

Consumidoras con vulnerabilidad agravada en Chile: una mirada desde los derechos humanos y la perspectiva de género

Female Consumers with Aggravated Vulnerability in Chile:
A Human Rights and a Gender Perspective Approach

Consumidoras em situação de desvantagem no Chile:
um olhar desde os direitos humanos e da perspectiva de gênero

ROSSANA CAÑETE DUARTE*

FECHA DE RECEPCIÓN: 31 DE ENERO DE 2023. FECHA DE APROBACIÓN: 24 DE ABRIL DE 2023

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12924>

Para citar este artículo: Cañete Duarte, R. (2023). Consumidoras con vulnerabilidad agravada en Chile: una mirada desde los derechos humanos y la perspectiva de género. *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(2), 1-31. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12924>

RESUMEN

Esta investigación analiza la vulnerabilidad agravada en el derecho del consumo. La tesis propone que es necesario incorporar un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género para poder aplicar el concepto de ‘vulnerabilidad agravada’ a las consumidoras, considerando que, bajo el paradigma de la discriminación estructural, las mujeres constituyen un grupo desaventajado. La discriminación estructural contribuye conceptualmente a determinar las ‘experiencias totalizantes’ como propuesta teórica a las experiencias chilenas que afectan el interés colectivo de las consumidoras.

Palabras clave: consumidoras con vulnerabilidad agravada; derechos humanos de las mujeres; derecho del consumo.

* Abogada; licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción (Chile); máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante y Palermo (Italia). Correo electrónico: caneteduarte.r@gmail.com

ABSTRACT

This research analyzes the aggravated vulnerability in consumer law. The thesis proposes that it is necessary to incorporate a human rights approach and a gender perspective in order to apply the concept of 'aggravated vulnerability' to female consumers, considering that, under the paradigm of structural discrimination, women constitute a disadvantaged group. Structural discrimination conceptually contributes to determining 'totalizing experiences' as a theoretical proposal for Chilean experiences that affect the collective interest of women consumers.

Keywords: Female consumers with aggravated vulnerability; human rights of women; consumer law.

RESUMO

Esta pesquisa analisa a vulnerabilidade agravada no direito do consumidor. A tese propõe que é necessário incorporar uma abordagem de direitos humanos e a perspectiva de gênero, a fim de aplicar o conceito de 'vulnerabilidade agravada' às consumidoras, considerando que, sob o paradigma da discriminação estrutural, as mulheres constituem um grupo desfavorecido. A discriminação estrutural contribui para determinar conceitualmente as 'experiências totalizantes' como proposta teórica para as experiências chilenas que afetam o interesse coletivo das consumidoras.

Palavras-chave: consumidoras em situação de desvantagem; direitos humanos da mulher; direito do consumidor.

Introducción

El presente artículo toma como presupuesto la teoría crítica feminista del derecho como herramienta metodológica que permite una mejor contextualización y análisis de las vulneraciones que puedan ocurrir en la realidad material de las mujeres, niñas y adolescentes, en adelante tratada bajo la fórmula general ‘mujeres’, como grupo históricamente desaventajado extensivo al derecho del consumo. En respaldo a lo expuesto, se tendrán en consideración los estándares internacionales de los derechos humanos de las mujeres que reconocen mediante diversos instrumentos la discriminación de género y la discriminación estructural como conceptos útiles en el marco de la protección de derechos.

Incardinado en lo anterior, el orden en que será abordado el concepto de “vulnerabilidad agravada” y su irrupción en el derecho del consumo como un hecho relativamente reciente será, primero, desde una aproximación general de carácter conceptual; luego, por la doctrina en torno al fenómeno de la vulnerabilidad en el derecho del consumo, los estándares internacionales que la reconocen, los modelos de determinación de la vulnerabilidad agravada; y, como corolario, la situación de Chile en este punto.

Por último, basándonos en el derecho antidiscriminatorio, el término discriminación estructural, dada su evolución propia en el derecho internacional de derechos humanos, será el elemento conceptual que permitirá teorizar y determinar de mejor manera las experiencias totalizantes acaecidas en el derecho del consumo relativas a afectaciones colectivas de mujeres en calidad de consumidoras en situación de vulnerabilidad y de desventaja.

La necesidad de contar con una teoría crítica feminista del derecho

Tanto el derecho como el género constituyen una construcción sociocultural situada en tiempo y lugar. La distinción de Ann Oakley (1972) entre sexo y género ha sido utilizada por las autoras feministas como una categoría válida para comprender que la subordinación de las mujeres ha sido una construcción social no justificada desde la biología.

El derecho, por otro lado, construye discursiva y prácticamente una forma de entender el género (Sepúlveda, 2020), proyectándose como un reflejo de cómo se estructura el poder y, por ende, el producto institucional de una sociedad determinada.

Esta disciplina —como tantas otras del quehacer humano—, bajo la apariencia de neutralidad, se ha encargado de reproducir y hacer permanecer roles estereotipados para hombres y mujeres, así como también de recoger bajo un lenguaje jurídico la naturalización de ‘costumbres sociales’, ‘tradiciones’ o ‘sentido común’, evidenciándose a lo largo de la historia del derecho un androcentrismo jurídico, esto es, que el parámetro que ha existido para el derecho moderno ha sido el hombre como la experiencia relevante para la regulación de la vida en sociedad (Facio & Fríes, 1999). El sujeto de derechos, por ende, es una abstracción que solo mira a un tipo de hombre como paradigma y obvia diversas situaciones de la realidad material, tanto de la mujer como de otros grupos o colectivos en manifiesta opresión.

Por otro lado, el derecho intenta aparentar que ambos géneros tienen los mismos derechos, libertades, cuestión que en la *praxis* dista de la realidad (Sepúlveda, 2020), pues ha sido en gran medida un buen método de conservación del *status quo* de la desigualdad.

Desde luego, la actividad interpretativa tampoco ha estado exenta de los mismos vicios del androcentrismo jurídico y sentido común patriarcal del propio intérprete en casos que afecten a mujeres u otros grupos desaventajados en un caso concreto.

El feminismo jurídico¹ como teoría crítica del derecho, siguiendo a Facio (2000), “debe pretender efectuar un cambio radical de perspectiva respecto de las teorías tradicionales en la observación del fenómeno jurídico. El derecho debe vincularse con los procesos histórico-sociales en permanente transformación. Debe no sólo describir al objeto derecho, sino que, al hacerlo, lo debe afectar” (p. 205).

Es así como la teoría feminista ha contribuido a develar las diversas formas de opresión, discriminación y exclusión que sufren las mujeres,

¹ Aquí se advierte que el alcance del feminismo jurídico no es reducirlo a la existencia de un solo feminismo jurídico, sino, por el contrario, se ha querido tomar al *iusfeminismo* como una teoría crítica del derecho en un sentido amplio y sin perjuicio de determinadas corrientes que en torno a ella se hayan construido.

junto con otros grupos o colectivos en desventaja en las diferentes esferas del quehacer social, vertebrando una reinterpretación de la realidad con base en la categoría de análisis sexo/género, e incorporando de paso una variable metodológica y de análisis necesaria para la incorporación de medidas de corrección o de ajuste que garanticen efectivamente el avance hacia una igualdad material en diversas esferas.

