficial, núm. 48.517, 9 de agosto de 2012, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la República (2014, 28 de mayo), “Decreto 975 del 28 de mayo de 2014, Por el cual se reglamentan 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”, en Diario Oficial, núm. 49.166, 29 de mayo de 2014, Bogotá.

Comisión Nacional de Autoregulación Publicitaria. (1998). *Código colombiano de autoregulación publicitaria*. Recuperado de <http://www.m2m.com.co/Legislacion/codigoautorregulacion.asp>

Comisión Nacional de Autoregulación Publicitaria. (2013). *Código colombiano de autoregulación publicitaria*. Recuperado de <http://www.mercadeoypublicidad.com/Secciones/Legislacion/DetalleLegislacion.php?recordID=5946>

Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria. (2008). *Código Brasileiro de Autorregulación Publicitaria del 18 de febrero de 2008*. Recuperado de <http://www.conar.org.br/>

Contreras Bejarano, C. A., Devia Luque, C. A., Cruz Vásquez, J. E., Torres Berrío, A. A. y Pérez Acosta, A. M. (2011). Evaluación del efecto de bloqueo en el condicionamiento clásico de preferencias. *Suma Psicológica*, 18 (1), 97-106. Recuperado de <http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/sumapsi/article/view/657>

Dávila Sánchez, A. y Gómez Solís, J. L. (2008). Responsabilidad social empresarial: un reto para la industria química. *Synthesis*, (48), 1-7. Recuperado de http://www.uach.mx/extension_y_difusion/synthesis/2009/04/27/Responsabilidad_social_empresarial_un_reto_para_la_industria_quimica.pdf

Edwards, G., Marshall, J. y Cook, C. (2003). *The treatment of drinking problems: a guide for the helping professions*. Recuperado de <http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=UX29leMmXBMC&oi=fnd&pg=PR9&>

dq=Griffith+Edwards+&ots=S_8dPKuZuU&sig=bc7ji6XJRzuT88h8DKZkKBx8Rfk
#v=onepage&q=Griffith%20Edwards%20&f=false

Espinar Alicante, E. (2007). Estereotipos de género en los contenidos audiovisuales infantiles. *Comunicar*, 15 (29), 129-134. Recuperado de <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/12779/1/29-21-investigaciones-espinar.pdf>

Fernández García, R. (2009). *Responsabilidad social corporativa*. Alicante: Club Universitario.

Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium*, 2, 114-127. Recuperado de <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>

García del Castillo, J. A. y López Sánchez, C. (2009). *Medios de comunicación, publicidad y adicciones*. Recuperado de [http://books.google.com.co/books?id=_zKb8SIMED0C&pg=PA323&dq=EXITO&ei=C5dSU-](http://books.google.com.co/books?id=_zKb8SIMED0C&pg=PA323&dq=EXITO&ei=C5dSU-XKA4u9sQe_p4G4Ag&hl=ES&cd=7&redir_esc=y#v=onepage&q=EXITO&f=false)

García Uceda, M. (2008). *Las claves de la publicidad*. Recuperado de http://books.google.com.co/books?id=MSV9_aUxVzMC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Gherzi, C. A. (2013). *Teoría general de la reparación de daños*. Bogotá: Astrea.

Grube, J. W., Madden P. A. y Friese, B. (1996, junio). Television alcohol advertising increases adolescent drinking. *American Journal of Public Health*, 84 (2), 254-259. Recuperado de <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1614998/pdf/amjph00453-0096.pdf>

Gutiérrez González, P. P., Pedreira Sánchez, D. y Velo Miranda, M. (2005). *Diccionario de la publicidad*. Recuperado de

<http://books.google.com.co/books?id=WcFWB8sQugIC>.

Hidalgo Calvo, C. (1986). *Teoría y práctica de la propaganda contemporánea*. Recuperado de

http://books.google.com.co/books?id=Mif57W9CxsIC&pg=PA44&dq=diferencia+entre+propaganda+y+publicidad&hl=es-419&sa=X&ei=ttz_Uq2XFYfNkQep0oHgCw&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q=diferencia%20entre%20propaganda%20y%20publicidad&f=false

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2006). *Encuesta Nacional de la Situación Nutricional en Colombia*. Recuperado de

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/ENSIN1/ENSIN2005/LIBRO_2005.pdf

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2010). *Encuesta Nacional de la Situación Nutricional en Colombia*. Recuperado de

<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/ENSIN1/ENSIN2010/LibroENSIN2010.pdf>

Jaeckel Kovacs, J. (2005, junio). Publicidad engañosa: Análisis comparativo. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, (20), 60-67. Recuperado de

http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_20_1_es.pdf

Jiménez, M. (2006). Cuando Barbie se come a Garfield. Publicidad y alimentación: niños obesos buscando la perfección del cuerpo adulto. *Trastornos de la Conducta Alimentaria*, (3), 245-263. Recuperado de [http://espanol.free-](http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Cuando-Barbie-se-come-a-Garfield/pdf?dl&preview)

[ebooks.net/ebook/Cuando-Barbie-se-come-a-Garfield/pdf?dl&preview](http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Cuando-Barbie-se-come-a-Garfield/pdf?dl&preview)

Leader Summaries (2004). *Resumen autorizado de: Jack Trout on Strategy, por Jack Trout.*

Recuperado de

<http://www.fundesem.es/update/archive/portadas/La%20Estrategia%20segun%20Jack%20Trout.pdf>

Luengas, H. T. y Velandia Morales, A. (2012). Nivel de sexismo en consumidores y su valoración sexista en de la publicidad. *Suma Psicológica, 19* (2), 75-88. Recuperado de <http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/sumapsi/article/view/1232>

Meléndez, G. (2008). *Factores asociados con sobrepeso y obesidad en el ambiente escolar.*

Recuperado de

http://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=ZPM27cISnusC&oi=fnd&pg=PR1&dq=FACTORES+ASOCIADOS+CON+SOBREPESO+Y+OBESIDAD+EN+EL+AMBIENTE+ESCOLAR&ots=YQK_VNBQWe&sig=U3osY2vBApXP5f2wWHMCppcBAGs#v=onepage&q=FACTORES%20ASOCIADOS%20CON%20SOBREPE SO%20Y%20OBESIDAD%20EN%20EL%20AMBIENTE%20ESCOLAR&f=false

Menéndez García, R. y Franco Diez, F. (2009). Publicidad y alimentación: influencia de los anuncios gráficos en las pautas alimentarias de infancia y adolescencia. *Nutrición Hospitalaria, 24* (3), 318-325. Recuperado de

http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0212-16112009000300009

Moore, E. (2008). Food Marketing goes online: a content analysis of websites for children.

En Davies, D., Fitzgerald, H. E. y Mousouli, V. (Eds.), *Obesity in Childhood and Adolescence: Understanding development and prevention* (pp. 93-115). Westport: Praeger.

Moyer-Gusé, E. y Riddle, K. (2010). *El impacto de los medios de comunicación en la infancia: Guía para padres y educadores.* Recuperado de

http://books.google.com.co/books?id=uGkSulDkYuwC&printsec=frontcover&dq=MOYER-GUS%C3%89&hl=es&sa=X&ei=drhSU9y_I_LQsQTYkYHoCw&ved=0CDEQ6AEwAA#v=onepage&q=MOYER-GUS%C3%89&f=false

- Muñoz Cortina, S. H. (2012). El derecho a la información en la esfera de protección del consumidor. *Diálogos de Derecho y Política*, (9), 2-20. Recuperado de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/12326>
- Navarro Mendizabal, I. (2005). La protección del consumidor menor de edad. En Lázaro González, I. y Mayoral Narros, I. (Coords.), *Infancia, publicidad y consumo. III Jornadas sobre derecho de los menores* (pp. 139-175). Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Olivares, S. (2000). Relación entre la televisión y el consumo de alimentos de alta densidad energética. En Albala, C., Kain, J., Burrows, R. y Díaz, E. (Eds.), *Obesidad: un desafío pendiente*, 268-270. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Organización Mundial de la Salud (OMS) (2010). *Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños*. Recuperado de <http://www.who.int/dietphysicalactivity/marketing-food-to-children/es/>
- Ortega Guerrero, I. (2002). El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2 (3), 87-108. Recuperado de <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf>
- Ortega Jurado, M. F. (2008). Los principios en el derecho de infancia. Interés superior del menor. En Goyes Moreno, I. (Coord.), *Los principios del Constitucionalismo*

Contemporáneo. Memorias del IV Congreso Nacional II Internacional de Derecho Constitucional, 96-103. Pasto: EDINAR.

Ortega Ruiz, C. y Velandia Morales, A. (2011). Influencia del advergaming y el advertising en la recordación y reconocimiento de una marca. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 43 (3), 511-520. Recuperado de <http://publicaciones.konradlorenz.edu.co/index.php/rlpsi/article/view/857>

Palomares, J. R. (2012). Cuestiones constitucionales de la responsabilidad de los medios de comunicación por publicidad engañosa. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 7 (14). Recuperado de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/858/1139>

Parreño Selva, J., Ruiz Conde, E. y Casado, A. (2008). *Dirección comercial: Los instrumentos del marketing* (4ª ed.). Alicante: Editorial Club Universitario.

Peace Pledge Union (PPU) (s. f.). *Children and Advertising. The European Dimension*. Recuperado de http://www.ppu.org.uk/chidren/advertising_toys_eu.html

Pérez Grajales, H. (2006). *Comprensión y producción de textos*. Recuperado de http://books.google.com.co/books?id=YKw5naeVXhIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Perú, Casa de Gobierno (2008, 25 de junio), “Decreto Legislativo 1044 del 25 de junio de 2008, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal”, en Diario Oficial “El Peruano”, 26 de junio de 2008, Lima.

Pradilla Rivera, S. J. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separado de ella. *Estudios Socio-jurídicos*, 13 (1), 329-348. Recuperado de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1509>

- Ragnedda, M. y Ruiu, M. L. (2010). La violencia simbólica de la música en la publicidad destinada a la infancia. *Pensar la Publicidad*, 4 (1), 167-188. Recuperado de <http://revistas.ucm.es/index.php/PEPU/article/view/PEPU1010120167A/15170>
- Ramsey, W. A. (2006). Rethinking Regulation of Advertising Aimed at Children. *Federal Communications Law Journal*, 58 (2), 362-390. Recuperado de <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1434&context=fclj>
- Rodríguez Ardura, I. (Coord.) (2007). *Estrategias y técnicas de comunicación. Una visión integrada en el marketing*. Barcelona: UOC.
- Rodríguez, S. y Cruz, S. (2008). Insatisfacción corporal en adolescentes latinoamericanas y españolas. *Psicothema*, 20 (1), 131-137. Recuperado de <http://www.unioviado.es/reunido/index.php/PST/article/view/8632/8496>
- Salazar, M. A. y Giraldo, C. C. (2013). *Comunicación integrada de marketing en medios y anunciantes* (Tesis de maestría). Politécnico Grancolombiano, Bogotá, Colombia.
- Sánchez Valle, M., Frutos de, B. y Vásquez Barro, T. (2013). La publicidad en las páginas web dirigidas al público infantil y adolescente. En Solano Altaba, M. y Viñarás Abad, M. (Coords.), *Las nuevas tecnologías en la familia y la educación: retos y riesgos de una realidad inevitable*, 191-210. Madrid: CEU Ediciones.
- Sandoval, M. (2006). Los efectos de la televisión sobre el comportamiento de las audiencias jóvenes desde la perspectiva de la convergencia y de las prácticas culturales. *Universitas Psychologica*, 5 (2), 205-222.
- Saucedo Molina, T. de J., Escamilla Talón, T. A., Portillo Noriega, I. E., Peña Irecta, A. y Calderón Ramos, Z. (2008). Distribución e interrelación de factores de riesgo asociados a trastornos de la conducta alimentaria en púberes hidalguenses, hombres y

mujeres, de 11 a 15 años de edad. *Revista de Investigación Clínica*, 60 (3), 231-240.

Recuperado de [http://new.medigraphic.com/cgi-](http://new.medigraphic.com/cgi-bin/contenido.cgi?IDREVISTA=77&IDPUBLICACION=4283)

[bin/contenido.cgi?IDREVISTA=77&IDPUBLICACION=4283](http://new.medigraphic.com/cgi-bin/contenido.cgi?IDREVISTA=77&IDPUBLICACION=4283)

Schor, J. (2004). *Nacidos para comprar*. Recuperado de

<http://books.google.es/books?id=Aoq1S29FIV8C&printsec=frontcover&dq=nacidos>

[+para+comprar&hl=es&sa=X&ei=U4BSU8qTK86vsQTD14GwBA&ved=0CEEQ6](http://books.google.es/books?id=Aoq1S29FIV8C&printsec=frontcover&dq=nacidos)

[AEwAA#v=onepage&q=nacidos%20para%20comprar&f=false](http://books.google.es/books?id=Aoq1S29FIV8C&printsec=frontcover&dq=nacidos)

Snyder, L. B., Milici, F. F., Slater, M., Sun, H. y Strizhakova, Y. (2006). Effects of alcohol

advertising exposure on drinking among youth. *Pediatrics & Adolescents Medicine*,

160 (1), 18-24. Recuperado de <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16389206>

Stiglitz, G. A. (1990). *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma.

Story, M. y French, S. (2004). Food Advertising and Marketing Directed at Children and

Adolescents in the US. *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical*

Activity 1, 3-20. Recuperado de [http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1479-](http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1479-5868-1-3.pdf)

[5868-1-3.pdf](http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1479-5868-1-3.pdf)

Townsley, M. (2004). *Publicidad*. México D. F.: Thomson International.

Vázquez, R., Álvarez, G. y Mancilla, J. M. (2000). Consistencia interna y estructura

factorial del Cuestionario de Influencia de los Modelos Estéticos Corporales

(CIMEC), en población mexicana. *Salud Mental*, 23 (6), 18-24. Recuperado de

<http://www.redalyc.org/pdf/582/58262303.pdf>

Wajntraub, J. H. (2004). *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: LexisNexis.

Yepes Solano, M. A. (2008). *La responsabilidad de los medios de comunicación por el uso*

indebido del derecho a la información en Colombia. Recuperado de

<http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/3695/1/132223.pdf>

Zentner, D. (2002). Publicidad y fraude a los intereses de la población. En Ghersi, C. A.

(Dir.), *Tutela del Consumidor* (17-34). Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Zermatten, J. (2003). *El interés Superior del Niño. Del análisis literal al alcance filosófico.*

Ginebra: Institut international des Droits de l'Enfant.

