

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN INTERNET:  
EL CÓDIGO ESPAÑOL PAOS EN MATERIA DE ALIMENTACIÓN  
COMO PARADIGMA DE BUENAS PRÁCTICAS \*

THE PROTECTION OF MINORS ON THE INTERNET:  
THE SPANISH CODE PAOS IN THE AREA OF FOOD AS A  
PARADIGM OF GOOD PRACTICES

*Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 204-249*

\* Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación FONDECYT N° 11130188, del que el autor es Investigador Principal.



David  
LÓPEZ  
JIMÉNEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 7 de diciembre de 2013

**ARTÍCULO APROBADO:** 23 de febrero de 2014

**RESUMEN:** Los menores de edad, en la actualidad, cada vez en mayor medida hacen uso de Internet. En dicho canal se promocionan numerosos bienes y/o servicios. Uno de los productos progresivamente más publicitados, de manera virtual, son los alimentos dirigidos a tal colectivo. De hecho, gran parte de estos bienes pueden no ser positivos para su salud. Por todo ello, con carácter general, debe asegurarse la tutela integral de tal colectivo en la red de redes y, en particular, en el caso de la alimentación dirigida a los mismos. A tal fin, se han aprobado un elenco de normas legales que son objeto de complemento (que no sustitución) en virtud de la autorregulación del sector. En esta última puede considerarse el código de conducta PAOS que representa un referente sobre la materia.

**PALABRAS CLAVE:** Alimentación, consumidores, menores, publicidad, salud.

**ABSTRACT:** Minors, today, are increasingly using the Internet. In this channel, many goods and/or services are promoted. One of the most advertised products, in a virtual way, are the foods, which aim to this group. In fact, much of these goods can be not positive for a good health. Therefore, in general, it must be ensured comprehensive protection of this group in the network of networks, and particularly in the case of feeding. In order to get this, it has been approved a group of legal rules that form a complement (not a substitute) according to the self-regulation of the sector. In this sense, it can be considered the code of conduct PAOS, which represents a reference on the subject.

**KEY WORDS:** Feeding, consumers, minors, advertising, health.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La tutela del menor de edad en el marco digital en el caso concreto de España. 1. La publicidad de los prestadores de servicios hacia tal colectivo en el ámbito de la alimentación: especiales cautelas que deben contemplarse. 2. Contenidos no deseados, nocivos e ilícitos: desde la teoría general a la alimentación en el plano virtual. 3. A propósito de la utilidad de los filtros de control parental. 4. La capacidad en el espacio electrónico. III. Virtualidad de la autorregulación como sugerente complemento (que no alternativa) de la normativa legal imperante. 1. Concepto. 2. Presupuestos. 3. Eficacia. 4. Autocontrol de la Publicidad como sistema ejemplar sobre la materia. IV. El Código de Corregulación de la Publicidad de Alimentos y Bebidas dirigida a menores, Prevención de la Obesidad y Salud (Código PAOS). 1. Orígenes. 2. Contenido: análisis de su articulado. 3. Gestión y verificación. V. Conclusiones.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías evolucionan a una velocidad vertiginosa y, a fecha de hoy, nada parece indicar que vaya a frenarse el ritmo al que se crean, sino, más bien, todo lo contrario, poniéndose a disposición de los usuarios nuevas prestaciones y servicios. En relación a estos últimos, cabe manifestar que la tecnología alcanza cada vez más escenarios de la vida social. *A sensu contrario*, son muy pocos los ámbitos de la vida cotidiana a los que, de una u otra manera, la tecnología no ha llegado. De hecho, podemos afirmar que las nuevas tecnologías se han convertido en un aliado muy eficaz del día a día<sup>1</sup>. Aunque tales avances suelen tener, como regla general, como destinatarios a la mayor parte de la población, existen supuestos en los que, con el fin de evitar eventuales perjuicios, se establecen determinadas medidas de precaución. Este es, precisamente, el caso de los menores de edad. Y es que, como es natural, los menores de edad, como tales, presentan ciertas cualidades, inherentes a su incipiente desarrollo físico y mental, que en ningún caso deberán ser aprovechadas para fines espurios. Nos encontramos, qué duda cabe, ante un colectivo fácilmente influenciable.