Dentro de la teoría crítica feminista, la interseccionalidad aporta una contextualización del cómo en ciertas situaciones pueden configurarse formas de discriminación más gravosas en las que se combinan diferentes factores (raza, clase, origen, educación), de manera tal que sea más que la mera suma de motivos o razones.

Por último, en otro orden de postulados críticos, esta investigación adscribe además a la superación de la mirada normativista del derecho. En efecto, el análisis propuesto incorpora, además, la idea del derecho como práctica social, en confrontación al derecho como concepto y sistema, es decir, como un estado de cosas de la realidad ya dada o estática (Atienza, 2017).

Conceptos del derecho internacional de los derechos humanos: discriminación de género y discriminación estructural de género

El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido el principio de igualdad y no discriminación como uno de sus principios fundamentales, llegando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a considerar que constituye un principio *jus cogens* (Nash & David, 2010, p. 167).

En el sistema internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en sus artículos 1º y 2º, consagra el principio de igualdad y no discriminación; posteriormente, estos fueron reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 3º) y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3º) en el año 1966. Dichas convenciones reconocían a su vez la igualdad entre hombres y mujeres. De todas maneras, y debido a la construcción androcéntrica del derecho internacional –tal como

supone la teoría crítica feminista, expuesta en el primer apartado— la comunidad internacional reconoció la situación de la mujer como sujeto de vulneraciones sistemáticas y proporcionó instrumentos internacionales específicos que consagraran, protegieran y garantizaran los derechos humanos de las mujeres (Frías & Lacrampette, 2013, p. 55). En virtud de lo anterior, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por su sigla en inglés, 1979), en su artículo 1º, define la expresión de discriminación contra la mujer como “[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Asimismo, el artículo 2º del mentado instrumento mandata o exige a los Estados parte condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convenir una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, adoptar medidas legislativas con sanciones y establecer la protección jurídica y una tutela efectiva de los derechos de las mujeres sobre una base de igualdad.²

Finalmente, sobre este punto, el artículo 13 a y b de la CEDAW expresa que “los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) el derecho a prestaciones familiares; b) el derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero”.

² La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, dispone en el artículo 2º: “Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se comprometen a: [...] b) adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; [...] f) adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.

Lo relevante de la convención es que no solo se centra en la igualdad formal e individual, sino que reconoce que la situación de discriminación en que se encuentran las mujeres no requiere únicamente la eliminación de barreras formales, además requiere algo más, la igualdad sustantiva. Así, la Recomendación General 28 del Comité CEDAW reconoce que “el término ‘discriminación en todas sus formas’ obliga claramente al Estado parte a estar alerta y condenar todas las formas de discriminación, incluso aquellas que no se mencionan en forma explícita en la convención o que puedan aparecer con posterioridad” (Comité CEDAW, 2010, párr. 15). A su vez, señala que

los Estados partes tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir el derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación y hacer efectivo su derecho a la igualdad *de jure* y *de facto* o sustantiva con el hombre. Los Estados partes deberán asegurar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer. Se entiende por discriminación directa contra la mujer la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género. La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra. Además, la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre (Comité CEDAW, 2010, párr. 16).

Pese a que la CEDAW, como instrumento internacional, reconoce la discriminación de género, Iriarte (2018) en este punto sostiene que la noción de discriminación establecida se sustenta en la defensa de los derechos y libertades desde una concepción aún formalista (p. 65).³ Por otro lado, la Recomendación General 33, adoptada en el año 2015, por

³ Es la Cuarta Conferencia Mundial de las Mujeres, celebrada en Beijing en 1995, en que se reconoce que violencia contra la mujer es “todo acto de violencia basado en el género” (párr. 113).

el Comité CEDAW, se refirió a los obstáculos y restricciones que impiden acceder a la justicia en condiciones de igualdad:

Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no se ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres (Comité CEDAW, 2015, párr. 3).

Desde la doctrina, Añón (2010) indica que en la cultura jurídica predomina la igualdad de trato sin distinguir la igualdad de estatus. Este último término entendido en un sentido amplio como conjunto de oportunidades, recursos y poder que, *grosso modo*, estructuran el orden social (p. 132).

La noción formal de igualdad concibe a las personas en función del posicionamiento individual, con parámetros objetivos y funcionales que no se relacionan con la posición que las personas ocupan en la sociedad y la realidad social (Nash & David, 2010, p. 173); en cambio, la noción de discriminación estructural se refiere a la situación que experimentan grupos o colectivos de la sociedad que, debido a las prácticas sociales, institucionales y culturales, “no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad” (Nash & David, 2010, p. 173). En el mismo sentido, Roberto Saba (2005) entiende que la discriminación estructural configura aquellas situaciones en las que la igualdad formal no tiene injerencia, debido a que existen situaciones de hecho entre las personas, que surgen “a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento”, en que tanto las nociones de igualdad como de diferencias arbitrarias carecen de razonabilidad y objetividad, no permitiendo que las personas accedan y gocen de los derechos en igualdad de condiciones (p. 125).

Así expuesto, es dable plantear el concepto de discriminación estructural para aludir a la realidad de discriminación sistemática que viven grupos determinados producto de la estructuración del orden social, importando una mirada colectiva de un grupo desaventajado

en su conjunto. Es más, las autoras Barrère y Morondo (2011) han conceptualizado una categoría todavía más específica llamada “subdiscriminación”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), mediante la Observación General 20, adoptada en el año 2009, a propósito de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de la premisa del mismo instrumento, indicó que “[...] el crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación” (Comité DESC, 2009, párr. 1).

En este punto, la observación aborda el término de la discriminación sistémica en el siguiente sentido:

12. El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros (Comité DESC, 2009, párr. 12).

En ese mismo orden de ideas, las mujeres constituyen un grupo que, debido a la existencia de relaciones de poder y subordinación en relación con los hombres, tal como se reconoce en el preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), se encuentra en una posición de discriminación estructural.

Por lo anterior, la noción de discriminación estructural constituye un elemento conceptual útil para determinar, en sede de consumo, la aplicación del calificativo de ‘vulnerabilidad agravada’ en el caso en que estén comprometidos los derechos de las consumidoras, como se verá en los siguientes apartados.

Las mujeres como grupo desaventajado en la sociedad de consumo

El caso de las mujeres corresponde históricamente a un grupo desaventajado y excluido de las decisiones de la vida pública y política, tal como lo han hecho saber los diversos movimientos feministas en todo el mundo, que en su mayoría están basadas en factores sociales, económicos, políticos y culturales incrustadas y reproducidas en el consciente e inconsciente colectivo de una sociedad determinada.