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ANUNCIANTE, DERIVADA DE LA
PUBLICIDAD ABUSIVA DIRIGIDA AL CONSUMIDOR INFANTIL**

PARTE II

**RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL
ANUNCIANTE, DERIVADA DE LA PUBLICIDAD ABUSIVA DIRIGIDA AL
MENOR EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDOR**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ANUNCIANTE, DERIVADA DE LA
PUBLICIDAD ABUSIVA DIRIGIDA AL CONSUMIDOR INFANTIL¹**

**RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL
ANUNCIANTE, DERIVADA DE LA PUBLICIDAD ABUSIVA DIRIGIDA AL
MENOR EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDOR**

Nathaly Yohana Yanquén Correa²

Resumen

La publicidad ha sido objeto de regulación en el derecho de consumo nacional. Sin embargo, los controles se encuentran tradicionalmente enfocados a contrarrestar los daños causados por la publicidad engañosa, desatendiendo la existencia de la *publicidad abusiva* como supuesto de incorrección publicitaria especialmente lesiva al consumidor infantil. Este vacío impulsó el estudio dogmático de las variaciones del tema en el derecho comparado. Los resultados muestran la existencia de medidas dirigidas a prevenir y compensar los daños generados con la publicidad abusiva. A partir de ello se concluye en la posibilidad de endilgar, en el derecho nacional, responsabilidad civil al anunciante que cause daños al consumidor infantil, con la publicidad abusiva.

Palabras clave

Publicidad. Publicidad abusiva. Consumidor infantil. Anunciante. Responsabilidad civil.

¹ El presente documento corresponde a un artículo de revisión, resultado de una investigación desarrollada con ocasión del programa de maestría en Derecho contractual público y privado de la Universidad Santo Tomás.

² Abogada de la Universidad Santo Tomás; Especialista en Derecho Comercial y Derecho de la Empresa del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

Abstract

Advertising has been the subject of regulation in the national consumer law. However, the controls are traditionally focused on countering the damage of misleading advertising, disregarding the existence of the *abusive advertising* as a different form of advertising, particularly harmful to child consumer. This gap led to the dogmatic study of the variations on the subject in comparative law. The results show the existence of measures to prevent and compensate the damage caused for abusive advertising. From this it is concluded in the opportunity, on the national law, to foist liability to the advertiser for any damage caused to child consumer because of abusive advertising.

Key words

Advertising. Abusive advertising. Child Consumer. Advertiser. Liability.

INTRODUCCIÓN

El desconocimiento de las normas que regulan la actividad publicitaria es supuesto de configuración de responsabilidad civil y administrativa en el derecho del consumo nacional.

Sin embargo, la regulación de estos tipos de responsabilidad se ha hecho desde el ámbito de la publicidad engañosa, situación que se explica como consecuencia de solo estar prevista esta forma de incorrección publicitaria en la Ley 1480 de 2011, como práctica que vulnera los derechos del consumidor.

Esto no sucede en el derecho comparado. Legislaciones como la española, la brasilera o la peruana aceptan la existencia de otro tipo de publicidad que también es

contraria al sistema de protección del consumidor, acudiendo a diferentes denominaciones para catalogar esta forma ilícita de hacer publicidad. Las características que constituyen la ilicitud coinciden con las que la legislación brasilera ha adoptado para calificar a la *publicidad abusiva*.

De manera consecuente, es posible advertir en el derecho comparado la previsión de sanciones para quienes incurren en este tipo de comportamientos publicitarios, así como el deber de indemnizar a quienes se consideren afectados con los mismos, siendo ejemplos de estos dos casos el derecho peruano y el derecho español, respectivamente.

A partir de la comparación del tratamiento de la responsabilidad derivada de la publicidad en las legislaciones citadas frente a la legislación nacional, surge el interrogante que aquí se pretende resolver: determinar si es posible, con los elementos que nos brinda el derecho del consumo nacional, endilgar responsabilidad al anunciante como consecuencia de los daños causados a los niños, niñas y adolescentes por cuenta de la publicidad abusiva y, de ser así, cuáles serían los elementos que constituirían este supuesto de responsabilidad.

Este análisis se realizará en tres capítulos. En el primero se estudiará la responsabilidad civil y administrativa del anunciante en la Ley 1480 de 2011, por la incursión de prácticas publicitarias contrarias a los derechos de los consumidores.

En el segundo capítulo se identificarán las medidas adoptadas por las legislaciones de Perú, Brasil, Argentina y España para contrarrestar y sancionar los actos que se constituyen como publicidad abusiva, dividiendo el estudio en dos segmentos: el primero, dedicado a determinar el tratamiento sancionador de la referida práctica, con referencia a la legislación peruana y la legislación brasilera; y el segundo dispuesto a determinar, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, cómo se ha abordado la reparación de quienes se consideran vulnerados con la emisión de mensajes publicitarios que puedan ser calificados

como abusivos, en la legislación argentina y la legislación española, previo recorrido por las formas de ilicitud publicitaria reguladas en España.

En el tercer capítulo se examinará la responsabilidad civil del anunciante desde el derecho colombiano. En este apartado será objeto de determinación la posibilidad de endilgar responsabilidad civil al anunciante por los daños que se generan con la publicidad abusiva en los menores en su condición de consumidores, señalar los elementos constitutivos de este supuesto de responsabilidad, el sujeto responsable y el ámbito de imputación de responsabilidad.

La selección de las legislaciones a partir de las cuales se realiza el estudio responde a diferentes motivos: en el caso de la peruana, a que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) ha impuesto sanciones a quienes incurren en prácticas publicitarias que pueden calificarse como abusivas; en el caso de la brasilera, se debe a que dicha legislación prevé la publicidad abusiva como una actividad objeto de represión por ser contraria a los derechos de los consumidores y, en los casos de Argentina y España, por haber establecido la posibilidad de iniciar acciones para lograr la indemnización que compense los daños padecidos como consecuencia de la publicidad que por el contenido de la información que difunde puede ser calificada como *publicidad abusiva*.

**1. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA DEL ANUNCIANTE
POR LA INCURSIÓN EN PRÁCTICAS PUBLICITARIAS QUE
VULNEREN LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. EXAMEN
DESDE EL DERECHO COLOMBIANO**

1.1. Responsabilidad civil y administrativa del anunciante por la publicidad que se opone a las disposiciones de la Ley 1480 de 2011

En Colombia, la Ley 1480 de 2011 establece un esquema de regulación en el que se hace responsable al anunciante por la emisión de publicidad que no cumpla con las condiciones allí señaladas, desde dos perspectivas: la administrativa o sancionatoria y la civil o patrimonial.

1.2. Responsabilidad administrativa del anunciante por la emisión de publicidad que no cumple con las condiciones de la Ley 1480 de 2011

Desde el punto de vista administrativo, el artículo 30 de la Ley 1480 dispone que el anunciante será responsable por los daños que ocasione al consumidor por la publicidad engañosa y, faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para que, de manera preventiva o definitiva, ordene “el cese y la difusión correctiva en las mismas o similares condiciones de la difusión original, a costa del anunciante, de la publicidad que no cumpla las condiciones señaladas en las disposiciones contenidas en esta ley”, así como las demás medidas que sean “necesarias para evitar que se induzca nuevamente a error o que se cause o agrave el daño o perjuicio a los consumidores” (art. 59).

El objeto de la orden es hacer cesar la difusión de la publicidad que no cumple con las condiciones establecidas en la ley, corregir sus efectos mediante la emisión de un

mensaje a través del cual se reconozcan los elementos constitutivos del engaño y prohibir la difusión de mensajes publicitarios de tales características en el futuro.

Esta medida puede ser impuesta de oficio por la Superintendencia de Industria y Comercio, así como también puede requerida por quien haya resultado afectado en un derecho o interés subjetivo.

1.3. Responsabilidad civil del anunciante por los daños causados con la publicidad que no cumple con las condiciones de la Ley 1480 de 2011

Desde la óptica de la responsabilidad civil, el artículo 30 de la ley en comento determina que el anunciante responde al consumidor por los daños que cause con la publicidad engañosa y, que el medio de comunicación a través del cual haya sido difundido el mensaje será solidariamente responsable, siempre que se demuestre su dolo o culpa grave en la causación del perjuicio³.

1.4. La –aparente– insuficiencia de las normas colombianas de protección al consumidor para justificar la imposición de responsabilidad civil al anunciante derivada de la publicidad abusiva.

La Ley 1480 de 2011 regula la responsabilidad del anunciante por la incursión en prácticas publicitarias contrarias a las normas de protección al consumidor, tanto en el ámbito sancionatorio como en el civil. Sin embargo, la norma se refiere a la responsabilidad del anunciante cuando el daño es consecuencia de la publicidad engañosa, pasando por alto

³ Este tema se desarrollará en el capítulo 3.

otra forma publicitaria igualmente *ilícita*,⁴ regulada en la legislación brasilera como “publicidad abusiva”. Así, la protección integral al consumidor por los daños generados con la actividad publicitaria en el ámbito nacional queda en entredicho, no a causa de las sanciones o indemnizaciones previstas sino porque se limita a una sola de las formas irregulares de hacer publicidad.

Este impase podría encontrar solución a nivel administrativo al dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011⁵, que establece la posibilidad de sancionar al infractor de las normas de protección al consumidor. Así, cada vez que el anunciante emita un mensaje publicitario que pueda ser calificado como “abusivo”, podría acudir a esta disposición para asignar la sanción que resulte de la transgresión cometida.

La interpretación expuesta, sin embargo, no podría aplicarse desde la óptica de la responsabilidad civil dado que el artículo 61 solo actúa como cláusula general de responsabilidad administrativa, de manera que este vacío podría conducir a la –equivoca– conclusión que la ausencia de un supuesto específico de responsabilidad civil derivada de la publicidad abusiva, en la Ley 1480 de 2011, conlleva a la inexistencia del deber de reparar o indemnizar los daños que sean consecuencia de ella.

Pese lo anterior, no debe olvidarse que los deberes del anunciante de abstenerse de difundir información inadecuada por cualquier medio (incluida la publicidad) y de ajustar la información suministrada a los niños, niñas y adolescentes, según su capacidad de crítica y valoración del mensaje (deberes que se encuentran previstos en los artículos 23 y 28 del Estatuto del Consumidor), actúan como límites legítimos a la actividad publicitaria.

⁴ Se usa esta acepción acudiendo al derecho comparado, especialmente a la legislación española, la cual regula los “ilícitos publicitarios” mediante la Ley General de Publicidad.

⁵ «Artículo 61. Sanciones. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios (. . .)” (Colombia, Congreso Nacional, 2011).

En razón al establecimiento de estos límites, surge la cuestión de determinar si la responsabilidad por daños causados con la publicidad al consumidor regulada en la Ley 1480 de 2011, se reduce a los daños generados con la publicidad engañosa, o si las restricciones establecidas en los artículos 23 y 28 de la Ley 1480 de 2011, pueden dar lugar a un supuesto de responsabilidad civil por daños causados por la publicidad abusiva.

Para ello se examinará previamente la legislación comparada, con el fin de establecer las medidas adoptadas por dichas legislaciones en materia de responsabilidad civil y administrativa, cuando un anunciante emite un mensaje que pueda calificarse como publicidad abusiva.⁶

2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ANUNCIANTE POR LA INCURSIÓN EN PRÁCTICAS PUBLICITARIAS QUE VULNERAN LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. EXAMEN DESDE EL DERECHO COMPARADO

La práctica de la publicidad abusiva⁷ ha tenido tratamientos diferentes en la legislación comparada, previendo facultades administrativas para sancionar a quienes incurren en ella (Perú), así como acciones tendientes a la indemnización de daños causados a los consumidores (España).

⁶ Esta denominación proviene de la legislación brasilera. Por ella debe entenderse aquel mensaje que, aun sin ser necesariamente engañoso, difunde “valores inapropiados para la sociedad o para el segmento al cual están dirigidos, y que pudieran resultar perjudiciales para los consumidores, como la violencia, el miedo, la discriminación, el peligro para la salud, la violación de principios ambientales, la exacerbación del estatus, etc.” (Zentzer, 2002, p. 27).

⁷ Países como España y Perú reconocen la existencia de este tipo de publicidad pero con denominaciones diferentes. Así, por ejemplo, España se refiere a ella como un *ilícito publicitario*, en tanto que Perú la califica como una práctica contraria al principio de adecuación social.

2.1. Responsabilidad administrativa derivada de la publicidad en el derecho comparado. Perú. Control administrativo a la publicidad

En el derecho peruano, el control a la actividad publicitaria se encuentra enmarcado en la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁸ y en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC)⁹.

El Título I, artículo 16 del CPDC, dispuso un deber específico en materia de publicidad por el cual se compromete al anunciante a respetar la ingenuidad, lealtad, credulidad e inexperiencia de los menores, prohibiendo que los anuncios comerciales dirigidos a este grupo de consumidores contengan información equívoca sobre las características o posibilidades reales de los productos.

La protección de los niños frente al impacto de la publicidad en el CPDC se basa en el reconocimiento de su fragilidad y vulnerabilidad frente a las prácticas contrarias a sus derechos (art. 4), razón por la cual el Estado orienta su labor de defensa con especial énfasis en este grupo social. La norma advierte sobre la prohibición de generar, a través de técnicas publicitarias, sentimientos de inferioridad por no consumir el producto. Con ello, indirectamente se aboga por una cultura responsable del consumo, es decir, aquella en la que prima un enfoque antropológico¹⁰ (Gramegna, Balarezo y Miranda, 2013), con lo cual se desalientan actitudes nocivas como el consumismo¹¹. De igual manera, se promueve el respeto por el principio de adecuación social, en tanto implica la abstención de inducir, mediante la publicidad, a conductas tanto ilegales como discriminatorias, según se desprende del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

⁸ Decreto legislativo No. 1044 de 2008 (Perú, Congreso de la República, 2008).

⁹ Ley No. 29571 de 2010 (Perú, Casa de Gobierno, 2010).

¹⁰ La antropología considera que el consumo es un medio de satisfacción de las necesidades sociales, de convivencia o de supervivencia material, y de autorealización del hombre (Gramegna et al., 2013).

¹¹ Gramegna et al., (2013) se refieren al consumismo como una adicción al consumo, propio de las economías desarrolladas, donde el consumo es masivo y poco sopesado.

En cuanto a la responsabilidad administrativa¹², la autoridad en esta materia es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), organismo creado mediante Decreto Ley N° 25868 de 1992, entre cuyas funciones se encuentra la protección de los derechos de los consumidores en ese país. El INDECOPI ha impuesto sanciones a los anunciantes por encontrar fundadas las denuncias respecto de ciertos anuncios publicitarios.

Entre los años 2004 y 2012, se encontraron siete decisiones en las que la referida institución analizó el contenido de los anuncios publicados, de las cuales se declararon fundadas tres denuncias, infundadas tres¹³ y parcialmente fundada una. Resulta valioso traer a colación algunos de los argumentos con base en los cuales han sido impuestas las sanciones:

¹² El legislador peruano previó la imposición de sanciones administrativas y patrimoniales por la infracción a las normas relativas a la regulación de la publicidad. A manera de ejemplo de estas últimas, puede citarse el “derecho a la reparación y a la indemnización por daños y perjuicios”, prevista en el CPDC, artículo 1. Esta disposición ha de ser leída en conjunto con los artículos 100 y 103 del mismo estatuto, que establecen la responsabilidad del proveedor por vía judicial y la definición de daño indemnizable, respectivamente. De esta manera deben entenderse todas las consecuencias causadas por el defecto, teniendo en consideración entre otras circunstancias relevantes, la manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo la publicidad referida al mismo. Todo ello “sin perjuicio de la responsabilidad penal, así como de las sanciones administrativas y medidas correctivas reparadoras y complementarias que se puedan imponer en aplicación de las disposiciones del presente Código y otras normas complementarias de protección al consumidor” (Perú, Casa de Gobierno, 2010, art. 100).