---

<sup>1</sup> Su importancia es tan significativa que, como no podía ser de otro modo, las exposiciones de motivos o preámbulos normativos así lo señalan. En esta línea, a título de ejemplo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos dispone que “las tecnologías de la información y las comunicaciones están afectando también muy profundamente a la forma e incluso al contenido de las relaciones de los seres humanos entre sí y de las sociedades en que se integran”.

### • David López Jiménez

Doctor (con mención europea) en Derecho por la Universidad de Sevilla (España) con la calificación de sobresaliente cum laude (por unanimidad del Tribunal) y por la Universidad Rey Juan Carlos (España), con la misma calificación. Es Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Chile y autor de numerosas publicaciones, nacionales e internacionales, siendo actualmente Investigador Principal del Proyecto de investigación FONDECYT N° 11130188. Entre sus líneas de investigación destaca la relativa a los problemas jurídicos asociados con el uso de las nuevas tecnologías. Correo electrónico: david.lopez@uautonoma.cl.

Sin embargo, el comercio electrónico y, por consiguiente, las actividades que se engloban dentro del mismo, pueden incluir contenidos o ser el medio canalizador de actuaciones que constituyan actuaciones perjudiciales para el colectivo de los menores de edad. Consciente de tal circunstancia, el legislador, comunitario y español (sobre todo a impulsos del primero), ha aprobado, por un lado, diferentes normas legales y, por otro, la propia normativa alude a la necesidad de que los códigos de conducta que, en materia de comercio electrónico –en sentido amplio-, se aprueben, aborden la cuestión que examinamos. En otros términos, la normativa legal persigue que la propia industria se autorregule.

Como podemos apreciar, incide en la necesidad de afrontar la protección del colectivo de los menores de edad a través de dos grandes grupos de medidas. Por un lado, en virtud de la normativa legal aprobada al respecto<sup>2</sup>, y, por otro, mediante los códigos de conducta elaborados por los particulares que, como acabamos de manifestar, son objeto de fomento por la propia legislación<sup>3</sup>. En efecto, los arts. 16.1.e) de la Directiva europea 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior –DCE-, y el 18.2, en su párrafo segundo, de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico –LSSI-CE-, establecen la necesidad de fomentar los códigos de conducta que, entre otros contenidos, aborden, en diferentes ámbitos, la protección de los menores de edad. En el caso concreto de la alimentación, podemos referirnos al art. 45 de la Ley española 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición que indica que el Estado, para alcanzar un más amplio control de la aplicación de la normativa vigente, por parte de los operadores económicos y profesionales de la publicidad, deberá favorecer el desarrollo de sistemas de regulación facultativa o voluntaria<sup>4</sup>. Asimismo, habrá de facilitar su implantación, fomentando su presencia

---

2 La salvaguarda del menor se encuentra presente en diversos textos de alcance comunitario. En este sentido, por ejemplo, cabe considerar el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dedicado precisamente a la tutela de tal colectivo. En su literalidad, el citado precepto, dispone que: "1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses".

3 En cualquier caso, el fomento de tales figuras también ha sido objeto por parte de otros instrumentos comunitarios. En el caso que comentamos, cabe, por ejemplo, referirse al Libro Blanco de la Comisión Europea, relativo a la Estrategia Europea sobre Problemas de Salud relacionados con la alimentación, el sobrepeso y la obesidad, de 30 de mayo de 2007; y la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores.

4 Ahora bien, en el supuesto de los menores de 15 años de edad, el art. 46 de la Ley 17/2011, determina que, si en el plazo de un año desde su entrada en vigor, no se hubieran aprobado códigos de buenas prácticas que regulen la publicidad de alimentos y bebidas, dirigidas a este colectivo, con el objetivo de prevenir la obesidad y fomentar hábitos saludables, el Estado establecerá, de forma reglamentaria, las normas que disciplinen tales comunicaciones comerciales. Todo ello con el objetivo de tutelar la infancia y la juventud. Como puede apreciarse, de no autorregularse la industria, el propio sector público tendrá capacidad para intervenir.

cuando los sistemas de autodisciplina cumplen los presupuestos presentes en la Ley española de competencia desleal.