Siguiendo a Mendieta (2018), la utilización del término “grupo desaventajado”, caracterizado principalmente por un sometimiento histórico en el tiempo para determinado grupo social, es útil para el tratamiento de la vulnerabilidad agravada. Además, es perfectamente aplicable al grupo mujeres y aporta una dimensión colectiva que permite la preparación de casos en que esté comprometido el interés supraindividual de las consumidoras en situación de vulnerabilidad y de desventaja.

Adicionalmente, en materia económica, ningún sistema económico actual tiene suficientemente resueltas o erradicadas las condiciones de precariedad, pobreza y marginación de muchas mujeres marcadas por la incompatibilidad de la vida productiva o remunerada con las labores de cuidado y domésticas de trabajo no remunerado, como una carga histórica que reside principalmente en ellas.

Si bien el aspecto económico es tan solo una dimensión desde la que es posible visibilizar la situación de las mujeres en una sociedad de consumo, y pese a que es cierto que los contextos culturales, geográficos, de acceso a justicia, etarios, entre otros, pueden ser factores directos en una situación de vulnerabilidad agravada, la pandemia ocasionada por el brote y propagación de la cepa del Covid-19 ha remecido las economías resucitando de paso dilemas que han profundizado la desigualdad e inequidad de género, particularmente en torno a la autonomía económica de las mujeres, cuyos factores relevantes se deben primordialmente a la división sexual del trabajo, a la perpetuación de patrones culturales patriarcales y a la concentración del poder, según el informe especial de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal, 2021).

Así, la fuerte contracción económica precarizó las condiciones laborales de las mujeres, retrocediendo, de acuerdo con estudios empíricos,

diez años en su participación en el mundo laboral, profundizando la desigualdad estructural de su participación en el mercado del trabajo remunerado, manifestándose principalmente en la sobrerrepresentación en el empleo informal, menores niveles de ingresos, menor acceso a la seguridad y protección social, y, finalmente, sobrecarga en el trabajo no remunerado y de cuidados (Cepal, 2021).

Otro elemento preponderante en torno a la dimensión económica dice relación con la sobrerrepresentación de las mujeres en hogares pobres,⁴ que levanta otro fenómeno problemático que se agrega a la agenda política de los países, relativo a la feminización de la pobreza, particularmente en Latinoamérica y el Caribe.

Ciertamente, aproximaciones empíricas y teóricas nos advierten que, más allá del elemento intencional de causar o no daño, en el mercado los proveedores ejecutan diversas formas de discriminación económica a las mujeres de forma estructural. Así, estudios del Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), la agencia estatal de protección en Chile de los derechos de los consumidores, en su informe sobre la Encuesta de Mujer y Consumo (2021b), confirman que los motivos de discriminación en su mayoría expresados por las propias mujeres están referidos, por ejemplo, en materia financiera al momento de solicitar un crédito de consumo, crédito hipotecario, o el establecimiento de trabas en la etapa precontractual para la contratación de un servicio financiero. En materia publicitaria se identifica la publicidad sexista, así como el pago extra de ciertos productos que tienen una característica ‘femenina’ para el mercado, conocido como el impuesto de género, entre otros.

Lo certero en este punto es que el proveedor actúa en el mercado ofreciendo tanto productos como servicios bajo estereotipos de género o sesgos que permiten ir consolidando negativamente prácticas comerciales que tienen como base paradigmas culturales arraigados en un espacio y tiempo determinado en desmedro de las mujeres en la esfera

⁴ Una caída del PIB del 7,7% en América Latina y un aumento del desempleo de 10,4 puntos porcentuales (asumiendo las mismas tasas de participación de 2019) tendrían un efecto negativo sobre los ingresos de los hogares. Si se considera la sobrerrepresentación de las mujeres en los hogares pobres, alrededor de 118 millones de mujeres latinoamericanas vivirán en situación de pobreza (Cepal, 2021).

económica y en muchos casos, como se ha advertido, a costa del estado de necesidad en que se encuentran.

Esta manera de percibir la experiencia de las mujeres en materia económica permite particularizar las experiencias específicas en este ámbito que hacen necesario el levantamiento y análisis que podría ocasionar un daño efectivo apreciado como grupo desaventajado y significará un dispositivo útil para engarzarlo con el concepto de vulnerabilidad agravada en casos en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de las consumidoras, bajo el entendido de que estamos ante un grupo discriminado estructural y sistemáticamente.

La vulnerabilidad inmersa en la naturaleza tutelar del derecho del consumo: aproximaciones generales

El asentamiento de una economía de libre mercado, junto con sus repercusiones o fallas observables, acentuadas por la pandemia de la cepa Covid-19 a nivel mundial, ha evidenciado que una de sus tantas estrategias consolidada y permanente es la actual sociedad de consumo. Esta ha contribuido a sentar las bases de una cultura cuyas prácticas sociales se centran en el acto de consumo como una forma de disciplinamiento social gracias al fenómeno de la globalización (Carosio, 2008), afianzándose en la totalidad de las sociedades occidentales.

Por otro lado, el *homo economicus*, como modelo de comportamiento humano, construyó teóricamente a un ser humano racional, que supuestamente escogía bajo la premisa de la maximización de la riqueza a un menor costo. Con todo, en el marco de la sociedad actual, altamente afectada por las estrategias de *marketing*, de los adelantos tecnológicos y de los algoritmos, capaces de predecir o sugerir la 'opción preferible' en tomas de decisiones de la vida cotidiana de una persona, surge *a priori* un cuestionamiento en el siguiente sentido: ¿la racionalidad humana predicada bajo esta teoría nos sitúa en igualdad de condiciones frente al proveedor y ante un modelo económico específico?

El derecho del consumo, como disciplina jurídica autónoma, de naturaleza tutelar, se aparta del derecho decimonónico y toma como presupuesto la vulnerabilidad estructural en que se encuentra el

consumidor frente al proveedor, la cual se ve manifestada, *grosso modo*, a nivel técnico, jurídico o científico, socioeconómico, psicológico, informativo, de acceso a la justicia, de necesidad biológica, política y ambiental (Barocelli, 2020).

Es por ello que el paradigma de la conmutatividad en materia contractual, la igualdad formal entre las partes en la etapa negocial, así como la autonomía de la voluntad como principios generales del derecho común, no se condicen con la realidad en la era de la masificación de bienes y servicios en que la capacidad negocial del consumidor disminuye y la asimetría de información está del lado del proveedor. Este quiebre con el derecho común posiciona al estatuto de consumo como una disciplina cuyo espíritu expansivo propio debe propender hacia una humanización del mercado.⁵

Aproximaciones generales en torno a la noción de vulnerabilidad

La vulnerabilidad proviene del latín *vulnerabilis*, que es definida como quien puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente (RAE, 2022). Desde luego, la introducción de dicho concepto en el derecho está lejos de ser unívoca y permanente.