Al margen de este régimen de responsabilidad fueron instituidas otras sanciones de tipo administrativo, tanto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor como en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, a las que se encuentran sometidos: los proveedores (Perú, Congreso de la República, 2008, art. 104), por la introducción al mercado de un producto defectuoso o cualquier infracción al régimen de protección al consumidor; los anunciantes (art. 23.1), por cualquier infracción derivada de la comisión de actos de competencia desleal; los medios de comunicación social (art. 23.2), por infracción a las normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos, y las agencias de publicidad (art. 23.3), cuando el acto de competencia desleal derive de un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado

¹³ En estos casos, la declaración de falta de fundamento de las denuncias tuvieron respaldo en medios probatorios de acuerdo con los cuales: a) las afirmaciones incluidas en la publicidad habían sido autorizadas por la autoridad competente (Perú, INDECOPI, 2011); b) no se incluyeron afirmaciones que indujeran a error sobre las características del producto (Perú, INDECOPI, 2009) y, c) las imágenes transmitidas no tienen la capacidad de inducir a cometer comportamientos ilegales, motivo por el cual la publicidad así difundida, no es sancionable (Perú, INDECOPI, 2012).

En la Resolución N° 042 de 2005¹⁴ se consideró fundada la denuncia por encontrar que el producto promocionado hizo uso de la imagen de un menor sin tener en cuenta la edad del menor ni las características del producto ofrecido. Frente a la responsabilidad de la agencia publicitaria, consideró que “al ser la publicidad un servicio profesional, existe responsabilidad solidaria entre el anunciante y la agencia de publicidad, o quien haya elaborado el anuncio” (Perú, INDECOPI, 2005a, p. 11).

La Resolución 047 de 2005 concluye el procedimiento iniciado de oficio contra la firma JORSA, por la presentación de un anuncio publicitario en un folleto cuya portada contenía “la imagen de un niño y una niña, sentados en una banca vistiendo únicamente la parte inferior de su traje de baño, abrazados besándose”. La conducta fue sancionada por haber presentado a dos menores “en una situación amorosa que no corresponde ni tiene relación con la edad de los mismos (...) escapa a la naturalidad que se puede apreciar comúnmente cuando dos niños de esa edad se demuestran afecto”. (Perú, INDECOPI, 2005b, p. 6)

Frente a la posibilidad real de generar conductas imitativas de situaciones riesgosas presentadas en la publicidad, en decisión del 20 de julio de 2005, Resolución 078-2005¹⁵, se expuso:

¹⁴ Declara fundada “la denuncia iniciada de oficio en contra del BBVA Banco Continental y contra Duna Euro RSCG S.A.C. como responsable solidario, por las infracciones a los artículos 10 y 11 del Decreto Legislativo N° 691 – Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor” (Perú, INDECOPI, 2005a).

¹⁵ Los anuncios denunciados presentaban a un menor sujetándose a la parte posterior de un microbús, “realizando acrobacias en marcha, en tránsito en una avenida, circunstancia que en la realidad podría provocar su atropello o, cuando menos, dentro de las posibilidades de accidente, una caída con consecuencias de alguna relevancia para su seguridad física o su estado de salud”. El segundo anuncio enseñaba a un menor que, “montando una bicicleta se dispone a realizar un salto acrobático que le permitiría – según la imagen del anuncio - saltar cuando menos tres automóviles. Esta circunstancia, en la realidad, provocaría con altísima probabilidad una caída con consecuencias de significativa relevancia para la seguridad física y/o el estado de salud de un menor, debido a que la velocidad y potencia que podría lograr con una bicicleta como la mostrada en el anuncio cuestionado no le permitiría lograr el objetivo propuesto en la imagen” (Perú, INDECOPI, 2005c).

se aprecia que ambos anuncios cuestionados presentan a menores en situaciones que podrían generarles perjuicios concretos si realizaran acciones similares a las presentadas (...) La apreciación de los anuncios denunciados por parte de la Comisión no se ve amenguada por consideraciones de la defensa, tales como que los anuncios denunciados no se encuentran dirigidos a menores, sino a los padres de familia, debido a que basta que un anuncio como los descritos pueda estar al alcance de un menor para que exista la posibilidad de que este desarrolle un acto de emulación que lo coloque en situaciones que puedan provocarles algún tipo de perjuicio, tales como las antes descritas. (Perú, INDECOPI, 2005b, p. 10).

Sobre el uso del humor, la fantasía y la exageración en la publicidad comercial en detrimento de la dignidad de las personas y el principio de adecuación social¹⁶ la Resolución 185-2008¹⁷ enseñó:

el acto de favorecer o estimular una ofensa o una conducta discriminante no es igual, ni tiene el mismo alcance que el acto de inducir, apoyar, enaltecer o estimular actividades antisociales, criminales o ilegales. En el primer caso, la prohibición sobre dichos actos reside en la necesidad de proteger directamente a las personas como sujetos de derecho, al exigirse

¹⁶ “Actos contra el principio de adecuación social. Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto: a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas”. (Perú, Congreso de la República, 2008, art. 18)

¹⁷ Si bien la denuncia presentada en este caso se declaró infundada, vale la pena mencionar las consideraciones que sobre el particular trajo a colación el INDECOPI y que le sirvieron de fundamento a la decisión adoptada.

que no se favorezca o estimule cualquier atentado contra su dignidad a través de conductas ofensivas o discriminantes (...) mientras que el bien jurídico tutelado al momento de sancionar la publicidad capaz de inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades es que no se promueva la vulneración de la moral, la salud y la seguridad pública (...) Consecuentemente, la libertad en el uso del humor, de la fantasía o de la exageración en la publicidad comercial, deberá ser limitada con mayor incidencia cuando tales licencias se utilicen de modo tal que puedan favorecer o estimular cualquier atentado contra la dignidad. (Perú, INDECOPI, 2008, p. 4)

Por último, en la Resolución 1857 de 2012 se determinó que el principio del interés superior del niño, es límite de la actividad publicitaria:

en materia publicitaria, el escenario específico de prohibición y sanción que el ordenamiento ha previsto para procurar la protección del interés superior del niño, se vincula con la prohibición de publicitar anuncios contrarios al principio de adecuación social (...) de tal modo, es dentro de los límites sancionadores previstos por el principio de adecuación social que debe efectuarse la tutela del 'interés superior del niño'. (Perú, INDECOPI, 2012, p. 18)

2.2. Responsabilidad administrativa derivada de la publicidad en el derecho comparado. Brasil. Sanciones administrativas por infracción a las normas sobre publicidad abusiva

La Ley 8.078 de 1990 reconoce como derecho básico de los consumidores recibir protección contra la publicidad engañosa y abusiva (Nicolau, 2001) y, se refiere a esta última como una de las prácticas de comercialización desleales hacia el consumidor (Graver, 1992), estableciendo dos tipos de consecuencias por infracción a las normas sobre publicidad engañosa y abusiva¹⁸: unas de naturaleza administrativa y otras de naturaleza penal¹⁹, siendo ejemplo de las primeras la imposición de “contrapropaganda” (Brasil, Congreso Nacional, 1990, art. 56) que “será prescrita cuando el proveedor incurra en la práctica de publicidad engañosa o abusiva, conforme lo dispone el artículo 36 y sus párrafos, siempre a expensas del infractor” (art. 60)²⁰.

Por otra parte, la misma Ley establece que “la prueba de la veracidad y corrección de la información o comunicación publicitaria compete a quien la patrocina” (Brasil, Congreso Nacional, 1990, art. 38), invirtiendo de esta forma la carga de la prueba. Por lo tanto, “corresponde al anunciante demostrar, judicial o administrativamente, que su anuncio no es engañoso o abusivo”, con lo que se facilita al consumidor el ejercicio efectivo de “los

¹⁸ Este tipo de incorrección publicitaria corresponde a la que en España se ha denominado publicidad que vulnera la dignidad humana o los valores constitucionalmente protegidos, cuyo fundamento de ilicitud “se encuentra en un hecho tan evidente como que toda actividad publicitaria contraria a esos valores es ilícita por carácter inconstitucional” (Wajtraub, 2004, p. 76).

¹⁹ En materia penal, se previó que “hacer o promover publicidad que se sabe o debería saber que es engañosa o abusiva” constituye un *crimen* contra las relaciones de consumo y que la incursión en dichas infracciones, conlleva pena de detención de tres meses a un año y multa (Brasil, Congreso Nacional, 1990, art. 67).

²⁰ Por su parte, el Código de Autorregulación Publicitaria, si bien establece la responsabilidad total del anunciante por el contenido de la publicidad, únicamente prescribe sanciones de naturaleza disuasiva.

principios de veracidad y no abusividad” (Benjamín, 1995, p. 57) dispuestos en el mismo estatuto.

2.3. La responsabilidad civil derivada de la publicidad. Legislación argentina.

Límites a la actividad publicitaria

En Argentina la publicidad abusiva dirigida a menores de edad no es objeto de regulación de la Ley 24.240 de 1993 (Ariza, 1995). No obstante, esta ley establece el deber general de dar un trato digno a los consumidores y prohíbe cualquier conducta que los ubique en situaciones indecorosas, vejatorias o intimidatorias, salvo autorización legal (Argentina, Congreso de la Nación Argentina, 1993, art. 4).

Junto con la disposición citada, se encuentra la Ley 26.522 de 2009 o Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, norma que prohíbe la publicidad subliminal, la explotación de la inexperiencia de los menores para incentivar la adquisición de un producto, la presentación de anuncios en cualquier forma discriminatorios o que vulneren la dignidad humana, la inducción a comportamientos perjudiciales para la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes y, restringe la realización de publicidad que estimule el consumo de bebidas alcohólicas o de tabaco “de acuerdo con las restricciones legales que afectan a esos productos”. (Argentina, Congreso de la Nación Argentina, 2009, art. 81)²¹.

²¹ El Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP) (2001), expidió el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria. Los artículos 2 y 4 de esta norma disponen que la publicidad sea honesta, veraz, digna de confianza y que evite “todo aquello que lesione los conceptos y valores esenciales de la sociedad”, como descripciones que aprovechen indebidamente la credulidad de los menores, la presentación de niños o adolescentes en situaciones peligrosas que puedan inducir a imitarlas a riesgo de su seguridad o su salud física, mental o moral, entre otras medidas.

Del mismo modo, y consientes del “alcance global de las redes electrónicas, y la variedad y diversidad de posibles públicos”, así como la imposibilidad de segmentar los mensajes para evitar que lleguen a los menores (art. 39), se estableció en los anunciantes el deber de tomar medidas que tiendan a no causar ofensas mediante la publicidad difundida, identificando con toda claridad cuando un anuncio sea inconveniente para un menor de edad e insistiendo en la obligación de ceñirse a los parámetros de marketing y publicidad responsables por parte de quienes identifica como profesionales de la comunicación: el anunciante, la agencia

Sobre la información que debe suministrarse al público, la Ley No. 24.240 de 1993 dispone que debe contar con las características de suficiencia, veracidad y detalle, lo que implica que debe tomarse en consideración tanto las características del producto promocionado como también las del público receptor del mensaje (Días Palacio, 2002). Como medida sancionatoria por la vulneración a esta disposición, el legislador argentino estableció la posibilidad de imposición de una multa civil²² sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor.

Por su parte, el artículo 40 de la Ley en cita define el “daño directo”, como cualquier “perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios”.

A su vez, el artículo 52, ubicado en el capítulo XIII relativo a las acciones, determina que el consumidor puede acudir a la jurisdicción “cuando sus intereses resulten afectados o amenazados”, y que compete al juez resolver sobre la procedencia de la reclamación según conste la acreditación del daño, “acudiendo para tal fin a la normativa vigente”, esto es, conforme al régimen general de responsabilidad.

de publicidad, el medio de comunicación social, y de manera general “cualquier persona que haya tomado parte en su planeamiento, creación o publicación” (art. 41).

²² Sobre la multa civil, la doctrina enseña: “se ha sostenido que la norma en cuestión, aun cuando permite la revisión judicial de lo resuelto en sede administrativa, podría merecer cuestionamientos constitucionales, los que deberán realizarse frente a cada caso en concreto, pues se atribuye a la autoridad administrativa la facultad de juzgar cuestiones que versan estrictamente sobre responsabilidad civil — existencia de daño, relación causal, entre otros aspectos—, delegando de esta forma en el Poder Ejecutivo facultades reservadas por nuestra Carta Magna al Poder Judicial” (Vásquez Ferreira, 2005, citado en Vítolo, 2012, p. 129).

2.4. La responsabilidad civil derivada de la publicidad. Regulación de los ilícitos publicitarios en el ordenamiento jurídico Español

Los límites a la actividad publicitaria en España se encuentran definidos en la Ley General de Publicidad²³, la Ley de Competencia Desleal²⁴ y las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias²⁵. Su finalidad es evitar distorsiones en la información. Esta relación publicidad-información implica que los empresarios deben actuar “entre el mínimo de veracidad y suficiencia y el máximo de objetividad e imparcialidad, [pues] por debajo de ese límite mínimo la publicidad es ilícita” (Echaide y Lara, 2006, p. 84). A continuación se exponen los ilícitos publicitarios regulados en la legislación española.

2.4.1. La publicidad desleal, la engañosa y la agresiva

La publicidad *desleal* funciona al mismo tiempo en calidad de acto de competencia desleal y como ilícito publicitario (Velasco, Alonso, Echabarría, Herrero y Gutiérrez, 2011, p. 931) y comprende los actos de descrédito, confusión y comparación no permitida²⁶.

Por otro lado, la *publicidad engañosa* es un ilícito publicitario y un delito (Palma Álvarez Pozo, 2003). Se trata de una práctica comercial desleal de las empresas hacia los consumidores (Pipaón Pulido, 2010) que se configura cuando no cumple con los parámetros de veracidad establecidos por la ley, con la potencialidad o el efecto de inducir a error o confusión dada su inexactitud, afectando el comportamiento económico del

²³ Ley 34 (España, Jefatura de Estado, 1988).

²⁴ Ley 3 (España, Jefatura de Estado, 1991).

²⁵ Ley 29, art. 2 (España, Jefatura de Estado, 2009).

²⁶ En Colombia estas conductas son sancionadas por la Ley 256 de 1996, por estar catalogadas como actos de competencia desleal, y que se advierten regulados en los artículos 10, 12, 13, 14 y 15 de la norma citada. Por su parte, el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria dedica su capítulo cuarto a establecer algunas previsiones relativas a la conducta que deben observar los anunciantes, tratándose de publicidad comparativa.

consumidor o los competidores (Ovalle Favela, 2001). Así, la publicidad engañosa por omisión, la encubierta, la engañosa por confusión y la que incumple los códigos de conducta, son supuestos más específicos de publicidad engañosa reguladas por la Ley de Competencia Desleal (Vilajoana Alejandre, 2011)²⁷.