Este último colectivo –los menores- deben ser objeto de especial atención en diversos escenarios con incidencia en Internet, cuales son, con carácter general, los siguientes: la capacidad contractual, la privacidad y los contenidos o actividades publicitarias presentes en la Red –art. 3.a) Ley española 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), art. 4 Ley española 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor y el art. 96.4 Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU)-. Tales usuarios, acostumbrados a emplear Internet como instrumento de entretenimiento y formación, navegan por la Red con singular soltura y destreza. Sin embargo, a su vez, son los destinatarios más vulnerables e influenciables frente a los mensajes publicitarios presentes en la Red<sup>5</sup>. Aunque los bienes y/o servicios promocionados en la Red pueden versar sobre numerosas materias, en el presente supuesto, nos centraremos en el caso de los alimentos. Esta cuestión se encuentra poco abordada por la doctrina científica, por lo que el presente estudio vendría a cubrir tal vacío.

Si bien los códigos éticos o deontológicos en materia de nuevas tecnologías constituyen una figura relativamente reciente, despliegan altos niveles de eficacia en diferentes sectores susceptibles de incardinarse en el ámbito que comentamos. Una de las materias reglamentadas, en el articulado de los mismos, es, precisamente, la vinculada con la protección de los menores de edad en los distintos espacios en los que los mismos pueden actuar en Internet. Como seguidamente veremos, existen numerosas actividades vinculadas, directa o indirectamente, con la Red que son susceptibles de afectar a los menores de edad. En efecto, pueden visionar la publicidad difundida en Internet, iniciar relaciones contractuales con los prestadores de servicios de la sociedad que operan en Internet y verse inmersos en diferentes actividades, promocionales o no, que busquen hacerse con ciertos datos personales de los menores de edad e, incluso, de otros miembros de la familia de los que los mismos formen parte. Todo ello a propósito de productos alimenticios dirigidos de manera preferente a este colectivo, si bien también puede acontecer en otros supuestos.

Es cierto que la normativa<sup>6</sup> trata de proteger al menor de edad en numerosos ámbitos, como los apuntados, si bien, todo hay que decirlo, resulta ser ciertamente

5 Fernando Magarzo, M. R. "La protección de los menores en la publicidad", *Revista Autocontrol* (2001), 55; Ramón Fernández, F. "El menor como consumidor de información y su protección en la diversa legislación". En AAVV. *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia (2008): Tirant lo Blanch, 125-140.

6 El Derecho comparado pone de relieve la existencia de ciertas leyes, como la de México –Ley Federal de Radio y Televisión-, que tienen como fin disciplinar la publicidad específicamente dirigida al público infantil, estableciendo ciertos parámetros de tutela.

limitada y notablemente desactualizada respecto a los rápidos avances que, en relación a Internet, se suscitan. Tales restricciones resultan superadas mediante el recurso a los códigos de conducta, dado que, como veremos, el articulado relativo a la protección de los menores de edad presenta un contenido, además de suficientemente completo, en constante y rápido proceso de actualización, lo que incluye a los productos de carácter alimenticio. Dentro del elenco de códigos de conducta que, en la actualidad, imperan, en el ámbito que abordaremos, hay uno que ciertamente merece nuestra atención. Nos referimos al código PAOS (código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud) al que dedicaremos una parte relevante de nuestra investigación<sup>7</sup>. Igualmente, nos detendremos en el examen del organismo encargado de su verificación cual es el del Jurado de Autocontrol de la Publicidad.

## II. LA TUTELA DEL MENOR DE EDAD EN EL MARCO DIGITAL EN EL CASO CONCRETO DE ESPAÑA

Tanto las actuaciones realizadas en Internet dirigidas a la promoción publicitaria de bienes y/o servicios, entre las que ocupa un lugar destacado la alimentación para el menor de edad<sup>8</sup>, como las propias actividades susceptibles de dar lugar a la perfección del contrato electrónico<sup>9</sup> -no en vano algunas cadenas dedicadas a la venta de comida rápida<sup>10</sup> disponen de la posibilidad de vender el producto de manera on-line-, deben velar por el respeto de ciertos colectivos, entre los que naturalmente destacan los menores de edad.