Siguiendo las distinciones de Lydia Feito (2007), una caracterización preliminar apunta, desde una dimensión antropológica, a una condición humana que tiene como premisa el reconocimiento de un proyecto existencial cuya fragilidad está sujeta siempre a nuestra propia muerte, esto es, la vulnerabilidad como una condición de hecho inherente al ser humano.

Otra dimensión apunta a la vulnerabilidad vista como un fenómeno sociopolítico, respecto de ciertas condiciones de hecho desfavorables que exponen a las personas, grupos o colectivos determinados a mayores riesgos, debido a situaciones de falta de poder o control (Feito, 2007).

En un tercer término, se ha tratado como una posibilidad o exposición al daño. Miguel Kottow (2012) propone llamar vulnerabilidad a esta circunstancia, es decir, toma el concepto como daño potencial en confrontación a la vulneración como daño instalado.

⁵ En este sentido, Calahorrano (2021).

En un cuarto término, existe la denominada teoría de las capas, acuñada por Florencia Luna, que versa sobre la idea flexible de que algo puede ser múltiple y diferente, y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa, no existiendo en este sentido una sola y única forma de vulnerabilidad.

Para el caso de las mujeres, la autora referida razona en el siguiente sentido:

Puede decirse que ser una mujer no implica *per se* que esa persona sea vulnerable. Las mujeres que viven en países industrializados generalmente son respetadas, pueden estudiar, trabajar y elegir su plan de vida. En cambio, las mujeres que viven en países intolerantes a los derechos reproductivos adquieren una primera capa de vulnerabilidad. Sin embargo, es diferente la situación de una mujer con educación y recursos que puede superar algunas de las consecuencias de la intolerancia a los derechos reproductivos: ya sea porque tenga la capacidad socioeconómica de comprar anticonceptivos adecuados, como, por ejemplo, aun si debe recurrir a un aborto ilegal (Luna, 2008, p. 8).

Ahora bien, en atención al objeto de este trabajo, importa tener en consideración esencialmente la que dice relación con las condiciones del medio y que se encuentra en una situación de mayor susceptibilidad al daño (Feito, 2007) o, incluso, que ya lo ha sufrido.

Es por lo anteriormente expuesto que el abordaje de la vulnerabilidad, amalgamado con la caracterización de las mujeres en el mundo de la economía y el consumo, se relaciona, a grandes rasgos, directamente con la vulnerabilidad desde una perspectiva sociopolítica.

Si bien diversas disciplinas se han abocado a esta temática, es relevante tener en cuenta que una mirada de la vulnerabilidad como fenómeno social profundiza las condiciones desfavorables, de exposición a ciertas personas, grupos o colectivos a mayores riesgos respecto de situaciones de falta de poder, control, o la imposibilidad de cambiar las circunstancias, lo que deja en situación de desprotección a ciertas personas, grupos o colectivos (Feito, 2007).

El derecho, hasta ahora, se ha ocupado principalmente de la vulnerabilidad en un sentido sociopolítico. En esta línea, existe también

cierta doctrina que ha denominado a la “hipervulnerabilidad” o “vulnerabilidad agravada” a dos o más vulnerabilidades que se intersectan en una misma persona (Issler, 2022, p. 13).

Construcción dogmática de la categoría de vulnerabilidad agravada en el derecho del consumo

A la vulnerabilidad descrita en el apartado precedente, el derecho del consumo toma la vulnerabilidad estructural para otorgar tutela especializada al consumidor. No obstante, “existe cierto umbral que va más allá de lo que ya reconoce este estatuto y que han sido caracterizadas como situaciones específicas de personas consumidoras, en que se ve incrementada la vulnerabilidad estructural, yendo más allá de aquello que puede concebirse como racional dentro de las prácticas comunes en el mercado” (Calahorrano, 2021, p. 11).

La profesora Sandra Frustagli viene a indicar que los inicios del estudio del concepto de “hipervulnerabilidad”⁶ por parte de la doctrina fueron comenzados por Ghidini hacia fines de la década de los setenta, utilizando la expresión “sotoconsumatori” para subrayar la necesidad de atender a ciertos desequilibrios o diferencias de condiciones perceptibles dentro de la propia categoría de consumidor. Aunque al considerar esas diferencias, este autor puso especial énfasis en situaciones de desventaja económica que dificultan o impiden el acceso al consumo (Frustagli, 2016). Para la autora, dicha formulación teórica inicialmente abordada no resulta adecuada, pues hace referencia a la categoría de “infraconsumidor” (Frustagli, 2016).

Sin embargo, el dilema es simplemente excluido de la ocupación doctrinaria por no ser parte de un calificativo adecuado a la noción de “vulnerabilidad agravada”. Pero, más allá del análisis de una categoría específica, como podría ser la clase socioeconómica, brecha digital, ubicación geográfica, de acceso a la justicia, cuestiones culturales, sigue siendo relevante problematizar cierto halo de penumbra para el caso

⁶ La doctrina argentina toma este término para referirse a la vulnerabilidad agravada. En la comunidad internacional se han preferido los conceptos de consumidores con vulnerabilidad agravada.

de las personas infraconsumidoras que no logran tener acceso a ciertos bienes y servicios, particularmente respecto de ciertos servicios básicos como un mínimo de bienestar en la sociedad actual, siendo azaroso aun su abordaje.

En otro aspecto, la comunidad jurídica internacional ha manifestado la necesidad de reconocer que ciertos grupos o colectivos son atravesados por vulnerabilidades que los posicionan en una situación que excede a la abstracción del ser promedial definido como consumidor medio,⁷ lo que en definitiva ha significado que la dogmática jurídica como tendencia internacional haya creado una categoría jurídica de consumidor que traspasa ese umbral, denominado consumidor con vulnerabilidad agravada, el que ha sido caracterizado como

aquellos que, por su edad, estado de salud, escaso nivel cultural o carencias económicas pueden ser objeto de abusos aún mayores. Se trata pues de consumidores especialmente frágiles o más débiles que la media, a los que a la vulnerabilidad estructural en que se encuentran situados los consumidores en el mercado se le suma otra vulnerabilidad, vinculada con su condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural. Son ejemplos de dicha categorización las personas en situación de vulnerabilidad o exclusión social, los niños y adolescentes, las personas con padecimientos mentales, los adultos mayores, las personas analfabetas, los turistas, las personas trans, los miembros de pueblos indígenas y las personas con discapacidad, entre otros (Barocelli, 2020, p. 13).