Finalmente, se considera *agresiva* la publicidad que incluya “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” (España, Jefatura del Estado, 1988, art. 30)²⁸. “Este supuesto de publicidad ilícita, es novedoso por cuanto no estaba en la anterior redacción de la Ley General de Publicidad y fue introducido en la reforma del 2009 en transposición del derecho comunitario” (Lasheras San Martín, 2014, p. 25).

2.4.2. La publicidad subliminal y la que infringe regulaciones especiales sobre la presentación de ciertos productos

Acerca de la publicidad subliminal²⁹, Rodríguez, Suárez y García (2008) afirman: “se define como aquella que, mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida” (p. 65). De acuerdo con Osuna Acedo (2008):

²⁷ En Colombia, la publicidad engañosa sigue siendo un supuesto de regulación propio del Estatuto del Consumidor pero es considerada simultáneamente como un acto de competencia desleal, según las voces de la Ley 256, artículo 11 (Colombia, Congreso Nacional de la República, 1996).

²⁸ En Colombia, el Código de Autorregulación Publicitaria prevé que es deber de los anunciantes abstenerse de usar cualquier expresión que inste de manera impositiva a la adquisición de los productos pautados directamente, o bajo presión o condicionamiento efectuado a los padres (Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria, 2003, art. 42).

²⁹ En Colombia este tipo de publicidad no ha sido objeto de regulación ni en la Ley 1480 de 2011 ni en el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, normativa que infortunadamente tampoco ofrece una aproximación a la definición de lo que ha de entenderse por publicidad subliminal.

muchos anuncios publicitarios presentan fragmentos de codificación intencionalmente manipuladora, que percibe de forma consciente la audiencia con el fin de conseguir de esta determinadas actitudes o conductas. Otros anuncios, en cambio, presentan aspectos encubiertos que solo percibe el subconsciente y, como tal, se les llama subliminales. En ambos casos, los individuos que emiten dicha publicidad planean de forma consciente e intencionada su acción manipuladora. La diferencia es que la audiencia percibe la acción específica de la publicidad con intención manipuladora en el primer caso, pero no la percibe en la publicidad subliminal, con lo que los mensajes son más eficaces, aunque ilícitos. (p. 125)

Por su parte, por la publicidad que infrinja normativas especiales se sanciona el desconocimiento de las normas que regulan la publicidad de determinados productos, que por sus características gozan de un tratamiento particular. Siguiendo a Lasheras San Martín (2014), este supuesto también involucra la publicidad contraria a las normas que regulan la actividad de los medios de comunicación³⁰.

2.4.3. La publicidad que vulnera la dignidad humana o los valores constitucionalmente protegidos

Este ilícito publicitario abarca todo supuesto de presentación que por su forma o contenido implique un desvalor por los derechos humanos (Lasheras San Martín, 2014),

³⁰ Este ilícito tiene equivalente en Colombia en la disposición contenida en la Ley 1480 de 2011, artículos 25 y 31, relativos a la publicidad de productos nocivos como el alcohol o el tabaco, así como el deber de observar los reglamentos técnicos cuando se trata de juguetes, medicamentos o alimentos.

tales como la dignidad³¹, el honor y la intimidad, de manera que se encuentra proscrita toda forma publicitaria que atente contra el respeto a las personas, a sus convicciones, fomente crueldad o maltrato a las personas, animales o cualquier otro bien, o de alguna manera inciten a la violencia u otros comportamientos antisociales (España, Jefatura de Estado, 2010).

2.4.4. Publicidad que vulnera la especial protección del menor

Con la expedición de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) (1996), se estableció un marco jurídico de protección al menor respecto de la publicidad. Según Vilajoana Alejandre (2011) “la LOPJM establece que para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a estos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales” (p. 61).

La misma autora añade que con las modificaciones introducidas por la Ley 29 de 2009, en la Ley General de Publicidad, se integran nuevos supuestos que plantean la protección de los menores desde dos puntos de vista: el primero orientado a salvaguardar al menor como *destinatario* de la actividad publicitaria por considerar que posee un nivel de confianza y credulidad superior al de los adultos. El segundo, encaminado a reducir abusos en el uso de la imagen de los menores en situaciones peligrosas³², por cuanto “el legislador parece asumir que existe un riesgo de que los menores reproduzcan de forma mimética

³¹ En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio en reciente pronunciamiento indicó que entre los principios generales que debe cumplir la publicidad se encuentra el de la dignidad. Por ello, “la publicidad no deberá ser discriminatoria, ya sea por razones de sexo, edad, raza, situación social, capacidades, nacionalidad o religión. También deberá respetar la moral y la ética imperante en el país y proteger a los niños y adolescentes”. (Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, 2012a, p. 3).

³² Este supuesto admite una excepción: la existencia de una causa que justifique, a título educativo, la presencia de menores en situaciones riesgosas o de inseguridad, a fin de disuadirlos de conductas o comportamientos peligrosos (Vilajoana Alejandre, 2011).

conductas o comportamientos peligrosos representados en los anuncios” (Vilajoana Alejandre, 2011, p. 61)³³, de manera que la responsabilidad abarca los supuestos en que la publicidad se dirija a los menores y también pueda alcanzar a este público.

Así, los derechos de los menores actúan como límite a la actividad publicitaria, demandando medidas que garanticen que los mensajes que se les dirijan o los alcancen, no les perjudiquen física o moralmente (López García, 2004)³⁴.

2.4.5. Acciones para la represión de la publicidad ilícita en el derecho español

La Ley 29 de 2009 unificó el régimen de acciones para la represión de la publicidad ilícita³⁵, las cuales fueron consolidadas de esta forma: a) declarativa de deslealtad; b) de cesación de la conducta desleal o prohibición de su reiteración; c) de remoción de los efectos de la conducta desleal; d) de rectificación de informaciones falsas, engañosas o incorrectas; e) de indemnización de daños y perjuicios y; f) de enriquecimiento injusto³⁶. Aquí se estudiarán las acciones de *resarcimiento de daños y perjuicios* y de *cese de difusión de la publicidad*.

³³ En igual sentido, el INDECOPI, en Resolución No. 078 de 2005, asumió que en los “anuncios cuestionados presentan a menores en situaciones que podrían generarles perjuicios concretos si realizaran acciones similares a las presentadas” (Perú, INDECOPI, 2005c, p. 10)”.

³⁴ En Colombia, el Código de Autorregulación Publicitaria dedicó el capítulo séptimo a la reglamentación de los *mensajes comerciales y los niños, niñas y adolescentes*, disponiendo que este tipo de mensajes deben observar los “principios de decencia, veracidad y honestidad” (Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria, 2013, art. 38), respetar el grado de credulidad y confianza de los menores y evitar “hacer alusión a la violencia, la pornografía, la discriminación o el consumo de drogas, alcohol, tabaco y sus derivados” (art. 43). Pese a que la regulación no tiene fuerza de ley, constituye un antecedente de regulación sobre prevención de daños a los menores expuestos a la presentación de mensajes comerciales.

³⁵ La legitimación activa para iniciar estas acciones (excepto la de enriquecimiento injusto) se encuentra en cabeza de “cualquier persona que resulte afectada y en general quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo” y pueden dirigirse contra “cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o cooperado en su realización” (España, Jefatura del Estado, 2009, art. 33).

³⁶ La acción de enriquecimiento injusto solo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

La acción de *resarcimiento de daños y perjuicios*, según Vilajoana Alejandre (2011), está prevista “únicamente para los casos en que haya intervenido dolo o culpa por parte del agente” (p. 122) y su propósito es la obtención de “una indemnización que compense los daños y perjuicios padecidos por el demandante a consecuencia de la publicidad ilícita” (p. 122). Entre los conceptos resarcibles se encuentra el daño moral (Zurilla Carimaña, 2009).

Sobre la acción de *cese de la difusión de la publicidad*, Veleiro Reboredo (2010) enseña que ante la publicidad ilícita cualquier persona a quien se le haya afectado un derecho o interés subjetivo puede, de manera directa y extrajudicial, solicitar al anunciante el cese de la publicidad en cuestión, así como la publicación de un nuevo mensaje a través del cual corrija las perturbaciones ocasionadas con el mensaje cuyo contenido es censurado. Si el anunciante se niega a la solicitud efectuada, los interesados pueden iniciar las acciones judiciales para la represión de la publicidad ilícita previstas en la Ley 29 de 2009.

Por otra parte, como medida adoptada por la legislación española para facilitar la indemnización de perjuicios, la Ley General de Publicidad estableció la *inoponibilidad de los contratos publicitarios*, al dictar que “no podrán incluirse cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad” (España, Jefatura de Estado, 1988, art. 13), de manera que si el damnificado procura la reparación del daño de manera solidaria entre quienes intervinieron en la elaboración de la publicidad, basta la prueba del contrato publicitario, sin que sea posible para los responsables alegar la existencia de cláusulas privadas de exoneración.

3. EXAMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ANUNCIANTE POR DAÑOS OCASIONADOS CON LA INFORMACIÓN INADECUADA CONTENIDA EN LA PUBLICIDAD ABUSIVA DIRIGIDA AL CONSUMIDOR INFANTIL, DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COLOMBIANO

3.1. El abuso en la actividad publicitaria como fuente de responsabilidad civil del anunciante, por los daños causados al menor en su condición de consumidor

En la Ley 1480 de 2014 no ha sido objeto de regulación y control expreso la publicidad abusiva como práctica contraria a los derechos del consumidor.

No obstante, si bien existe este vacío, el artículo 3 numeral 1.5, de la referida ley tiene dispuesto el derecho de los consumidores a recibir protección e indemnización por todos los daños causados en la relación de consumo. En concordancia con esta disposición, el artículo 23 de la misma normativa establece que los daños ocasionados con la información insuficiente o inadecuada dan lugar a la responsabilidad del productor frente al consumidor, con independencia del medio a través del cual sea suministrada.

Ahora bien, la suficiencia de la información está determinada por la aptitud que la misma tenga para que la decisión de consumo se adopte de manera consciente y racional (Villalba Cuellar, 2012) y, es una de las características específicas que exige el Estatuto del Consumidor respecto de los datos objetivos de los productos que deben proporcionarse al consumidor. De esta forma, la información será insuficiente cuando incumpla con los estándares mínimos dispuestos en el artículo 24 de la misma ley.

La *adecuación* de la información, por su parte, no es una característica que se encuentre en el listado al que se refiere el artículo 24 de la ley. La adecuación no se refiere

a las condiciones objetivas del producto promocionado, sino a la forma o a la técnica utilizada por el productor para canalizar la información respectiva. De hecho, el derecho a recibir información sobre los productos implica que se tenga en cuenta no solo las características del bien o servicio, “sino también las del público al cual está dirigido” (Días Palacio, 2002, p. 85), más aún cuando ese público pertenece “al colectivo de los menores de edad, cuya capacidad de captar el verdadero alcance del mensaje recibido y para valorarlo de una manera crítica se encuentra limitada” (Cabrera Martín, 2005, p. 180), por lo que “es preciso valorar previamente la capacidad de discernimiento y de comprensión del mensaje que caracteriza al sector de consumidores al que se dirige la publicidad” (Cabrera Martín, 2005, p. 186).

De acuerdo con lo anterior, cuando la información suministrada en el mensaje publicitario sea inadecuada por la forma como es presentada, esto es, por difundir valores inapropiados para la sociedad o para el segmento al cual están dirigidos, o tener la capacidad de inducir a los menores a comportarse de manera perjudicial o peligrosa contra su salud o seguridad, surge el deber de indemnizar al perjudicado bajo el supuesto de responsabilidad por daños por publicidad abusiva. En esta interpretación, el concepto de *información inadecuada* guarda correspondencia con el de *publicidad abusiva* siempre que aquella sea canalizada a través de un mensaje publicitario con las características ya anotadas, caso en el cual, de concretarse el daño, surgirá el deber de repararlo.

3.2. Elementos de la responsabilidad civil derivada de la publicidad dirigida al menor en su condición de consumidor

Al determinar la posibilidad de llegar al reconocimiento del abuso en la actividad publicitaria como fuente de responsabilidad civil por daños en el derecho del consumo nacional, conviene establecer los elementos que la conforman.

3.2.1. El hecho

El hecho consiste en la emisión de un mensaje publicitario que pueda ser calificado como abusivo, es decir, que difunda información que contenga valores inapropiados para el segmento de consumidores al que va dirigido (los menores), o que sea capaz de inducir dicho colectivo a comportarse de manera perjudicial o peligrosa contra su salud o seguridad.

3.2.2. El daño.

Según Martínez Ravé (1996), el daño “es simple y llanamente” el “menoscabo, que se ocasiona a un interés lesionado, esté o no consagrado como un derecho real u objetivo. Basta que sea un interés que se encuentre en el patrimonio del ofendido, el que se erosione o afecte para que exista el daño” (p. 221).

Ahora bien, de acuerdo con Lorenzetti (2003):

La publicidad puede actuar incentivando pulsiones inconscientes del individuo a los fines de orientarlo en determinado sentido, a lo cual se agrega la falta de información. De este modo se produce un fuerte incentivo del nivel inconsciente, *una perturbación de los sentidos* a fin de disminuir la capacidad de raciocinio, y una ausencia de información para

evitar los frenos inhibitorios, lo cual lleva a un individuo que no se comporte conforme al modelo racional de conducta. (...) En este sentido se ha señalado que es ilícita cuando induce comportamientos peligrosos, como, por ejemplo, cuando los fabricantes de automóviles promocionan la velocidad de sus vehículos contraviniendo las normas de tránsito. (p. 160; las cursivas son de la autora)³⁷

Por otra parte, Fernández Sessarego (2014) enseña:

el daño psicosomático³⁸ comprende todas o cualquiera de las lesiones inferidas tanto al soma, o cuerpo en sentido estricto, como a la psique. En cuanto ambos aspectos del ser humano constituyen una inescindible unidad, los daños somáticos repercuten, necesariamente y en alguna medida, en la psique, y los daños psíquicos, a su vez, tienen incidencias somáticas. (p. 14)

A partir de lo descrito, se infiere que la publicidad abusiva puede causar daños en la estructura psicosomática del menor. En efecto, los trastornos en la conducta alimentaria, las distorsiones en la imagen corporal y las disfunciones psicológicas –efectos de la publicidad abusiva en los menores– (Ramsey, 2006), pueden ser provocados por la

³⁷ El autor describe este modelo como publicidad “inductiva”, tema que resalta como “de la mayor importancia en el mundo actual, y un amplio campo de desarrollo en la responsabilidad civil”. Este tipo de publicidad, sin embargo, se encuentra ‘contenido’ dentro del supuesto de publicidad abusiva al que se refiere el Código de Defensa del Consumidor del Brasil, cuando determina que, entre otras, es publicidad abusiva la que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de una manera perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

³⁸ De acuerdo con Fernández Sessarego (2014), “‘el daño a la persona’ abarca dos definidas categorías de daños (...) Si el ser humano es, como se ha apuntado, una ‘unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad’ sólo cabe dañar algún aspecto de esa unidad psicosomática o la libertad constitutiva del ser humano. De ahí que existan dos categorías de daños. La primera categoría es la referida al daño psicosomático, mientras que la segunda se contrae al ‘daño al proyecto de vida’ o a la libertad fenoménica. No hay, en nuestro criterio, otro aspecto de la persona susceptible de ser dañada” (p. 14). Esta posición es la que asume esta exposición y, por tanto, solo se acudirá al daño psicosomático al concluir que cualquier clasificación adicional, como el daño fisiológico, el daño moral, el daño a la vida en relación, etc., se comprenden es este “único” tipo de daño.

información contenida en mensajes publicitarios abusivos, que generan perturbaciones en los sentidos del público que recibe el mensaje e inducen a la reproducción mimética de la información representada, repercutiendo a su vez en el cuerpo del menor afectado.