Aunque es cierto que determinadas acciones publicitarias tienen como principales destinatarios a los menores de edad –como son los alimentos dirigidos a los mismos–, otras pueden visualizarse por los propios menores, sin estar, en modo alguno, específicamente encauzados a los mismos. Tales campañas, en ocasiones, podrán presentar contenidos nocivos para los menores de edad, lo cual podrá redundar, de manera desfavorable, en su posterior desarrollo mental.

7 Podemos destacar otros documentos de buenas prácticas relevantes en materia de alimentación. Se trata, entre otros, de los siguientes: código ético sobre publicidad y niños, de la Asociación Europea de Agencias de Publicidad, de 1999; código de autorregulación de buenas prácticas relacionadas con el público infantil, a cargo de UNESDA, de 2006; *Children's Food and Beverage Advertising Initiative* redactado por CARU y la BBB; código de autorregulación de alimentos y bebidas para el público infantil de México de 2009.

8 Los menores de edad, que sufren cada vez más las consecuencias del sedentarismo y la obesidad, son ciertamente más sensibles a la publicidad de alimentos que cuentan con un importante contenido en grasas, sales y azúcares. En las comunicaciones comerciales realizadas, sobre esta tipología de productos, se tienen en consideración cuestiones como su aspecto apetitoso o su buen sabor. Todo ello coadyuva a que adquieran hábitos alimenticios muy poco saludables para dicho colectivo. De hecho, dichos productos pueden visionarse a través de la Red o de la televisión. Dada su condición de nativos digitales, Internet representa un escaparate progresivamente más sugerente para estos fines.

9 Sobre esta cuestión, nos referimos a las interesantes consideraciones efectuadas, sobre el particular, por Pendón Meléndez, M.A. *La perfección del contrato en Derecho privado. Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación*. Valencia (2009): Tirant lo Blanch.

10 Así, entre otras muchas, podemos referirnos a: Burgerking, McDonald's –que cuenta con una *app* a tal fin–, Dominospizza, PizzaHut, Pizzapizza, Pizzared y Telepizza.

Tanto los contenidos ilícitos como los nocivos deben ser, en la medida de lo posible, controlados, instaurándose, como posteriormente veremos, medidas que aseguren la protección frente a los mismos del público menor de edad. Si bien ambos caracteres, de corte negativo, pueden ser visibles en numerosos escenarios, no debe infravalorarse, como veremos, su presencia en el espacio alimenticio<sup>11</sup>.

Aunque la norma heterónoma<sup>12</sup> (aprobada por el legislador nacional) está llamada a desempeñar un papel central, en toda esta materia, debe verse complementada, que no sustituida, por las normas autónomas<sup>13</sup>. Puede afirmarse que estamos ante un espacio de la realidad social en el que resulta conveniente cierta colaboración entre los agentes públicos y privados. No en vano, con las medidas instauradas, en cuanto a la Administración Pública española, en los arts. 39 y 41 de la Ley 17/2011, se insta a los poderes públicos a que trabajen activamente con la industria alimentaria. Todo ello con el firme objetivo de mejorar la dieta, en virtud de un mejor etiquetado y embalaje, una reducción de las sales presentes, la promoción de porciones de tamaño pequeño, así como el fomento de alimentos que estén elaborados con poca grasa<sup>14</sup>. Debido a que la evidencia empírica revela que el fomento de la salud en la nutrición contribuye, de manera relevante, en ganancias de salud a un coste sensiblemente inferior que el tratamiento médico, ya sea de pacientes de elevado riesgo, se recomienda que la presente materia sea un campo de atención política prioritario. Resulta, además, conveniente y necesario que los diversos ministerios desarrollen alianzas intersectoriales, como agricultura, sanidad, y asuntos sociales, las administraciones públicas de carácter regional y local, pero también los fabricantes, distribuidores de productos de tipo alimenticio. Para disponer de la información necesaria sobre la realidad imperante, se contempla, en el art. 38 de la norma legal antes citada, la creación y puesta en funcionamiento del Observatorio de la Nutrición y estudio de la obesidad que obtendrá los datos de la población a la que, dicho sea de paso, posteriormente deberán aplicarse los resultados de sus trabajos.