Cabe precisar que la categoría de consumidora con vulnerabilidad agravada ha sido reconocida en el derecho internacional, particularmente en las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor aprobadas en el año 1985 y sus

⁷ Esta investigación no hace sinónimas la noción de ‘consumidor medio’ con el de ‘consumidor racional’, pues la fuente que incorpora mediana racionalidad en el consumidor medio proviene de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que define al consumidor medio como “razonablemente bien informado y razonablemente atento y perspicaz” (párr. 18).

actualizaciones,⁸ que han efectuado expresa mención a los consumidores en situación vulnerable y de desventaja. Además, la Resolución 36/19, que, con el ánimo de armonizar las legislaciones en materia de consumo, en el ámbito del Mercado Común del Sur (Mercosur), en su numeral 6, consagra el principio de protección especial para consumidores en situación de vulnerabilidad y desventaja.

Por ende, es innegable que esta categoría jurídica viene a diferenciarse de lo que la doctrina ha denominado la categoría de consumidor medio o de la tipicidad del consumidor definido legalmente suficientemente identificado en una relación de consumo.

Como se verá, la definición legal de consumidor medio no resulta adecuada para su aplicabilidad en ciertas situaciones, en atención a que su justificación subyacente no considera otras razones de relevancia. Sobre esto, se advierte que un consumidor con vulnerabilidad agravada versus un consumidor medio no serían categorías de consumidores opuestas,⁹ sino que este último introduce principios que no logran ser tenidos en cuenta en el balance de razones justificativas que la norma contempla para su aplicabilidad, siendo una categoría diversa a la aplicación general de la definición legal contenida en una norma de consumo.

Visto en perspectiva, la introducción del concepto “vulnerabilidad agravada” en el derecho como concepto jurídico indeterminado es una cuestión que sigue siendo una característica jurídica de los sistemas tradicionales. Así, a modo de ejemplo, es posible encontrar términos tales como “discriminación”, “honor” y “dignidad” (Ródenas, 2012).

Antes de la regulación legal expresa en determinados sistemas jurídicos internos,¹⁰ la doctrina aludía al derecho implícito¹¹ para la

⁸ En este sentido, las directrices fueron inicialmente aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 39/248, del 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su Resolución 1999/7, del 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la misma Asamblea General en su Resolución 70/186, del 22 de diciembre de 2015 (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2016, p. 3).

⁹ No se pretende mirar ambas categorías en forma de antítesis, puesto que en este punto se incurriría en un paralogismo de ‘falsa oposición’.

¹⁰ En este sentido, el profesor Wajtraub (2020) acepta la idea de que su reconocimiento puede, incluso, ser de forma implícita con base en fundamentos dogmáticos.

¹¹ La expresión “norma implícita” es comúnmente usada en el lenguaje jurídico para referirse indistintamente a la clase de las normas no expresas: o sea, las normas carentes de

construcción jurídica del calificativo de “vulnerabilidad agravada”. Desde otra óptica, y en el supuesto de la ausencia de regulación legal expresa, el problema podría encuadrarse en la especie como una laguna de reconocimiento dentro del sistema jurídico, entendida como la falta de determinación semántica en que resulta dudoso si el caso individual o menos general resulta subsumible en una norma que regula un caso genérico (Ródenas, 2012), ya que propone la tratativa de la “vulnerabilidad agravada” y que la diferencia de la definición legal de persona consumidora.

Modelos de determinación de la vulnerabilidad agravada reconocidos en doctrina

En lo que atañe a los modelos de determinación de la vulnerabilidad agravada en la dogmática del derecho del consumo, pueden distinguirse tres modelos de determinación: uno que comienza de la premisa de que el derecho reconoce a ciertos colectivos o individuos como merecedores de tutela *in abstracto* —como sostiene el profesor Barocelli (2020)— sin atender a situaciones particulares con el fin de darle la certeza jurídica en calidad de *iure et de iure*. Por lo tanto, a modo de ejemplo, en sede consumeril, las personas adultas mayores son consumidores con vulnerabilidad agravada, por el solo hecho de ostentar dicha calidad (Barocelli, 2020).

Este modelo formal tiene como elemental ventaja la certeza jurídica de que cierto grupo, colectivo o persona en calidad de hipervulnerable va a estar sujeto a la hipótesis de hecho o categorías de grupos o circunstancias que la norma jurídica entienda como tal (Issler, 2022, p. 21).

No obstante, la propia presunción defendida por cierta doctrina conlleva situaciones de sobreinclusión, alcanzando a personas que no se encuentren en la posición de vulnerabilidad agravada y, eventualmente, de subinclusión (Issler, 2022, pp. 26-27).

Como segundo modelo, el valorativo alude básicamente al caso concreto, particularmente si una o más características conducen en los

formulación en los textos normativos (dicho de otro modo, las normas que no pueden ser re-conducidas a precisas disposiciones normativas en cuanto significados de estas) (Guastini, 2011).

hechos a la desigualdad material (Issler, 2022, p. 27). Sin embargo, por ser el modelo opuesto al formal, no otorga certeza jurídica al momento de su determinación, es por ello que la desventaja que presenta dice relación con la relatividad en que deja a un operador jurídico ante un caso concreto y el juicio de racionalidad que utilice para este.

Un tercer modelo considera que podría establecerse una mixtura que se lograría mediante la introducción de elementos valorativos a un mecanismo formal inicial (Issler, 2022, p. 29).

En todo caso, la propuesta teórica de esta investigación está construida a partir de casos reales que afectaron a mujeres en calidad de consumidoras como colectivo, esto es, desde la experiencia, más que por los modelos de determinación como aporte doctrinario.

Tratamiento de las consumidoras con vulnerabilidad agravada en Chile

En Chile, una manifestación de la naturaleza tutelar del derecho del consumo se ve expresada en el artículo 4° de la Ley 19496 (LPDC), en la que establece la irrenunciabilidad de derechos como norma de orden público en la materia.

El estatuto de consumo no reconoce expresamente la “hipervulnerabilidad” o “vulnerabilidad agravada”,¹² ni consagra principios, y dicha razón radica, *grosso modo*, en la faz infraccional sobre la que descansa dicho cuerpo normativo. Empero, el Servicio Nacional del Consumidor,¹³ haciendo uso de su facultad interpretativa,¹⁴ para fijar el sentido y alcance

¹² La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2021), en el *Examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de protección del consumidor de Chile*, recomendó a dicho Estado que se incluyera —en el marco del frustrado proceso constituyente— la garantía constitucional de protección a los derechos de los consumidores y, además, emprender una estrategia coordinada entre los diversos organismos de la administración del Estado para la protección de los consumidores, con especial atención en los consumidores vulnerables como parte de la política de Estado.

¹³ El artículo 58 de la LPDC prescribe lo siguiente: “El Servicio Nacional del Consumidor deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor [...]”, del que fluye la competencia general del Sernac como agencia estatal para velar por la protección de los derechos de las y los consumidores.