En esta categoría de daños psicosomáticos se incluye, comprensiblemente, el mal llamado daño ‘moral’ desde que este constituye un daño emocional que causa perturbaciones psíquicas, generalmente transitorias, no patológicas, como dolores o sufrimientos (Fernández Sessarego, 2014, p. 15).

En el mismo sentido, Ritto, Jalil y Sosa (2013) afirman que “la publicidad engañosa, la ausencia de información, el incumplimiento de la obligación de indemnidad, el trato indigno, generan daño moral” (p. 16), posición que es respaldada por Carlos Ghersi, quien “señala la creación de nuevos supuestos de responsabilidad de atribución objetiva como lo son la ausencia o defectos en la información (art. 4 Ley de Competencia Desleal), la obligación legal de seguridad (art. 5 de la Ley de Competencia Desleal), el trato indigno, las prácticas abusivas” (p. 16).

Esta tesis es apoyada por la doctrina moderna, al sostenerse que la ausencia o defectos en la información, al igual que la violación de la obligación legal de seguridad, el trato indigno, las prácticas abusivas, etc., da lugar a ‘nuevos supuestos de responsabilidad de atribución objetiva’; se trata de una generación de ‘daños autónomos y propios del derecho del consumo’, que habilita incluso a una indemnización autónoma por daño moral. (Piedra Zamora, 2012, p. 155)³⁹

³⁹ La reparación del daño moral, siguiendo a Orgaz (1952), no es una pena. “Lo mismo que la indemnización de los daños materiales, la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en

Por lo tanto, “el daño moral” también es resarcible, según postula la Ley 1480 de 2011, al prever responsabilidad por todos los daños que se generen en los consumidores a causa de la actividad de los productores, comercializadores, anunciantes y medios de comunicación bajo los supuestos de ilicitud derivados de la norma.

En efecto, siguiendo a Orgaz (1952), “es perfectamente lógico que una acción ilícita, aunque no haya afectado sino un derecho o un bien jurídico de la víctima, pueda ocasionar a esta –y a menudo ocasione– ambas clases de daños, conjuntamente” (p. 224). Todo ello dependerá de que “tales consecuencias puedan o no ser valorizadas en forma inmediata y directa en dinero” (Fernández Sessarego, 2014, p. 14)⁴⁰. Así por ejemplo, los gastos necesarios para reparar una patología psíquica⁴¹ (a manera de ilustración, el tratamiento de enfermedades como la anorexia) son una consecuencia patrimonial del daño (Fernández Sessarego, 2014).

Por otra parte, se puede afirmar que el daño es consecuencia de un acto material y subjetivamente antijurídico. En efecto, siguiendo a Mosset (2004, citado en Yong Serrano, 2012):

el derecho moderno: una y otra no se proponen imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito” (pp. 230-231). En una precisión de terminología jurídica, Fernández Sessarego (2014) enseña: “el concepto genérico de indemnización comprende dos categorías según el tipo de consecuencias derivadas del evento dañino. La indemnización que tiene connotación de carácter patrimonial le denominamos ‘resarcimiento’. Mientras que aquellas carentes de dicha connotación, es decir, la no patrimoniales o extrapatrimoniales, la designamos como ‘reparación’” (p. 22). En el mismo sentido, Orgaz (1952) afirma sobre la *reparación* del daño moral a través de una compensación pecuniaria: “Resarcir los daños morales, aunque sea de modo pecuniario –a falta de otro mejor–, no es materializar los intereses morales, sino, al contrario, espiritualizar el derecho en cuanto este no se limita a la protección de los bienes económicos y rodea también de seguridad aquellos otros bienes no económicos, que son inseparables de la persona humana” (p. 225).

⁴⁰ El mismo autor concluye: “De lo expuesto en precedencia se percibe que el ‘daño a la persona’ ha producido, al mismo tiempo, consecuencias de carácter patrimonial o extrapersonal y consecuencias de orden personal o no patrimonial. De ahí que el daño a la persona no puede ser caracterizado a partir solo de las consecuencias que genera sino en razón de la calidad ontológica del ente dañado” (p. 32).

⁴¹ De acuerdo con Fernández Sessarego (2014), “es posible que, en algunos casos, una perturbación psíquica se pueda convertir en una patología psíquica” (p. 15).

La antijuridicidad es formal cuando la acción de hacer u omitir aparece expresamente prohibida en la ley (Mosset, 2004, tomo I, p. 59). Es material cuando la acción tiene una determinada manera de ser o materia que la vuelve contraria al derecho. Este tipo de antijuridicidad, por estar basada en la noción de ilicitud, desborda el concepto de ilegalidad, pues la conducta, para no ser antijurídica, debe respetar, además de las prohibiciones expresas, el orden público y las buenas costumbres. (p. 92)

De esta manera, el daño es producto de un acto materialmente antijurídico. Si bien existe en la Ley 1480 de 2011 un imperativo que orienta al deber de brindar información veraz, oportuna y adecuada, solo prohibió expresamente la publicidad engañosa sin referirse a actos como la publicidad abusiva. Sin embargo, dado que la presentación de la publicidad abusiva desobedece normas de orden público, dicho acto es materialmente antijurídico, es decir, es “contrario a derecho” (Mosset, 2004, citado en Yong Serrano, 2012, p. 92).

Además, dado que “la obligación de reparar no estriba en el daño causado a la víctima, sino en el comportamiento del autor del perjuicio” (Escobar, 1989, citado en Yong Serrano, 2012, p. 93) y, que los supuestos de responsabilidad contenidos en los artículos 23 y 30 de la Ley 1480 de 2011 sancionan la violación al deber de brindar información suficiente, adecuada y veraz, la conducta se estudia desde la teoría tradicional o subjetiva de la antijuridicidad, por cuanto se analiza la responsabilidad patrimonial desde la óptica del autor y no desde la del daño.

3.2.3. El nexo de causalidad

En todo supuesto de responsabilidad el afectado debe probar que el daño padecido es consecuencia de la conducta reprochada (Ángel Yagüez, 2008). Esto incluye el supuesto de responsabilidad bajo estudio.

Así, habrá lugar a reparación cuando con la publicidad abusiva, teniendo en cuenta tanto las características del mensaje –forma y contenido– como las del receptor del mismo, esto es, el menor (Días Palacio, 2002), se genere un trastorno, una perturbación o una patología que afecte la estructura psicosomática del consumidor y le haga incurrir en una conducta que tenga efectos perjudiciales en su salud⁴² (a manera de ejemplo, el consumo desmedido de alimentos hipercalóricos o la modificación drástica de la dieta que genera trastornos en la conducta alimentaria) o en su seguridad (cuando se generen lesiones a causa de comportamientos miméticos de situaciones peligrosas o violentas injustificadamente presentadas en la publicidad (Perú, INDECOPI, 2005c, p. 10)⁴³.

En este escenario, la prueba pericial será determinante en la definición del nexo de causalidad, a través de la cual se determinará el impacto o los efectos que el contenido publicitario pudo haber tenido en la afectación psicosomática de la víctima⁴⁴.

⁴² “Desde la medicina, la psicología y la psiquiatría se alude a un efecto que limita la voluntad de reacción o rechazo y que lleva al consumidor a mantenerse en su comportamiento riesgoso: la adicción. Y a partir de allí se debate acerca de si el productor de bienes que causan adicción debe ser responsable, a pesar de la teórica libertad del consumidor y de los avisos sobre peligros” (Mosset Iturraspe, 2003, p. 145).

⁴³ “El daño al consumidor tiene su causa adecuada en las irregularidades publicitarias, tanto cuando la falsedad del anuncio torna al producto inadecuado respecto de lo promocionado como cuando los engaños u ocultamientos tornan riesgoso el consumo” (Stiglitz y Stiglitz, 1994, p. 130). En el mismo sentido, Santos Ballesteros (2006) afirma que de presentarse los supuestos de publicidad engañosa o distorsionada aumenta el grado de peligrosidad del producto.

⁴⁴ En sentencia T-391 del año 2007, la Corte Constitucional pudo establecer mediante dictamen pericial psicológico que “El Mañanero de La Mega”, por su contenido sexualmente explícito e indecente, surtía un impacto negativo sobre su audiencia infantil y juvenil.

3.3. El sujeto responsable del daño

La Ley 1480 de 2011 determinó que los sujetos responsables por los daños generados con el suministro de información insuficiente o inadecuada y por publicidad engañosa, son el productor o comercializador, el anunciante⁴⁵ y el medio de comunicación (en algunos casos).

Dado que en el ámbito extracontractual de la responsabilidad civil, la regla es la solidaridad cuando en la causación del daño intervienen varios sujetos (Velásquez, 2009), si en la elaboración y emisión del mensaje publicitario intervienen el anunciante, la agencia de publicidad y el medio de comunicación, es posible afirmar que estos sujetos son llamados a responder solidariamente por los daños causados.

Esta consideración tiene respaldo igualmente en el hecho que “todos los agentes del daño moral tienen la obligación de repararlo” (Rocha y Almeida, 2013, p. 2). Sobre el particular Martínez Pastor (2005) considera:

son numerosos los anuncios que se muestran sin identificarse ni advertir de su aparición, como por ejemplo en los pop ups o en los advertorials. Esta publicidad y, por ende, los sujetos que la propician debería ser sancionada. Para ello el legislador debería determinar que los responsables son todos los que participan de la creación y difusión de los mismos, a saber, los prestadores de servicios, los anunciantes, las agencias de publicidad, las centrales de medios y las redes de publicidad.

(p. 454)

⁴⁵ Según la Superintendencia de Industria y Comercio (2012), anunciante es la “persona natural o jurídica, pública o privada, que requiera informar o promocionar la existencia, características, etc, de bienes, productos o servicios” (2012b, p. 10). Así es anunciante quien suministra la información del bien o servicio para la elaboración del mensaje publicitario, sea el fabricante, el comercializador o el distribuidor.

Esta interpretación encuentra punto de quiebre en cuanto alude a las agencias de publicidad⁴⁶, ya que la Ley 1480 nada dice respecto de estos profesionales (pese a que la mayoría de las veces son los encargados de diseñar materialmente el mensaje publicitario).

Barona (1999) discurre lo siguiente:

la agencia de publicidad tan solo se limita al cumplimiento de lo que expresamente se haya convenido con el anunciante y –claro está– a la posible responsabilidad que pueda derivarse legalmente por el incumplimiento de sus obligaciones (...) lo que no excluye la posibilidad de que, en algún supuesto pueda plantearse responsabilidad solidaria del anunciante y de la agencia como consecuencia de la imputación conjunta de determinados actos susceptibles de responsabilidad, es decir, aquellos supuestos en que ha existido una determinada actividad culposa por parte de las agencias (p. 52).

A diferencia de lo referido por la tratadista española, en Colombia la responsabilidad por una operación culposa que tenga lugar en desarrollo de la actividad publicitaria es atribuida de manera solidaria entre el anunciante y el medio de comunicación, no a la agencia de publicidad. Esta situación se advierte en las resoluciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, en las que se extraña la

⁴⁶ Sobre el mismo tema, Lasheras San Martín (2014) expone: “Históricamente en nuestro derecho [español] ha sido pacífico que el responsable de la publicidad ilícita frente a los terceros afectados, bien sean competidores bien sean consumidores, sea el anunciante ya que tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad y en provecho de quien se hace la comunicación publicitaria. A ello se añade que en los contratos publicitarios no pueden incluirse cláusulas de exoneración, imputación o limitación de responsabilidad frente a terceros (...) Pero la Ley 29/2009 (...) que por su carácter general, no utiliza expresamente la palabra anunciante (...) genera dudas sobre si actualmente pueden ejercerse el resto de acciones frente a la agencia de publicidad o los medios publicitarios al establecerse que podrán ejercerse contra ‘cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización (...) En definitiva, salvo reforma legislativa que expresamente lo resuelva, serán los Tribunales los que vayan definiendo si la agencia y el medio publicitario entran dentro del concepto de cooperadores o no en la publicidad ilícita” (p. 26)

vinculación e imposición de sanciones a las agencias publicitarias que elaboran el mensaje por el cual sí se sanciona al anunciante.

En el mismo sentido viene orientada la jurisprudencia del Consejo de Estado, que, al analizar los casos de responsabilidad derivada de la publicidad (engañosa), deja al margen del estudio de caso a las agencias de publicidad por considerarlas un tercero en la relación de consumo (Consejo de Estado, 2006)⁴⁷.

Es de anotar que si bien quien impulsa la actividad de las agencias es el anunciante, también lo es que este no es quien dirige la creación del mensaje publicitario, siendo aquella la que de manera profesional e independiente ejecuta la actividad publicitaria, no obstante lo cual su responsabilidad ha sido restringida, sin que en la legislación colombiana de consumo exista un fundamento claro que permita vincular a la agencia publicitaria en un proceso administrativo o judicial de responsabilidad por daños generados con la publicidad⁴⁸.

Por su parte, en lo que se refiere a los medios de comunicación, en sentencia C-592 de 2012 fue objeto de debate el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, discusión cerrada a favor de la exequibilidad de la norma al considerar

⁴⁷ El caso analizado en el fallo citado es el siguiente: el interesado promovió acción popular contra una importadora y distribuidora de bebidas alcohólicas en cuya publicidad no se observaron las advertencias relativas a las prohibiciones del expendio de estas sustancias a menores de edad, así como de los efectos nocivos de su consumo en exceso, situación que acusó ante el juez natural por considerar que “Dicha propaganda contribuye a mantener la ignorancia sobre los peligros para la salud del consumo excesivo de alcohol, y a que la sociedad siga teniendo una actitud tolerante frente a la venta de bebidas embriagantes a menores de edad”. El demandado alegó haber confiado “plenamente en que todos los trámites legales serían efectuados por la agencia de publicidad” y que “al delegar la tarea de la publicidad en esa firma actuó de buena fe, pensando en que se realizarían las gestiones completas y con los requisitos de ley”. El sentenciador concluyó: “es claro que la sociedad John Restrepo A. y CIA S.A. no puede excusarse de su responsabilidad por el hecho de haber contratado la publicidad de sus productos CERVEZAS HEINEKEN y AMSTEL LIGHT con un tercero, pues legalmente tiene el deber de cumplir con la normativa sobre publicidad de tales productos y responde por la inobservancia de dicho deber” (Colombia, Consejo de Estado, 2006, p. 21).