- 11 La autorregulación, a propósito del particular, parece plausible. El articulado de los códigos de buenas prácticas, en esta materia, persigue, con buen criterio, limitar la exposición de los niños y los jóvenes a la publicidad, tradicional y digital, de productos alimenticios. A tal fin, podemos, por ejemplo, citar las acciones emprendidas en el marco de la Plataforma Europea de Acción sobre Alimentación, Actividad Física y Salud. Una de las loables actuaciones que, en todo este orden de cuestiones, desempeñan los códigos de conducta, es la educación de los destinatarios. Sería conveniente que las empresas adheridas eduquen e informen eficazmente a los niños y jóvenes y a sus cuidadores sobre la importancia de una dieta equilibrada y un estilo de vida sana y activa.
- 12 En la actualidad, hay cuatro Estados que cuentan con leyes especiales reguladoras de la publicidad de alimentos. Así, en Inglaterra, las comunicaciones comerciales realizadas en televisión en materia de comidas que cuenten con ciertas grasas, azúcar, sal o dirigidas a menores de 16 años está prohibida. Irlanda limita, de manera significativa, el uso de personajes en los que el menor pueda tener depositada una especial confianza y contempla el recurso a determinadas advertencias en los anuncios. Este último extremo también está presente en la normativa brasileña. Por su parte, en el caso de Francia resulta preceptivo que las comunicaciones comerciales vayan acompañadas de mensajes de tipo nutricional.
- 13 Ahora bien, existen voces críticas que se alzan en contra de la eficacia de la autorregulación en el ámbito de la publicidad de alimentos. La razón obedece a que las normas autoimpuestas no siempre se cumplen por parte de la industria. Kundel, D. McKinley, C. y Wright, P. *The impact of industry self-regulation on the nutritional quality of food advertised on television to children*. Arizona (2009): Universidad de Arizona.
- 14 Resulta conveniente que la propia industria acometa el oportuno desarrollo de actividades de reformulación y/o mejora de la composición de productos alimenticios y reducción del contenido presente de sal, azúcar y grasas.

Igualmente, debe considerarse la loable labor que, en todo este orden de cuestiones, la autodisciplina es susceptible de efectuar en materia educativa y de sensibilización. Se trata, en suma, de sensibilizar a los menores de la importancia de comer sano variable y moderado<sup>15</sup>, y, en cierto sentido, de moverse, de manera agradable y divertida, en virtud de la actividad física. Teniendo en consideración el colectivo al que nos dirigimos, debe concurrir una estrategia on-line que goce de cierta creatividad y originalidad, presencia de acciones complementarias efectuadas en el mundo físico y, finalmente, la puesta en marcha de un *slogan* o lema de la campaña que, de algún modo, contribuya a su difusión.

De hecho, recientemente, con tales fines, en 2012, se creó el Plan Cuídate +<sup>16</sup>. En el marco del mismo se ideó un sitio Web relativo a la sal, más grasas. Asimismo, se contenía información relativa a las consecuencias que un consumo desmesurado de sal y grasas podía tener sobre la salud, así como un elenco de sugerencias que deben observarse para fomentar hábitos de vida saludables, incluyendo la necesidad de realizar actividad física. Igualmente, se difundían en torno a veinte mensajes diarios que incluían consejos ciertamente saludables relativos a la alimentación y a la necesidad de realizar actividad física.

### **I. La publicidad de los prestadores de servicios hacia tal colectivo en el ámbito de la alimentación: especiales cautelas que deben contemplarse**

La comunicación comercial representa un elemento fundamental para la lucha competitiva por la conquista del mercado<sup>17</sup>. En este sentido, la promoción comercial que acontece en Internet, que es uno de los pilares del comercio electrónico<sup>18</sup>,

---

15 Se persigue promover hábitos de vida saludables que sean habituales de los destinatarios y, en este sentido, se integren en la vida diaria. A este respecto, existen ciertos códigos de conducta, como el de *Children's Food and Beverage Advertising Initiative*, que instan al anunciante adherido a proponer al menor una alternativa saludable al producto alimenticio que se promueve, en el caso de que se publicite en virtud de un juego interactivo, antes de dar comienzo al juego en cuestión.

16 Las cifras ponen de relieve que la citada medida fue un éxito. Así, por ejemplo, se registraron: 5264 usuarios; 784 *followers* en Twitter; y se efectuaron casi 28.000 visitas al sitio Web.

17 Ascarelli, T. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona (1970): Bosch; Font Galán, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid (1987): Tecnos; Patiño Alvés, B. *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*. Barcelona (2007): Bosch.