¹⁴ Cabe mencionar que, con la entrada en vigencia de la Ley 21081, el Sernac fue investido de la potestad interpretativa, consagrada en el artículo 58, inciso 2, letra b), en los siguientes términos: “[...] Interpretar administrativamente la normativa de protección de

de normas jurídicas o prácticas sociales relevantes para el derecho del consumo mediante circulares interpretativas, incorporó la circular sobre la noción de “hipervulnerabilidad”, contenida en la Resolución Exenta 1038 de fecha 31 de diciembre de 2021, cuya construcción estuvo sustentada en la Constitución Política de la República de Chile, particularmente en el principio de igualdad, tratados internacionales vinculantes, doctrina, derecho comparado y legislación relacionada para enarbolar la noción de hipervulnerabilidad en las personas consumidoras.

Por otro lado, utiliza criterios diferenciadores de tipo endógeno, conceptualizado como aquel que es preexistente a la relación de consumo; de tipo circunstancial, como aquel que se produce por la interacción de ciertos consumidores con ciertos mercados; y situacional, para clarificar que la vulnerabilidad no requiere características personales, sino que la hacen determinadas circunstancias. Sobre estos criterios el Sernac (2021a) utiliza el calificativo “hipervulnerable”, en el que solo a modo ejemplificativo describe someramente situaciones de vulnerabilidad agravada (pp. 8-11).

La argumentación respecto de las normas de consumo por parte del Sernac estuvo sostenida a partir del artículo 3º, inciso 1, letra c) de la LPDC, que impone la obligación del proveedor de no discriminar arbitrariamente a los consumidores. También, el artículo 24 de la LPDC, que considera como circunstancia agravante la siguiente: “Haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad”.

Del mismo modo, el artículo 24, inciso 7, de la LPDC es una manifestación del reconocimiento a la categoría en análisis, pues establece entre los criterios que el juez deberá considerar para determinar el monto de las multas impuestas por las infracciones, según dispone el texto legal, parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor y el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima.

Por otro lado, el Servicio acude al artículo 50H, inciso 5, de la LPDC, en materia de juicios de interés individual, para colocarla como otra

los derechos de los consumidores que le corresponde vigilar. Dichas interpretaciones solo serán obligatorias para los funcionarios del Servicio”.

manifestación del calificativo de “hipervulnerabilidad”, pues faculta al juez a considerar la disponibilidad y facilidad probatoria que tenga cada parte en el juicio para distribuir la carga probatoria.

Con todo, como es de saber, pese a que la construcción tiene en cuenta la igualdad y la no discriminación como eje esencial en el desarrollo argumentativo, no se puede obviar el dilema de la igualdad de *iure* y la desigualdad *de facto*, lo que ha implicado que se generen diversas posturas críticas en torno a la igualdad formal y la no correspondencia entre una norma jurídica y la realidad.

En suma, el reconocimiento del calificativo de consumidor con vulnerabilidad agravada en Chile es un hecho institucional indiscutible hoy. Sin embargo, el abordaje de esta noción es genérico, no analiza a la mujer como grupo desaventajado en concreto ni perfila casos paradigmáticos que permitan fijar una práctica o técnica interpretativa llevada a cabo de manera más específica.

En cuanto a los estándares para el caso de las mujeres en calidad de consumidoras llevados a un caso concreto, los criterios diferenciadores de carácter endógeno principalmente, en el que se coloca de ejemplo la categoría género, por ser una situación preexistente al consumo, en sí no aportan claridad de todo el proceso racional de aplicación cuando corresponde a un caso concreto al grupo mujeres, pues en cierta medida no emplean dentro de su técnica interpretativa la discriminación estructural.

Ello advierte la necesidad de que sea considerado como un caso paradigmático, toda vez que se erige como un grupo desaventajado reconocido en la comunidad internacional y nacional, especialmente en su arista colectiva.

Experiencias totalizantes de consumidoras con vulnerabilidad agravada

Centrándonos en la experiencia chilena, la protección de los intereses supraindividuales, referida a las acciones de protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, normado en el título IV, “De los procedimientos a que da lugar la aplicación de esta ley”, párrafo 3, “Del

procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores”, de la LPDC, son acciones que, además de estar marcadas por la trascendencia social en un territorio determinado, guarda como rasgo distintivo su naturaleza “indivisible”, que, según Barbosa (1992), significa “que los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, lesión de la entera comunidad” (p. 235).

Si bien las acciones colectivas y de interés difuso provienen del mismo fenómeno jurídico, los criterios diferenciadores entre una y otra, de acuerdo con la propia norma de la LPDC, “son la extensión y la determinación de los sujetos interesados, al que puede agregarse el de la vinculación entre los miembros del grupo o de la colectividad interesada” (Aguirrezabal, 2006, p. 87). Por ende, una acción es de interés colectivo en el evento que los miembros del grupo son determinados o determinables; y, por otro lado, una acción es de interés difuso si se trata de un conjunto indeterminado de consumidores afectados, tal como dispone el artículo 50, inciso 5, de la LPDC.

Cabe tener en consideración para este tipo de casos el artículo 2 bis de la LPDC, que fija el ámbito de aplicación para aquellos casos no regulados por “normas especiales”:

No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo:

- a) en las materias que estas últimas no prevean;
- b) en lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y
- c) en lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.

Luego, la disposición transcrita sin duda, pese a su compleja redacción, abre la puerta para que todo lo que sea una relación de consumo y que no tenga una ley de procedimiento “especial” para la indemnización del daño o sea materia no prevista en una norma regulativa especial pueda valerse de un procedimiento de protección de interés supraindividual, tal como lo disponen los literales a) y b) de la mentada norma.

Como última aclaración, el rótulo de experiencia totalizante ha surgido en torno a dos hechos de la realidad chilena que reflejan un ejemplo de discriminación estructural, por lo que la calificación de consumidoras con vulnerabilidad agravada robustece la construcción desde una dimensión colectiva y permite aproximarnos a la justiciabilidad de los derechos mediante el ejercicio de las acciones colectivas para su protección, debida reparación del daño causado y aplicación de las sanciones —multa— aplicables al proveedor. Desde luego, esta teorización viene a demostrar que existen situaciones de hecho en que no cabe duda de que la vulneración de los derechos de las mujeres en sede de consumo se da de forma total, es decir, daña, en abstracto, colectivamente a todas las mujeres de toda edad, raza, origen, clase, educación, entre otros.

Fabricación y distribución de píldoras anticonceptivas defectuosas¹⁵ que ocasionó en un número indeterminado de mujeres la interrupción del tratamiento anticonceptivo¹⁶

Este caso fue judicializado por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, conocida como Conadecus A. C., bajo el procedimiento de juicio especial para la protección del interés colectivo y difuso de los consumidores, en atención a que los defectos de fabricación de los anticonceptivos se debieron a que el envasado contenía de forma negligente la sustitución de comprimidos activos por placebos, lo que ocasionó la interrupción del tratamiento anticonceptivo, tal como fue indicado en la resolución emitida por el Instituto de Salud Pública que contenía la sanción a los laboratorios Silesia y

¹⁵ Se hace presente que Andrómaco distribuye este anticonceptivo bajo el nombre de Minigest-15 y Minigest-20, no bajo el nombre Anulette CD, que es la marca de Silesia.