⁴⁸ Esto sin perjuicio de las acciones que en su caso tendría el productor o anunciante en contra de la agencia contratada para la preparación del mensaje, en virtud del cual aquel deba responder civil o administrativamente según la sanción o condena que en cada caso le llegue a ser impuesta.

que los medios de comunicación son destinatarios de esta norma, por cuanto hacen parte, muchas veces en forma inescindible, de la cadena de comercialización de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores. En esta medida es razonable que el legislador, en ejercicio de su potestad de intervención en la economía, establezca el ámbito de responsabilidad de quienes conforman el circuito que empieza en la producción de un bien o en la oferta de un servicio y concluye en su consumo o utilización. (Colombia, Corte Constitucional, 2012, p. 26).

Por lo tanto el sujeto responsable de los daños por publicidad abusiva es el anunciante, sin perjuicio de la posibilidad de vincular a los medios de comunicación y a las agencias de publicidad, estas últimas, con la misma justificación que fuera base de la declaración de constitucionalidad del artículo 30 del Estatuto del Consumidor, más si se tiene en cuenta que lo que se procura es tanto la reparación del daño, como lograr un efecto disuasivo, que es una de las finalidades más importantes de la responsabilidad civil actual (Rocha y Almeida, 2013; Santos Ballesteros, 2006)⁴⁹.

3.4. Ámbito de responsabilidad del anunciante por los daños de la publicidad abusiva en el menor en su condición de consumidor en el derecho colombiano

De manera preliminar debe indicarse que el fundamento de la obligación de reparar varía según si en la conducta dañosa interviene o no la culpa del autor (Valencia y Ortiz,

⁴⁹ Según Santos Ballesteros (2006) “la reparación por daños morales, por lo tanto, tiene una doble función: objetiva, la compensación de la víctima por el perjuicio extrapatrimonial sufrido, no como una forma de cuantificar el derecho personal lesionado, pero, sí para aliviar el dolor experimentado, y tiene un carácter pedagógico, no como una sanción civil por acto ilícito, sino una medida socioeducativa, de eficacia social, a fin de prevenir la práctica de una conducta repetida, o incluso disuadir tal conducta por terceros” (p. 179).

2004). En el primer caso, la obligación de reparar se ubica en el ámbito de la responsabilidad subjetiva. En el segundo, en el de la responsabilidad objetiva.

La teoría de la responsabilidad objetiva reposa en el riesgo (Saavedra Madrid, 2007)⁵⁰, criterio que emerge por oposición a la teoría clásica de responsabilidad basada en la culpa (Tamayo Lombana, 2005) y que irrumpe al finalizar el siglo XIX en un contexto social que demandaba la reparación de daños configurados en desarrollo de actividades laborales que llevaban ínsito un grado de peligro⁵¹ (Peirano Facio, 2004, p. 144), en que las víctimas veían frustradas sus pretensiones de reparación ante la complejidad probatoria que representaba la demostración de la culpa del empleador en la causación del menoscabo⁵² (Josserand, 2009)⁵³.

La teoría del riesgo, trasladada al ámbito empresarial, genera un nuevo concepto: *el riesgo de empresa*, cuyo sustento radica en la teoría económica de distribución de costos y beneficios. Rodríguez Llamas (2002) lo explica así: “quienes mediante el ejercicio de una actividad lícita, y en busca de ventajas materiales o económicas, crean unos riesgos, han de quedar sometidos a sus consecuencias” (p. 85).

⁵⁰ “La teoría del riesgo, según la bosquejó Saleilles, se centra en que quien lo crea es responsable, a fortiori de ciertas actividades por los peligros que entrañan”. (Saavedra Madrid, 2007, p. 53).

⁵¹ Concepto que debe analizarse desde la óptica de la extraordinaria peligrosidad que llevan consigo, y de la que “generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia” (Velásquez, 2009, p. 519).

⁵² También encontró justificación en tendencias de orden filosófico como el materialismo histórico y la socialización del derecho, y consideraciones de orden moral basadas primordialmente en la equidad (Mazeaud, Mazeaud y Tunc, 1962; Peirano Facio, 2004).

⁵³ El fundamento de la responsabilidad objetiva fue ilustrada con rigor jurídico por Josserand y Saleilles. Josserand (citado en Mazeaud et al., 1962) sostiene: “el que crea, el que vigila y el que dirige un organismo cuyo funcionamiento es susceptible de perjudicar a otro, se erige por eso mismo en editor responsable de los daños que ese organismo cause en su camino, hecha abstracción de toda idea de culpa, de toda cuestión de imputabilidad” (p. 10). Resultado de esta doctrina surgen dos vertientes: la del *riesgo provecho* y la del *riesgo creado*. Por el primero, explica Planiol (citado en Peirano Facio, 2004): “todo el que emprende un trabajo para extraer de él un beneficio pecuniario, acepta necesariamente como consecuencia inevitable el riesgo de los daños injustos que este trabajo puede causar a los demás (...), este principio se podría llamar ley de conexión entre el beneficio y el riesgo (p. 160)”. Así, el criterio del “provecho” es el que contextualiza y concreta el concepto del riesgo. Sobre el *riesgo creado*, precisa Savatier (citado en Peirano Facio, 2004) que “consiste en la obligación de reparar los hechos dañosos producidos por una actividad que se ejerce en nuestro interés y bajo nuestro control” (p. 161).

El criterio del riesgo ha sido adoptado por un sector de la doctrina comparada para fundamentar la responsabilidad del anunciante derivada de la actividad publicitaria cuando esta se concreta como fuente de daños. Así por ejemplo, en Argentina, Galván (1995) afirma:

El deber de reparar el daño injusto causado a otro derivado de la actividad publicitaria engañosa o abusiva encuentra a mi juicio su fundamento en el factor objetivo riesgo creado. Es indudable que la actividad publicitaria potencia la posibilidad de daño, tanto por su propia naturaleza, como por el modo de su realización, por ello entiendo que es una actividad riesgosa (p. 509).

Bajo la misma orientación, esta vez desde la óptica de la doctrina española, De La Cuesta Rutte (citado en Sánchez Del Castillo, 2007) enseña:

la publicidad –en parte, como toda comunicación social– puede poner en riesgo distintos bienes que deben ser preservados de ese riesgo. Configurada, en efecto, la publicidad como actividad de riesgo o peligro se somete a una disciplina jurídica. El acto publicitario que se oponga a ella será un acto ilícito, porque se llama en derecho acto ilícito al acto antijurídico. Y si bien el acto ilícito como acto antijurídico se suele reprimir en cuanto que causa un daño efectivo, en el caso del ilícito publicitario –como en muchos otros hoy día– no es menester la causación de un efectivo daño, pues es un acto ilícito de peligro (p. 219)⁵⁴.

⁵⁴ No obstante, si bien para los juristas citados el ilícito publicitario genera responsabilidad civil como consecuencia de la calificación de la publicidad como una actividad de riesgo, aun cuando no haya causación efectiva de un daño, este enfoque no es aplicable al interior de nuestra legislación, dado que en Colombia la Ley 1480 de 2011 es enfática al indicar que la responsabilidad civil del productor, comercializador o

3.4.1. La culpa como criterio que fundamenta la responsabilidad del anunciante en el derecho colombiano

Podría pensarse que en Colombia el criterio del riesgo también ha sido aplicado a la responsabilidad de los anunciantes cuando se generan daños por la información suministrada a través de la publicidad de sus productos, debido a que las únicas causales de exoneración que pueden ser alegadas con vocación de prosperidad por parte del anunciante se reducen a la causa extraña, situación que llevaría a concluir que la actividad publicitaria fue analizada desde la teoría objetiva de la responsabilidad (Villalba, 2012; Giraldo, Caycedo y Madriñan, 2012)⁵⁵. Sin embargo, la legislación colombiana ha dado un tratamiento diferente.

En primer lugar, este supuesto de responsabilidad es independiente del previsto para la responsabilidad por daños por producto defectuoso⁵⁶, por defectos de información o de advertencia (Woolcott Oyague, 2003). Así lo aclara la Ley 1480 de 2011, artículo 23⁵⁷.

anunciante, deriva precisamente de la concreción de los daños que sean causa de la información inadecuada o la publicidad engañosa. Cosa diferente habrá de predicarse en el evento de las sanciones administrativas por publicidad engañosa, caso en el cual, la sanción será irremisible aun cuando no haya daño (Giraldo et al., 2012).

⁵⁵ De acuerdo con Stiglitz y Stiglitz (1994), las reglas generales sobre responsabilidad civil objetiva, relativas a la garantía y al riesgo creado, son aplicables a los daños al consumidor. No obstante, la Corte Constitucional, en sentencia C-592 de 2012, analizó la responsabilidad por publicidad desde la óptica de la culpa, es decir, desde la teoría subjetiva de responsabilidad.

⁵⁶ La responsabilidad civil por productos defectuosos reposa en la teoría del riesgo, que a su vez responde al ámbito de responsabilidad objetiva o sin culpa. Esta sin embargo, no es absoluta, lo que significa que la responsabilidad originada por la puesta en marcha de productos defectuosos, encuentra un límite en las causas de exoneración de responsabilidad (Rodríguez Llamas, 2002; Gutiérrez Santiago, 2008; Namén y Camacho, 2006).

⁵⁷ La responsabilidad por producto defectuoso, por defectos de advertencia o información (Woolcott Oyague, 2007), deriva de la infracción imputable al productor de su deber de comunicar, o dar a conocer al consumidor o usuario, las condiciones para que el uso del producto sea seguro. De este modo la responsabilidad surge por la violación al deber de seguridad que le asiste al productor al hacer que el producto se vuelva defectuoso, no de manera intrínseca, es decir, no en su estructura o calidad, sino en su uso y riesgos inherentes al mismo, por lo que el defecto se concreta “en la circunstancia de vulnerar la seguridad del consumidor” (Giraldo et. al, 2012, p. 71), pues de la omisión de la información se derivan riesgos previsible (es decir, cognoscibles conforme a una diligencia media) potencialmente reducibles de haber sido

Por otra parte, la exposición de motivos de la Ley 1480 de 2011 sugiere que la regulación de la publicidad responde a la importancia de la información en la relación de consumo, dado que por su ausencia el consumidor adopta una posición de indefensión y subordinación, que habilita la intervención del Estado para evitar un indebido aprovechamiento del productor (Colombia, Cámara de Representantes, 2010).

Desde esta perspectiva, la responsabilidad por daños causados con la publicidad abusiva reposa en la obligación de no vulnerar los deberes de precaución del anunciante, inherentes a su posición de garante frente a los consumidores, “habida cuenta de la posición de inferioridad o debilidad que ordinariamente ocupan en el tráfico mercantil” (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2007, p. 23) y, por cuanto “en materia de interpretación del mensaje publicitario, no interesa la intención del autor, como en los contratos, sino la interpretación que le da el consumidor (...)” (Lorenzetti, 2003, p. 159).

suministrada la información, y el producto se convierte –debido a su uso– en uno “irrazonablemente inseguro” (Woolcott Oyague, 2007, p. 146). Por otra parte, la responsabilidad por daños por información inadecuada o insuficiente deriva del deber general del anunciante de comunicar al consumidor o usuario todas las características generales de un producto, con miras a proteger las decisiones de consumo (Villalba Cuellar, 2012). Naturalmente, la responsabilidad derivada de la omisión al deber de información, relacionada con el modo de uso, las características de ser un producto genéricamente peligroso y las demás atinentes a los riesgos del bien o servicio, se encuentra estrechamente ligada con la responsabilidad por daños por producto defectuoso. Sin embargo, esta responsabilidad por daños derivados de la información inadecuada o insuficiente prevé la indemnización, no solo de los daños causados por el producto, sino que se extiende a todos los supuestos de configuración de daños que se puedan causar con una información inadecuada suministrada por cualquier medio, incluso cuando no corresponda a la realidad –situación que se encuentra enmarcada en la responsabilidad por publicidad engañosa– (Giraldo et al., 2012), ya que “una información deficiente podrá generar perjuicios económicos al consumidor desde diferentes puntos de vista (...) en la fase contractual al privarlo de ciertas ventajas que podría obtener del negocio *o al ocasionarle daños en su integridad física*” (Villalba Cuellar, 2012, p. 168; las cursivas son de la autora). De esta manera, en el supuesto de responsabilidad objeto del presente estudio, si bien se encuentran involucrados bienes y servicios, ofrecidos con la publicidad, el daño no proviene de ellos (como sucede en los casos de daño por producto defectuoso) sino de una actividad publicitaria ilícita: la publicidad abusiva, que introduce información inadecuada en el mensaje publicitario para promover la adquisición de un bien o servicio.

Por lo tanto, la responsabilidad del anunciante en este supuesto se ubica en el ámbito subjetivo⁵⁸, en el que la culpa⁵⁹ es elemento cardinal sobre el que se edifica esta teoría (Yong Serrano, 2012, p. 197) y ha de analizarse desde la óptica de la *culpa objetiva*, por lo cual “ya no se trata de tener en cuenta el estado del alma del autor del perjuicio, sino únicamente de comparar su conducta con la conducta de un tipo abstracto” (Mazeaud, 1945, citado en Yong Serrano, 2012, p. 200)⁶⁰.

Inferir que el daño es consecuencia de la falta de previsión y adopción de medidas para evitar su concreción⁶¹ (Santos Ballesteros, 2006), significa que la valoración del comportamiento del anunciante liga una presunción de culpa⁶², que es el escenario de responsabilidad establecido por el legislador nacional –aunque no de manera explícita– en cabeza del anunciante, por los daños de la publicidad abusiva.

⁵⁸ Sobre la responsabilidad subjetiva, Alessandri Rodríguez (1981) afirma: “La responsabilidad subjetiva supone necesariamente la culpabilidad de su autor; no existe sino a condición de que el hecho perjudicial provenga de su dolo o culpa. Para saber si la hay, es de rigor analizar la conducta del sujeto; por eso se llama subjetiva. De ahí que solo pueda afectar a las personas que tengan voluntad suficiente para darse cuenta del acto que ejecutan. Los dementes y los infantes y aun los mayores de siete años pero menores de dieciséis, que han obrado sin discernimiento, no incurrir en ella” (p. 92).

⁵⁹ Para Mazeaud et al. (1962), la culpa se manifiesta de dos formas: la delictual o culpa intencional y la culpa cuasidelictual o culpa por imprudencia o negligencia. Así, “la culpa delictual posee contornos muy precisos; noción puramente subjetiva, se caracteriza por la voluntad de causar daño” (p. 66), en tanto que “la culpa cuasidelictual es un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias ‘externas’ que el autor del daño” (p. 85). De acuerdo con Alessandri Rodríguez (1981), la culpa es “la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y propios negocios” (p. 172).