18 Cortés Martínez, D. "La banca on line". En AA.VV. *Publicidad, comunicación y Marketing en Internet. Reiniciar el sistema: Actas de las III Jornadas de Publicidad Interactiva*. Málaga (2002): Área de Cultura y Ecuación de la Diputación Provincial de Málaga, 219-224.

puede tener lugar a través de distintas prácticas publicitarias<sup>19</sup>, que constituyen un elemento importante de información al consumidor<sup>20</sup>.

Existen, como decimos, numerosas técnicas publicitarias cuyos contenidos pueden ser ciertamente dispares. En este sentido, los métodos de los que las mismas se valgan pueden resultar, en mayor o menor medida, criticables. En cualquier caso, deben tomarse ciertas precauciones para que las actuaciones publicitarias no perjudiquen, en modo alguno, a los menores de edad<sup>21</sup>.

Una práctica, lamentablemente frecuente en muchos supuestos, ilícita, vinculada a la publicidad, viene representada por la inutilización de la función de regreso de los navegadores; técnica, a su vez, totalmente contraria a los intereses de los consumidores y/o usuarios de Internet. Entendemos que tal actuación, asimismo, puede dar lugar, de acuerdo con el art. 6 LGP, a un supuesto de publicidad desleal<sup>22</sup>, por ser contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. La inutilización de la función de regreso –o función *back*- determinará que si la misma presenta contenido publicitario se asegurará un mayor tiempo de recepción de tal material, determinando, a su vez, una mayor eficacia de la publicidad<sup>23</sup>. Sin embargo, constituye una práctica vulneratoria de la libertad de navegación del usuario, que, a su vez, limita o disminuye la confianza del mismo en la Red<sup>24</sup>. Consciente de los indeseables

- 19 Cabe referirse, entre otras, a los *banners*, que suelen ser una imagen gráfica que incluye texto, cuya pulsación activará un enlace que conducirá al usuario al sitio *Web* del anunciante y, paradójicamente, a pesar de ser uno de los formatos más antiguos de la Red, está en una cierta decadencia; *pop-ups* o ventanas emergentes o flotantes, que se abren cuando el usuario cargue una determinada página *Web*; *pops under*, que aparecen por debajo del navegador; *layer* o elementos dinámicos o figuras animadas; anuncios de transición a la información o *interstitials* –que aprovechan el tiempo que el ordenador precisa para descargar la página *Web* que el usuario desea visualizar–; *superstitial* o ventana con video que aparece a modo de *pop up*, *advertorial*, o publicidad que se realiza dentro de un texto editorial, que tratan de adoptar la apariencia de un documento informativo o de opinión; *ciberspots* o animaciones que emplean la última tecnología *flash* para comunicar, de manera divertida e interactiva, los beneficios del producto o de la marca; botones laterales, enlaces de textos, *web spots* que constituyen un formato publicitario reciente que resulta una mezcla de juego interactivo y de *spot* televisivo; *background branding* consistente en modificar el fondo de la página empleando como soporte publicitario el logotipo; o, incluso, las propias páginas *Web*, en definitiva, formatos susceptibles de generar una inquietud en el destinatario que determinará su *click through* o pulsación pasante que, dicho sea de paso, es un procedimiento utilizado para valorar la eficacia de los anuncios publicitarios en Internet, sin perjuicio de que su efectividad, como método válido, es cuestionada.
- 20 Dausés, M.A. “La Jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior”, *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2000), 39.
- 21 Parece plausible operar una comunicación comercial de cierta calidad. En este sentido, López Jiménez, D. “La publicidad de calidad en Internet: patrones de comportamiento voluntarios para las organizaciones empresariales”, *Revista de Gestión Pública y Empresarial* (2011), 17, 20-44.
- 22 Para ampliar esta sugerente información, con carácter general, nos remitimos a López Jiménez, D. “La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital: publicidad denigratoria, confusionista y comparativa”, *Revista Boliviana de Derecho* (2013), 16, 117-137.
- 23 Bucklin, R. y Sismeiro, C. “Web site design rules of thumb challenged by study on browsing”, *Marketing News* (2003), 37 (16), 22-23; Danaher, P. y Mullarkey, G. “Factors affecting online advertising recall: a study of students”, *Journal of Advertising Research* (2003), 43 (3), 252-267.
- 24 López Jiménez, D. Luna Huertas, P. Martínez López, F.J. y García Ordaz, M. “Medidas contractuales y legislativas adoptadas para incrementar la confianza del consumidor en el comercio electrónico”, *Revista Ibérica de Sistemas y Tecnologías de la Información* (2009), 2, 16-27; López Jiménez, D. “La confianza del consumidor en el ámbito de la contratación y publicidad interactiva: prevención y resolución alternativa de conflictos”, *Revista de Estudios Económicos y Empresariales de la Universidad de Extremadura* (2010), 22, 27-98.