¹⁶ Causa Rol C-3029-2021, 5º Juzgado Civil de Santiago; este caso se encuentra terminado y archivado por acuerdo conciliatorio entre las partes.

Andrómaco. Lo expuesto implicó que un número indeterminado de mujeres presentara un embarazo no planificado ni deseado, debiendo afrontar las consecuencias económicas y personales de ello. Se suma a esta situación el hecho de que la mayor parte de las mujeres recibieron los anticonceptivos defectuosos a través del sistema de salud pública.

En lo que respecta a los laboratorios que fabricaron las píldoras defectuosas, fueron sancionados por la autoridad sanitaria precisamente por la negligencia en la que incurrieron en su fabricación. Sin embargo, las multas impuestas no eximieron de ningún tipo de responsabilidades, como sería la de carácter resarcitorio respecto de las mujeres consumidoras de dichas píldoras anticonceptivas, sobre todo en un país en el que actualmente no se encuentra permitido el aborto, salvo lo dispuesto en la Ley 21030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.¹⁷

De esta forma, este caso encuadra como un caso totalizante, porque lesiona derechos fundamentales de las personas gestantes, particularmente la autonomía reproductiva, en que es imposible distinguir o diferenciar, en abstracto, la afectación entre unas y otras, por lo que la categoría de consumidoras con vulnerabilidad agravada se aplica a todas las mujeres, sin distinciones.

La publicidad sexista en Chile¹⁸

En Chile las piezas publicitarias constitutivas de publicidad ilícita, especialmente la sexista, son derivadas a un órgano autorregulado

¹⁷ El artículo 119 incorporado en el Código Sanitario dispone que, “mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

1. La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.
2. El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.
3. Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación”.

¹⁸ Actualmente, bajo una litigación estratégica del Servicio, se podría denunciar bajo el artículo 3º, inciso 1, letra c), de la LPDC, como manifestación del principio de no discriminación y, además, como falta al deber profesional.

llamado el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR)¹⁹ y actualmente no son litigadas en sede judicial por el Sernac, pese a que afecta a la dignidad de las mujeres de todas las edades, clase social, raza y origen sin distinciones, en el que evidentemente es perpetuada una imagen deformada de mujeres, adolescentes y niñas en su entorno social.

En este punto, aunque no existe norma jurídica que regule la publicidad abusiva a la fecha, con base en el principio de igualdad y no discriminación, e incluso en lo dispuesto en el artículo 3º, inciso 1, letra c), de la LPDC, así como la imposición de un deber profesional al proveedor y la reparación integral del daño (López, 2020), podría argumentarse un tipo de publicidad ilícita y promoverse la litigación estratégica en la protección de los derechos de las consumidoras respecto de una pieza publicitaria que fuera configurativa de publicidad sexista, pues constituye un caso totalizante de vulnerabilidad agravada en sede de consumo.

Propuesta teórica en torno a las dos experiencias chilenas

Como antecedente relevante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la discriminación estructural. Si bien en un comienzo no directamente, sí ha ido acuñando elementos configurativos de la discriminación estructural en la materia con base en diversos casos analizados.²⁰ En virtud de ello, Paola Pelletier (2014) establece que deben concurrir los siguientes criterios para que hablemos de discriminación estructural:

¹⁹ Se cita textual lo siguiente de la circular: “El Sernac no se ha quedado fuera respecto de temas de género y, trabajando de manera coordinada con el CONAR, forma parte de una mesa técnica para fortalecer los estándares publicitarios en Chile ante publicidades sexistas y/o hipersexualizadas” (Sernac, 2021).

²⁰ Ver Corte IDH, caso *Personas dominicanas y haitianas deportadas versus República Dominicana*, sentencia del 28 de agosto de 2014; caso *Atala Riffo y Niñas versus Chile*; caso *González y otras (“campo algodonero”) versus México* (en este caso no habla de discriminación estructural pero sí de una situación sistémica, y se expresa en el concepto de las reparaciones transformadoras); caso *Gonzales Lluy y otros versus Ecuador*, sentencia del 1º de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde versus Brasil*, sentencia del 20 de octubre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

- a) la existencia de un mismo grupo afectado con características comunes;
- b) que el grupo sea vulnerable, marginalizado, excluido o se encuentre en una desventaja irrazonable;
- c) que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural;
- d) que existan patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada, en el Estado o la región;
- e) que la política, medida o norma *de jure* o *de facto* sea discriminatoria o cree una situación de desventaja irrazonable al grupo, sin importar el elemento intencional.

Desde luego, los criterios que se desprenden de la jurisprudencia de la Corte IDH son un sustento para la teorización en sede de consumo de los casos totalizantes y permiten engarzar el concepto de discriminación estructural con el de vulnerabilidad agravada en la preparación de casos colectivos en que esté comprometida la afectación de derechos de las consumidoras con vulnerabilidad agravada.

Un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género incorpora el sustrato elemental de la discriminación estructural para proponer ciertos presupuestos teóricos que operarían en la aplicabilidad del calificativo de “vulnerabilidad agravada” para el caso de las consumidoras de la siguiente forma:

- a) que corresponda al colectivo de mujeres en calidad de consumidoras;
- b) que provenga de una conducta —intencional o no— del proveedor;
- c) que la conducta desplegada lesione derechos humanos de las mujeres o afecte la tutela judicial efectiva de sus derechos;
- d) que dicha vulneración sea estructural, esto es, obedezca a patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada, en el Estado o la región.

Como cuestión distintiva en ambos casos, y particularmente en lo que respecta al criterio de la existencia de una política, medida o norma *de jure* o *de facto* que sea discriminatoria o cree una situación

de desventaja irrazonable al grupo, el Estado de Chile, en el caso de la distribución de píldoras defectuosas en consumidoras, mantiene vigente una norma jurídica de carácter penal que prohíbe el aborto y, por ende, no garantiza la autonomía reproductiva de las mujeres; y, en otro tanto, pese a la omisión de la LPDC en regular la publicidad abusiva —en la que puede subsumirse la publicidad sexista—, existe una medida y política por parte de un organismo estatal en derivar dichos casos a un organismo autorregulado, admitiendo serias dudas respecto de si esa *praxis* puede ser considerada una protección efectiva a las mujeres en ese ámbito.

Por otro lado, las acciones supraindividuales constituyen una buena herramienta para contribuir al ánimo expansivo de aplicabilidad de las normas de consumo, mayoritariamente desde su faz procesal, según los requisitos impuestos en el artículo 2 bis de la LPDC, toda vez que imponen un procedimiento de interés colectivo o difuso.