⁶⁰ La culpa aquiliana “se apreciaría in concreto relacionándola con la [conducta] de la víctima (culpa relacional) o con un comportamiento análogo al de un sujeto promedio según el patrón ‘estándar de conducta exigible’ a todos en el mismo marco de circunstancias, (...) considerando la naturaleza o valor de los intereses tutelados (...) ora la actividad singular, su riesgo, previsibilidad ex ante del daño, ora la proximidad, confianza, situación o posición de los sujetos (edad, estado mental, posición, profesión, etc.), circunstancias extraordinarias, disposiciones reguladoras permisivas o prohibitivas de ciertas actividades, disponibilidad y costo de las medidas de precaución, etc.” (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2009, p. 16).

⁶¹ No obstante, Trimarchi (citado en Santos Ballesteros, 2006) afirma que: “el derecho no considera que haya culpa por la falta de adopción de tales medidas si su falta deja subsistir una probabilidad de daño suficientemente escasa, teniendo en cuenta la utilidad social de la actividad en cuestión” (p. 178).

⁶² “Percibimos que en un plano exclusivamente técnico la teoría de la culpa ha debido recibir atenuaciones en el campo del derecho positivo, atenuaciones que se vinculan fundamentalmente con el sistema de lo que se ha llamado ‘presunciones de culpa’ y ‘apreciación de la culpa’” (Peirano Facio, 2004, p. 137).

Se encuentra el sustento de esta afirmación en la sentencia C-592 de 2012, proferida por la Corte Constitucional, en la que se apunta:

El artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 no impone una responsabilidad solidaria objetiva en cabeza de los medios de comunicación y del anunciante; como lo expresó la mayoría de los intervinientes, estos únicamente responderán en cuanto se demuestre su comportamiento doloso o gravemente culposo respecto de los perjuicios causados al consumidor y, como es lógico, al cabo de un proceso judicial o administrativo en el que, observando las reglas del artículo 29 superior, sean declarados jurídicamente responsables. (p. 33)

Esta exposición ha de recibirse con una salvedad: el comportamiento doloso o gravemente culposo solo lo prescribe la ley como causal de exoneración al tratarse de los medios de comunicación. Al anunciante solo le es posible exonerarse de responsabilidad cuando demuestre la causa extraña. Una interpretación contraria implicaría el desconocimiento de los artículos 23, 24, 30 y 32 del estatuto en cita.

Sobre el particular, Giraldo et al. (2012), aseguran:

los medios de comunicación son solidariamente responsables con los anunciantes, cuando medie culpa grave o dolo de parte del mismo. Así las cosas, a diferencia de los anunciantes, la responsabilidad de los medios de comunicación es de carácter subjetivo y el nivel de culpabilidad exigido por la ley, debe ser demostrada dentro del respectivo proceso. (p. 94)

A su vez, Villalba Cuellar (2012) asevera:

esta ley contempló la responsabilidad solidaria del medio de comunicación solamente si se le comprueba dolo o culpa grave (...) En

este sentido si el medio demuestra que le pidió al anunciante que le aportara pruebas de la veracidad de algunas menciones sobre las que tiene dudas, podrá desvirtuar la culpa grave. (p. 240)

Por tanto, el legislador fundó un sistema de responsabilidad solidaria y subjetiva con culpa probada para los medios de comunicación (Villalba Cuellar, 2012) y directa con culpa presunta para el caso del productor, comercializador o anunciante⁶³. Solo así es posible entender las disposiciones contenidas en la Ley 1480 de 2011, en armonía con lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia referida, sin que la norma y su interpretación se excluyan.

3.4.2. Naturaleza de la presunción de culpa del anunciante, por los daños generados con la publicidad abusiva

Interesa analizar si la presunción de culpa establecida por el legislador es absoluta o atenuada⁶⁴. Según Peirano Facio (2004):

Desde el punto de vista racional y aun desde el positivo, se concibe la presunción de culpa, actuando, o bien de un modo –diríamos– atenuado, o bien de un modo definitivo. En el primer caso se trata de presunciones *iuris tantum*: la culpa se presume en el agente, pero este puede apartarse del ámbito de la responsabilidad probando que en el caso concreto no actuó de un modo culpable, sino que procedió con la diligencia propia de

⁶³ Sobre la crítica a la discriminación de la información a cargo del productor y la que se encuentra a cargo del proveedor, veáse Villalba Cuellar (2012). Téngase en cuenta que, en línea de principio, “en responsabilidad civil extracontractual la regla es la solidaridad cuando el daño ha sido cometido por dos o más personas” (Velásquez, 2009, p. 59).

⁶⁴ Velásquez (2009) no hace esta distinción y, refiriéndose a las presunciones de culpa, indica: “presunción de culpa significa que el demandante cuenta con el beneficio de la presunción de la culpa del demandado, invirtiéndose así la carga de la prueba, de modo que el demandado para exonerarse de la presunción ha de probar ausencia de culpa, o lo que es lo mismo, diligencia y cuidado” (p. 57).

un buen padre de familia. En el segundo caso, la presunción de culpa es absoluta, *iuris et de iure*: en estas hipótesis no está permitido al agente proceder a la demostración de que en el caso concreto actuó sin culpa; su actitud es irremisiblemente culpable a los ojos del derecho. (p. 138)

Si se parte del hecho que el legislador solo admite como defensa del anunciante la causa extraña, en un escenario judicial, el anunciante solo podría plantear su defensa demostrando que el perjuicio tuvo origen en la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero. (Corte Suprema de Justicia, 2009), perdiendo importancia la prueba de la ausencia de culpa, pues la obligación de reparar proviene de haber lesionado un interés jurídicamente tutelado. Según esa línea de pensamiento, la presunción establecida por la ley no es atenuada sino absoluta o *iuris et de iure*.

Esto tiene unas incidencias en materia probatoria, dado que este tipo de presunciones “equivale a decir que en sentido estricto no es responsabilidad objetiva, pero tiene los mismos efectos prácticos” (Velásquez, 2009, p. 518). Siguiendo a Tamayo Jaramillo (2007):

En la práctica, es lo mismo para la víctima y para el demandado afirmar que en las actividades peligrosas hay una responsabilidad objetiva puesto que el demandado solo se exonera probando una causa extraña, que afirmar que estamos frente a una presunción de culpa que solo se desvirtúa probando esa misma causa extraña. Para efectos prácticos, la carga probatoria es la misma. (p. 871)

Pese a la crítica de la doctrina citada, este tipo de medidas, según Peirano Facio (2004), tienen su origen en *los datos de la experiencia*, con base en los cuales “el legislador acepta, como principio general, que ciertos modos de producir eventos dañosos hacen

presumir la culpa en su agente con lo que la situación de la víctima resulta, en estos casos, notablemente mejorada” (p.138), pues, siguiendo a Josserand (2009), “no tener derecho, o, teniéndolo, verse en la imposibilidad de hacerlo triunfar, son la misma cosa” (p. 63).

3.4.3. La participación de la víctima en la causación del daño provocado con la publicidad abusiva

Siguiendo a Mosset Iturraspe (2003), el “endurecimiento” de la responsabilidad de las empresas por el nivel de cuidado exigible en desarrollo de sus operaciones, “no puede conducir a ignorar o dejar de lado la conducta del consumidor, cuando ella sea causa o concausa del perjuicio” (p. 329).

En orden a determinar el grado de responsabilidad que debe asumir la víctima o sus representantes –dado que en este caso la víctima será un menor–, la jurisprudencia española ha discurrido que cuando en la producción del daño han tenido influencia los responsables de la custodia de los menores por no adoptar las medidas necesarias para evitar su exposición a la lesión, tal actitud tiene efectos en la graduación de la responsabilidad (Sentencia A/C 2003/822 del 16 de diciembre de 2003, citada en Navarro Mendizabal, 2005, p. 161)⁶⁵, por cuanto su negligencia es relevante en la contribución causal del daño.

Sin embargo, persiste el deber del anunciante de “prever la posibilidad, más o menos remota, de una situación de riesgo o peligro” (Navarro Mendizabal, 2005, p. 169). Por tanto, si el empresario “está en condiciones de anticipar la conducta riesgosa –que no es culposa– de una posible víctima debe hacer cuanto está en sus manos para evitar el perjuicio (...) [pues] un actuar indiferente lo vuelve coautor del daño y la libración no se

⁶⁵ Si bien la sentencia en cita analiza la responsabilidad por daños por producto defectuoso, es traída a este estudio por cuanto en ella se realiza el análisis relativo al deber de cuidado de los responsables de la custodia de los menores.

produce o bien solo en parte” (Mosset Iturraspe, 2003, p. 143). En razón ello, para que la conducta de la víctima sea tomada como eximente de responsabilidad del anunciante, debe aparecer como la única causa del daño⁶⁶.

De esta manera, cuando el mensaje publicitario abusivo se dirige al menor como consumidor directo o inmediato, es decir, bajo la previsión de que sea este quien responda a la adquisición del producto o servicio –descarga de juegos, ropa– (Cabrera Martín, 2005), al concretarse un daño, difícilmente podrá exonerarse el anunciante de responsabilidad o alegar la compensación de culpas y apenas podrá apreciarse la “culpa” del menor en la causación del hecho dañoso, pues por las características de profesionalidad de su actividad y por las del público al que se dirige el mensaje, se presume que el anunciante ofrece una real expectativa de no *abusividad* del contenido del mensaje publicitario.

En sentido contrario, cuando su actividad resulte en la emisión de un mensaje publicitario abusivo, el comportamiento de la víctima solo le servirá de liberación parcial o de graduación de la responsabilidad por compensación de culpas⁶⁷.

⁶⁶ “Para un sector de la doctrina es preciso, además, que el hecho de que la víctima no haya sido anticipable por el victimario o agente; en otras palabras, que se trate de un caso fortuito (...) Así, para Orgaz la liberación, cuando el accidente lo sufre un incapaz, deviene del caso fortuito (...). Para Bustamante Alsina la excusación puede venir por la vía de la equidad o del caso fortuito” (Mosset Iturraspe, 2003, p. 142).

⁶⁷ Sobre la participación de la víctima en la causación del daño, Mosset Iturraspe (2003) prefiere usar el término “hecho” de la víctima, y no el de “culpa” de la víctima. Indica el autor: “No alcanzamos a comprender el por qué de la insistencia en la ‘denominación’ empleada ‘culpa del damnificado’, cuando la doctrina, desde hace años, nos ha convencido de que la culpa sólo se da en relación de alteridad: culpa con otro y no culpa consigo mismo. Se trata, simplemente, de un hecho, cumplido por quien resulta dañado, que es causa de ese perjuicio. La víctima se daña a sí misma. Es su hecho y no su culpa” (p. 141).

CONCLUSIONES

En Colombia, las normas dirigidas al establecimiento de medidas de protección del consumidor en materia de publicidad, tradicionalmente se han reducido a confrontar los actos que se constituyen como publicidad engañosa.

Por otra parte, el derecho comparado enseña cómo la publicidad ha sido objeto de un tratamiento más pormenorizado y profundo. Regulaciones como las de Perú, Brasil y España han reconocido la existencia de una forma publicitaria nociva para los derechos de los consumidores, calificada como publicidad contraria al principio de adecuación social, publicidad abusiva y, publicidad que vulnera la especial protección del menor, respectivamente.

Es nota característica de este tipo de publicidad el hecho de afectar primordialmente al público infantil. Así lo reconocen las legislaciones citadas, que incluyen como supuesto de esta forma publicitaria irregular, el hecho de aprovechar indebidamente el sentimiento de credulidad y el estado de desarrollo de los menores, que los hace especialmente vulnerables a la información contenida en la *publicidad abusiva*, dada la capacidad de aprendizaje mimético de los menores, circunstancia que determina un riesgo potencial de generar daños en este grupo de consumidores al poner en marcha las acciones presentadas en la *publicidad abusiva*.

En razón al reconocimiento de la existencia de estos daños, en el derecho comparado y en especial en la legislación española se encuentran diseñadas una serie de acciones que tienden al resarcimiento o indemnización de los perjuicios que tienen lugar a partir de la emisión de mensajes publicitarios que puedan ser calificados como abusivos, como las acciones de *resarcimiento de daños y perjuicios* y de *cese de la difusión de la*

publicidad, las cuales pueden ser iniciadas por cualquier persona que se haya visto perjudicada con la emisión del mensaje en cuestión.

Acciones como estas, en cambio, no han sido previstas en el derecho colombiano.

Sin embargo, la Ley 1480 de 2011 estableció un supuesto de responsabilidad civil que deriva de los daños que sean consecuencia de la información *inadecuada* que se suministre al consumidor, supuesto que es independiente de la responsabilidad por daños por producto defectuoso, abriendo senda al estudio de la responsabilidad del anunciante por los daños generados con la información, ya no desde la *defectuosidad*, sino desde la óptica de la *adecuación*, advirtiendo que quien suministre información *inadecuada* será responsable de los perjuicios que así se causen.

En ese orden, si bien la publicidad es una actividad lícita y permitida, siempre que contenga información *inadecuada* –y con ella se ocasionen daños a un consumidor– se convierte en una actividad ilícita que puede ser calificada, a partir del derecho comparado, como *publicidad abusiva* y, los perjuicios que con ella se concreten serán supuesto de responsabilidad civil del anunciante.

Esta forma de abordar la responsabilidad civil del anunciante implica la emisión de un mensaje publicitario que por su forma o contenido pueda ser calificado como abusivo; la afectación a la estructura psicosomática del consumidor y la determinación del daño psicosomático como consecuencia de la reproducción de una conducta contenida en un mensaje publicitario abusivo.

El responsable directo de la reparación del daño será el anunciante, quien solo podrá exonerarse de su responsabilidad al demostrar la configuración de la causa extraña. El responsable solidario será el medio de comunicación que actúe con dolo o culpa grave en la emisión o difusión del mensaje. Sin embargo, queda abierta la discusión para establecer la

responsabilidad de las agencias de publicidad, correspondiendo a cada fallador determinar la procedencia de la vinculación de estos profesionales en el juicio por el cual se pretenda la indemnización respectiva.

REFERENCIAS

Alessandri Rodríguez, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Ángel Yagüez, R. (2008). Fundamento de la responsabilidad civil. En Sierra Gil de la Cuesta, I. (Ed.), *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 125-170). Barcelona: Bosch

Argentina, Congreso de la Nación Argentina (1993, 22 de septiembre), “Ley N° 24.240 del 22 de septiembre de 1993, Normas de Protección y Defensa de los Consumidores”, en *Boletín Oficial*, núm. 27.744 del 15 de octubre de 1993, Buenos Aires.

Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

Argentina, Congreso de la Nación Argentina (2009, 10 de octubre), “Ley 26.522 del 10 de octubre”, en *Boletín Oficial*, núm. 31.756 del 10 de octubre de 2009, Buenos Aires.