efectos de los instrumentos que hemos examinado, que cercenan la libertad de decisión del consumidor y/o usuario, los códigos de conducta, acertadamente, los prohíben taxativamente.

Los menores de edad, por las peculiaridades propias que los mismos presentan –menor grado de madurez, especial vulnerabilidad, etc. aspectos puestos de relieve, entre otras, por la Instrucción núm. 2 de la Fiscalía General del Estado español de 15 de marzo de 2006-, deben ser objeto de especial protección en materia publicitaria<sup>25</sup>, a pesar de que se ha llegado a manifestar que se trata de una cuestión sobre la que no existen resultados empíricamente contrastados<sup>26</sup>.

Tal aspecto, por llamativo que pueda resultar, no es objeto de atención y regulación, por parte de la normativa estatal española –con la única excepción de los contenidos ilícitos-, si bien, de manera ciertamente elogiable, los códigos de conducta contienen una ordenación precisa sobre tal extremo –dentro de la que cabe la protección integral frente a contenidos nocivos e ilícitos-.

La publicidad presente en Internet podrá dirigirse al público en general –dentro de la que, indudablemente, tendrán cabida los menores-, o exclusivamente al público adulto –excluyéndose, obviamente, al público menor de edad- o estar destinada esencialmente a menores de edad en general o solamente para los que tengan, como mínimo, una determinada edad, siendo, en consecuencia, no aconsejable para los que estén por debajo de la misma<sup>27</sup>.

Pueden distinguirse tres grupos de normas aplicables a la publicidad en Internet destinada a menores<sup>28</sup>. En primer lugar, la normativa general publicitaria y, en su caso, la normativa específica por razón del producto. En segundo lugar, la normativa específica por razón del medio, es decir, la normativa sobre publicidad en Internet. Y, en tercer lugar, la normativa específica por razón del destinatario, es decir, el conjunto de normas que regulan específicamente la publicidad destinada a menores.

De la lectura conjunta de las normas aplicables a este tipo de publicidad, podemos extraer una serie de principios reguladores de la misma. Tales principios complementan los que rigen, con carácter general, la publicidad destinada a menores<sup>29</sup>. Se trata del principio de identificación publicitaria<sup>30</sup>, el principio de

25 Ramos, F. *La publicidad contaminada. Los consumidores ante la autorregulación publicitaria*. Madrid (2003): Universitas.

26 Goldstein, J. "Publicidad, niños y adolescentes", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (1998), 20.

27 Sobre esta cuestión, en el ámbito de los videojuegos, véase López Jiménez, D. "Los videojuegos eventualmente perjudiciales para los menores de edad: a propósito del sistema Pan European Game Information", *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música* (2012), 36, 193-219.

28 Tal aspecto ha resultado magistralmente examinado por Fernando Magarzo, M. R. "La protección de los menores en la publicidad", *Revista Autocontrol* (2001), 55.

29 Fernando Magarzo, M. R. "La protección de los menores en la publicidad", *Revista Autocontrol* (2001), 55.

30 Sobre esta cuestión, en sentido amplio, López Jiménez, D. y Martínez López, F.J. "Las comunicaciones comerciales

identificación de mensajes publicitarios dirigidos a adultos<sup>31</sup> y el principio de buen uso de la tecnología de Internet en la elaboración de los mensajes publicitarios en línea dirigidos a menores. La rápida evolución de Internet exige, qué duda cabe, que los principios enunciados sean revisados y completados periódicamente para asegurar que la protección de los menores frente a la publicidad difundida en la Red sea similar al amparo de que disfrutaban frente a la publicidad divulgada a través de medios tradicionales.