A pesar de que es cierto que la argumentación bajo un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género no es lo que caracteriza al derecho del consumo como ley en Chile, pues en definitiva son otros cuerpos normativos los que han posibilitado la construcción sustantiva de la vulnerabilidad agravada, como lo es la Constitución Política de la República de Chile, así como los tratados internacionales vinculantes en la materia, no es menos cierto que la protección de los intereses supraindividuales normados en la LPDC permite preparar una protección con miras a un colectivo social expuesto a situaciones de discriminación estructural.

Ideas finales

La perspectiva de género y su transversalización se vuelve relevante en todo el quehacer jurídico y el derecho del consumo no puede ser una excepción a ello, sino, por el contrario, debe incorporarla como una herramienta necesaria para analizar a las consumidoras, especialmente consideradas como grupo desaventajado.

Pese a que la introducción del concepto de “vulnerabilidad agravada” es un hecho relativamente reciente en el derecho del consumo, respecto del cual diversas teorías han tratado de dimensionar la vulnerabilidad como fenómeno asociado al comportamiento humano, sigue siendo un

concepto sin un criterio único o de mayoritaria aceptación tanto en la forma de determinarlo como aplicarlo al caso concreto.

En otro sentido, el caso de mujeres en calidad de consumidoras se perfila conceptualmente gracias a la discriminación estructural como una herramienta esencial en la resolución de problemáticas que ocurren en las relaciones de consumo y cuyos alcances son colectivos, con el fin de abordar las experiencias totalizantes para las mujeres en calidad de consumidoras, significando que aún con los modelos de determinación incorporados en las legislaciones de la “vulnerabilidad agravada” deba tener especial consideración este caso paradigmático.

Si bien el Sernac hizo un esfuerzo loable en la circular interpretativa por introducir una noción de “hipervulnerabilidad”, queda aún mucho trabajo que realizar en torno a su establecimiento concreto en el ordenamiento jurídico vigente en Chile, y, más aún, como cuestión que no fue abordada en este trabajo, los efectos prácticos que finalmente implica la aplicabilidad del concepto analizado.

Referencias

- Aguirrezabal, M. (2006). Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 69-91.
- Añón, M. (2010). Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica. En *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos* (pp. 127-162). Dykinson.
- Atienza, M. (2017). Una idea del derecho. En *Filosofía del derecho y transformación social* (pp. 15-46). Editorial Trotta.
- Barbosa, J. (1992). La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña). *Revistas ICDP*, 12.
- Barocelli, S. (2020). *La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino*. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/consumidores-hipervulnerables.pdf>
- Barrère, M., & Morondo, D. (2011). Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (45), 15-42.

- Calahorrano, E. (2021). El consumidor con vulnerabilidad agravada como categoría jurídica y su recepción en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho*, (38), 5-31.
- Carosio, A. (2008). El género del consumo en la sociedad del consumo. *La Ventana, Revista de Estudios de Género*, III(27), 130-169. <https://www.redalyc.org/pdf/884/88411497006.pdf>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal). (2021). *La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). (2009). Observación General 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. <https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource->
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). (2010). Recomendación General 28. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). (2015). Recomendación General 33. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2016). *Directrices para la protección del consumidor*. https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2021). *Examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de protección del consumidor de Chile*. https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2021d1_es.pdf
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Belém do Pará (1996).
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). (1981).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948).
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. (1995). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>
- Facio, A. (2000). Hacia otra teoría crítica del derecho. En G. Herrera (Coord.), *"Las fisuras del patriarcado", reflexiones sobre feminismo y derecho* (pp. 15-44). Flacso. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/43521.pdf>

- Facio, A., & Frías, L. (1999). *Género y derecho*. LOM Ediciones.
- Feito, L. (2007). Vulnerabilidad. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 30(Supl. 3), 7-22. <https://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v30s3/original1.pdf>
- Frías, L., & Lacrampette, N. (2013). Feminismos, género y derecho. En N. Lacrampette (Ed.), *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica* (pp. 33-65). Universidad de Chile.
- Frustagli, S. (2016). *La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino*. <https://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/14486/La%20tutela%20del%20consumidor%20hipervulnerable%20en%20el%20Derecho%20argentino%20%28frustagli%20Revista%20de%20Derecho%20del%20Consumidor%29.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Guastini, R. (2011). *Derechos implícitos*. Observatorio de Argumentación Jurídica Doxa-Universidad de Alicante.
- Iriarte, C. (2018). La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (14), 55-76.
- Issler, E. (2022). ¿Quiénes son vulnerables? Revisión de algunos modelos de determinación de la vulnerabilidad. En E. Issler Soto & E. D. Jarufe Contreras (Coords.), *Vulnerabilidad y capacidad.: estudios sobre vulnerabilidad y capacidad jurídica en el derecho común y de consumo* (pp. 13-31). Editorial Rubicón.
- Kottow, M. (2012). Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética: relaciones tormentosas, conflictos insolutos. *Derecho PUCP*, (69), 25-44. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4261/4234>
- Ley 19496, la cual establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial* 7 de marzo de 1997.
- Ley 21081, la cual modifica la Ley 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial* 13 de septiembre de 2018.
- López, P. (2020). La responsabilidad por publicidad ilícita y su incidencia en la tutela de los consumidores. *El Mercurio*. <https://www.elmercurio.com/legal/Registro/Login.aspx?urlBack=/Legal/Noticias/Opinion/2020/11/03/La-responsabilidad-por-publicidad-ilicita-y-su-incidencia-en-la-tutela-de-los-consumidores.aspx>
- Luna, F. (2008). Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. *Journal of Bioethics*, 4(3), 44-49.
- Mendieta, E. (2018). Igualdad y grupos desaventajados: a propósito de los consumidores vulnerables o hipervulnerables. *Derecho Comercial y de las Obligaciones: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, (288), 95-111.

- Nash, C., & David, V. (2010). Igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En C. Nash & I. Mujica (Eds.), *Derechos humanos y juicio justo* (pp. 159-186). Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos-Colegio de las Américas (Colam)-Organización Interamericana Universitaria.
- Oakley, A. (1972). *Sex, gender and society*. Temple Smith.
- Pelletier, P. (2014). La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, (60), 205-215.
- Real Academia Española. (2022). *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.).
- Ródenas, A. (2012). *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Editorial Marcial Pons.
- Saba, R. (2005). (Des)igualdad estructural. *Revista Derecho y Humanidades*, (11), 123-147.
- Sepúlveda, B. (2020). *Género y derecho público: la construcción jurídica de la ciudadanía de las mujeres*. Editorial Legal Publishing.
- Servicio Nacional del Consumidor (Sernac). (2021a). *Aprueba circular interpretativa sobre noción de consumidor hipervulnerable*. https://www.sernac.cl/portal/618/articles-64930_archivo_01.pdf
- Servicio Nacional del Consumidor (Sernac). (2021b). *Encuesta Mujer y Consumo*. https://www.sernac.cl/portal/604/articles-62286_archivo_02.pdf
- Wajntraub, J. (2020, 16 de junio). Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa. *Revista La Ley*, 2-4.