Recuperado de <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>

Argentina, Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP) (2001). “Código de Ética y Autorregulación Publicitaria”. Recuperado de <http://www.conarp.org.ar/>

Ariza, A. (1995). Aspectos contractuales de la defensa del consumidor. *Trabajos del Centro*, (1), 123-163. Recuperado de <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/view/82>

- Barona, S. (1999). *Tutela civil y penal de la publicidad*. Recuperado de http://books.google.com.co/books?id=Nm7EUC9Fe_wC&hl=es&source=gbs_slider_cls_metadata_9_mylibrary&redir_esc=y
- Benjamín, A. H. (1995). El Código brasileño de protección de los consumidores. *Estudios sobre Consumo*, (32), 44-63. Recuperado de http://consumo-inc.es/publicac/EC/1995/EC32/EC32_03.pdf
- Brasil, Congreso Nacional (1990, 11 de septiembre), “Ley 8.078 del 11 de septiembre de 1990, dispone sobre la protección al consumidor y dicta otras providencias”, en Diario Oficial de la Unión del 12 de septiembre de 1990. Recuperado de <http://portal.mj.gov.br>
- Cabrera Martin, M. (2005). La protección del consumidor menor de edad ¿Una cuestión penal? En Lázaro González, I. y Mayoral Narros, I. (Coords.), *Infancia, publicidad y consumo. III Jornadas sobre derecho de los menores*, 177-210. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Colombia, Cámara de Representantes (2010). “Proyecto de Ley por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y se dictan otras disposiciones”. Recuperado de <http://www.notinet.com.co/pedidos/PL0892010CESTATUTOCOCONSUMIDOR.doc>
- Colombia, Congreso Nacional de la República (1996, 15 de enero), “Ley 256 de 1996, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”, en Diario Oficial, núm. 42.692 del 18 de enero de 1996, Bogotá.
- Colombia, Congreso Nacional de la República (2011, 12 de octubre), “Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, en Diario Oficial, núm. 48.220, 12 de octubre de 2011, Bogotá.

- Colombia, Consejo de Estado (2006, octubre), “Sentencia del 11 de octubre de 2006, referencia 25000232500020030231401(AP)”, M. P. Ostau De Lafont Pianeta, R. E., Bogotá. Recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconunre.asp?mindice=2003-02314>
- Colombia, Corte Constitucional (2007, mayo), “Sentencia T-391”, M. P. Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-391-07.htm>
- Colombia, Corte Constitucional (2012, julio), “Sentencia C-592”, M. P. Palacio Palacio, J. I., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-592-12.htm>
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2007, febrero), “Sentencia del 7 de febrero de 2007, referencia 23162310300119990009701”, M. P. Valencia Copete, C.J., Bogotá. Recuperado de <http://www.notinet.com.co/pedidos/csjciv23162-07.htm>
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2009, agosto), “Sentencia del 24 de agosto de 2009, referencia 11001310303820010105401”, M. P. Namén Vargas, W., Bogotá. Recuperado de <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>
- Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio, (2012a, mayo), “Concepto del 2012-05-17. Radicación número 12-054691-00001-0000”, Bogotá. Recuperado de http://docsrodas.sic.gov.co:81/DocumentosRad/NavegacionDocs/VerDocs.php?ano_radi=12&nume_radi=54691&cont_radi=&cons_radi=&Consultar=Consultar
- Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio, (2012b, julio), “Resolución número 43142 de 2012. Radicación número 12-87388”, Bogotá. Recuperado de

http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Boletines/juridico/2012/boletin%20web%20agosto%202012/vinculos%20boletin%20web%20agosto%202012/consumidor%20Cruz%20de%20Golgota%20parte%201.pdf

Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria. (2008). *Código Brasileiro de Autorregulación Publicitaria del 18 de febrero de 2008*. Recuperado de <http://www.conar.org.br/>

Días Palacio, E. (2002). Mercadotecnia y marketing en la captación del consumidor. En Gherzi, C. A. (Dir.), *Tutela del consumidor*, 73-93. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Echaide Izquierdo, J. M. y Lara González, R. (2006). *Consumo y derecho. Elementos jurídico-privados de derecho del consumo*. Madrid: Esic.

España, Jefatura del Estado (1988, 11 de noviembre), “Ley 34 de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad”, en Boletín Oficial del Estado, núm. 274 de 15 de noviembre de 1988, Madrid. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1988-26156

España, Jefatura del Estado (1991, 10 de enero), “Ley 3 de 10 de enero de 1991, de Competencia Desleal”, en Boletín Oficial del Estado, núm. 10 de 11 de enero de 1991, Madrid. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>

España, Jefatura del Estado (1996, 15 de enero), “Ley Orgánica 1 de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en Boletín Oficial del Estado, núm. 15 del 17 de enero de 1996, Madrid. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

España, Jefatura del Estado (2009, 30 de diciembre), “Ley 29 del 30 de diciembre de 2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios”, en Boletín Oficial del Estado, núm. 315 del 31 de diciembre de 2009, Madrid. Recuperado de www.boe.es/boe/dias/2009/12/31/pdfs/BOE-A-2009-21162.pdf

España, Jefatura del Estado (2010, 31 de marzo), “Ley 7 de 31 de marzo de 2010, general de la comunicación audiovisual”, en Boletín Oficial del Estado, núm. 79 del 1 de abril de 2010, Madrid. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-5292

Fernández Sessarego, C. (2014). Deslinde conceptual entre el daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 16 (5), 5-77. Recuperado de http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

Galván, R. (1995). Responsabilidad civil por publicidad comercial. En López Cabana, R. M. y Atilio, A. A. (Dir.), *La responsabilidad, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, 501-510. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Giraldo López, A., Caycedo Espinel, C. G. y Madriñán Rivera, R. E. (2012). *Comentarios al nuevo estatuto del consumidor* (1ª ed.). Bogotá: Legis.

Gramegna, S., Balarezo, N. y Miranda, J. (2013, 9 de junio). *El consumismo en Lima*. Recuperado de <http://cuestionessociales.wordpress.com/2013/06/09/el-consumismo-en-lima/>

- Graver, K. (1992). Prácticas de comercialización desleales hacia el consumidor. *Estudios sobre Consumo*, (24), 80-86. Recuperado de http://consumo-inc.es/publicac/EC/1992/EC24/EC24_07.pdf
- Gutiérrez Santiago, P. (2008). *Daños causados por productos defectuosos*. Navarra: Aranzadi.
- Josserand, L. (2009). *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis.
- Lasheras San Martín, J. (2014). El marco jurídico español de la publicidad. En Catalá, M. y Díaz, O. (Coords.), *Publicidad 360°*. Zaragoza: Ediciones Universidad de San Jorge. Recuperado de http://books.google.com.co/books?id=V_03AwAAQBAJ&pg=PT26&dq=publicidad+agresiva&hl=es&sa=X&ei=6k9UU6DTMtWhsAT484DIAQ&ved=0CGIQ6wEwCQ#v=onepage&q=publicidad%20agresiva&f=false
- López García, M. (2004). *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Recuperado de <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/>
- Lorenzetti, R. L. (2003). *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Martínez Pastor, E. (2005). La responsabilidad jurídica de los sujetos que intervienen en la ideación, ejecución y difusión del mensaje y del modo publicitario en la red. En *Información para la paz. Autocrítica a los medios y responsabilidad del público*. 3º Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información, 451-465. Valencia: Fundación COSO. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/6130/1/definitivo3.pdf>
- Martínez Ravé, G. (1996). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín: Diké.

- Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A. (1962). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (tomo 1, volumen II). Buenos Aires: Jurídicas Europa-América.
- Mosset Iturraspe, J. (2003). *Responsabilidad por daños: responsabilidad de la empresa*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Namén Baquero, J. P. y Camacho, M. E. (2006). Origen y evolución de la responsabilidad por productos defectuosos. *Mercatoria*, 5 (2). Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=emerca&page=article&op=view&path%5B%5D=2081>
- Navarro Mendizabal, I. (2005). La protección del consumidor menor de edad. En Lázaro González, I. y Mayoral Narros, I. (Coords.), *Infancia, publicidad y consumo. III Jornadas sobre derecho de los menores*, 139-175. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Nicolau, N. (2001). El MERCOSUR como Instrumento de cambio en el derecho interno: el caso de la defensa del consumidor. *Revista Cartapacio de Derecho*, 1 (1). Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs.antes.patch/index.php/ctp/article/viewFile/13/8>
- Orgaz, A. (1952). *El daño resarcible*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Osuna Acedo, S. (2008). *Publicidad y consumo en la adolescencia*. Barcelona: Icaria.
- Ovalle Favela, J. (2001). *Derechos del consumidor*. Recuperado de <http://books.google.com.co/books?id=hcZuWWBE4jAC&printsec=frontcover&dq=enga%C3%B1osa&lr=&ei=WEJU9TPOO-WsgfT-4DABA&hl=es&cd=12#v=onepage&q=enga%C3%B1osa&f=false>

Palma Álvarez Pozo, M. de la (2003). La publicidad engañosa como conducta típica del artículo 282 del Código Penal de 1995. En Sánchez Aristi, R. (Coord.), *La protección jurídica de los consumidores* (pp. 135-152). Madrid: Dykinson.

Peirano Facio, J. (2004). *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis.

Perú, Casa de Gobierno (1992, 10 de noviembre), “Decreto Ley N° 25868 de 1992, Ley de organización y funciones del instituto nacional de defensa de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual – INDECOPI”, en Diario Oficial, del 24 de noviembre de 1992, Lima. Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe>

Perú, Casa de Gobierno (2010, 1 de septiembre), “Ley número 29571 del 1 de septiembre de 2010, Código de Protección y Defensa del Consumidor”, en Diario Oficial El Peruano, núm. 10274 del 26 de junio de 2008, Lima. Recuperado de <http://www.elperuano.com.pe/PublicacionNLB/normaslegales/wfrmNormasLista.aspx>

Perú, Congreso de la República (2008, 25 de junio), “Decreto legislativo número 1044 del 25 de junio de 2008, Decreto legislativo que aprueba la ley de represión de la competencia desleal”, en Diario Oficial El Peruano, núm. 11109 del 2 de septiembre de 2010, Lima. Recuperado de <http://www.elperuano.com.pe/PublicacionNLB/normaslegales/wfrmNormasLista.aspx>

Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, (2009, marzo), “Resolución N° 022-2009/CCD-INDECOPI”, Lima. Recuperado de http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR_ListarArchivos.aspx?PFL=4&GRU=100&VALTEM=0

Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Comisión de Represión de la Competencia Desleal (2005a, abril), “Resolución N° 042-2005/CCD-INDECOPI”, Lima. Recuperado de http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR_ListarArchivos.aspx?PFL=4&GRU=100&VALTEM=0

Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Comisión de Represión de la Competencia Desleal (2005b, mayo), “Resolución N° 047-2005/CCD-INDECOPI”, Lima. Recuperado de http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR_ListarArchivos.aspx?PFL=4&GRU=100&VALTEM=0

Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Comisión de Represión de la Competencia Desleal (2005c, julio), “Resolución N° 078-2005/CCD-INDECOPI”, Lima. Recuperado de http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR_ListarArchivos.aspx?PFL=4&GRU=100&VALTEM=0

Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (2008, noviembre), “Resolución N° 185-2008/CCD-INDECOPI”, Lima. Recuperado de http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR_ListarArchivos.aspx?PFL=4&GRU=100&VALTEM=0

Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala de Defensa de la Competencia número 2, (2011, mayo), “Resolución 1296-

- 2011/SC2-INDECOPI”, Lima. Recuperado de
<http://systems.indecopi.gob.pe/buscResolucion/index.seam>
- Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala de Defensa de la Competencia número 1 (2012, agosto), “Resolución 1857-2012/SC1-INDECOPI”, Lima. Recuperado de
<http://systems.indecopi.gob.pe/buscResolucion/index.seam>
- Piedra Zamora, O. M. (2012). *Fundamentos normativos para la protección del consumidor frente la publicidad engañosa en el iter negocial* (Tesis de pregrado). Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.
- Pipaón Pulido, J. (2010). *Derechos de los consumidores y usuarios*. Valladolid: Lex Nova.
- Ramsey, W. A. (2006). Rethinking Regulation of Advertising Aimed at Children. *Federal Communications Law Journal*, 58 (2), 362-390. Recuperado de
<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1434&context=fclj>
- Ritto, G., Jalil, J. y Sosa, G. (2013). El daño moral en el derecho del consumo. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, 1 (1) .Recuperado de
<http://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/view/52>
- Rocha Pordeus, C. y Almeida, M. M. de (2013). El daño moral y su cuantificación. Un análisis de la cuestión basado en el código de defensa del consumidor Brasileño. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, 1 (1), 80-116. Recuperado de
http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2067/Da%c3%bl0_moral_Almeida_Pordeus.pdf?sequence=1
- Rodríguez del Bosque, I., Suárez Vásquez, A. y García de los Salmones, M. (2008). *Dirección Publicitaria*. Barcelona: UOC.

- Rodríguez Llamas, S. (2002). *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*. Navarra: Aranzadi.
- Saavedra Madrid, C. A. (2007). *La indemnización del daño no patrimonial*. Bogotá: Leyer.
- Sánchez del Castillo, V. (2007). *La publicidad en internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Madrid: La Ley.
- Santos Ballesteros, J. (2006). *Instituciones de responsabilidad civil* (tomo III). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Stiglitz, G. A. (1990). *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma.
- Stiglitz, G. A. y Stiglitz, R. S. (1994). *Derechos y defensa de los consumidores*. Buenos Aires: La Rocca.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil* (tomo I). Bogotá: Temis.
- Tamayo Lombana, A. (2005). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. (2004). *Derecho civil. De las obligaciones* (tomo III). Bogotá: Temis.
- Velasco San Pedro, L. A., Alonso Ledesma, C., Echabarría Sáenz, J. A., Herrero Suárez, C. y Gutiérrez Gilsanz, J. (2011). *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*. Valladolid: Lex Nova.
- Velásquez, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Veleiro Reboredo, B. (2010). *Mercado y Competencia*. Recuperado de http://books.google.com.co/books?id=LQgq_GEafiEC&printsec=frontcover&dq=mercado+y+competencia&ei=bRLQUaasLoL2UYaOgYgE&hl=es&cd=1&redir_esc=y#v=onepage&q=mercado+y+competencia&f=false

- Vilajoana Alejandro, S. (2011). *Las leyes de la publicidad. Límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Barcelona: UOC.
- Villalba Cuellar, J. C. (2012). *Introducción al derecho del consumo* (1ª ed.). Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Vítolo, D. R. (2012). *Las reformas al Régimen de Defensa del Consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Wajntraub, J. H. (2004). *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Woolcott Oyague, O. D. (2003). *La responsabilidad del productor*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez.
- Woolcott Oyague, O. D. (2007). La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 10 (19), 125-148.
Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601908>
- Yong Serrano, S. (2012). *Introducción a la responsabilidad pública y privada* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Zurilla Cariñana, M. Á. (2009). *Acciones civiles en materia de competencia desleal*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha. Recuperado de <http://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/2009/01.pdf>