Uno de los principios generales más relevantes del Derecho de la Publicidad, que también debe considerarse en el supuesto que contemplamos, es el denominado principio de veracidad, cuya finalidad es eliminar el error del público respecto al contenido de los mensajes publicitarios<sup>32</sup>. En otras palabras, prohíbe la publicidad engañosa o falaz. Se encuentra presente, sobre todo, en los arts. 3 de la LGP, así como 5 y 7 de la Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) –tras la modificación de la Ley 29/2009 de 30 de diciembre-. Desde su primera decisión<sup>33</sup> sobre la Directiva comunitaria 84/450, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –TJCE- puso de manifiesto que el concepto de publicidad engañosa es de carácter autónomo cuya interpretación última corresponde al mismo, quedando, por consiguiente, los tribunales estatales obligados a interpretar la legislación nacional según el significado a esa categoría en el Derecho comunitario. Tiene como elemento principal de su regulación la inducción a error –bien por acción bien por omisión- de los destinatarios. La inducción a error se verifica a través de la interpretación por el público de los consumidores, sobre todo en virtud de la figura del consumidor medio que, a tenor de la STJCE<sup>34</sup> 16 julio 1998 (Asunto C-210/96 “Gut Springenheide”<sup>35</sup>), es toda persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz<sup>36</sup>. Esa noción se diferencia de la que ha

---

electrónicas no solicitadas en el contexto comunitario: incidencia de la autorregulación”, *Cuadernos de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual* (2010), 60, 97-137.

- 31 Una de los productos publicitados precisamente en la Red son los juegos y apuestas virtuales que, dicho sea de paso, están dirigidos, con carácter exclusivo, a los adultos. A este respecto, López Jiménez, D. “Las apuestas y juegos virtuales. Panorama actual y perspectivas de futuro”, *El Notario del Siglo XXI* (2010), 30, 82-87; López Jiménez, D. “A propósito del código de conducta sobre comunicaciones comerciales electrónicas de las actividades de juego de Autocontrol”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música* (2012), 37, 55-96.
- 32 El pasado 8 de junio de 2011 se aprobó en la sesión plenaria del Senado de España una iniciativa del Partido Popular, por la que se insta al Gobierno de tal Nación a promover medidas que garanticen la veracidad en la información publicitaria, tal y como recoge la Directiva del Parlamento Europeo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Cabe destacar que la senadora del Grupo Parlamentario socialista, Maestre Martín de Almagro, hizo, en el curso de los debates, una referencia a los sistemas de autorregulación, calificándolos como mecanismos útiles, eficaces y necesarios que complementan los instrumentos legales, citando, como paradigmático ejemplo, el acuerdo firmado en el año 2007 para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria del Instituto Nacional de Consumo y Autocontrol.
- 33 STJCE 16 enero 1992, *Nissan*, asunto C-373/90.
- 34 La noción de consumidor medio, empleada por el TJCE, ha tenido una gran acogida en la jurisprudencia española. En este sentido, Tato Plaza, A. “En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2003), 71, 41-42.
- 35 También se recomienda la lectura de la STJCE 13 enero 2000, *Estée Lauder*, asunto C-220/98.
- 36 Sobre las críticas a tal modelo de consumidor, puede verse De León Arce, A. “La protección legal de consumidores y usuarios en España”. En AAVV. *Derechos de los consumidores y usuarios*. Valencia (2007): Tirant lo Blanch, 141.

imperado tradicionalmente en la legislación alemana de competencia desleal que tomaba como referencia un consumidor irreflexivo y susceptible de engaño con cierta facilidad. Tal criterio contrastaba, dicho sea de paso, con el que instauraban la mayoría de los Estados miembros, que proporcionaban un nivel de protección menor, ya que tomaban como referencia un consumidor medio y escéptico.

Ahora bien, para reforzar la protección de determinados grupos de personas especialmente vulnerables, en los que concurren bajos niveles de información y de atención, más necesitados de tutela jurídica, la Directiva de prácticas comerciales desleales –así como el art. 4.3 de la LCD- añadió una nueva categoría de consumidor medio, cual es el consumidor medio del grupo. De este modo, se pretende rebajar el nivel general del consumidor medio, situándolo en un punto medio más adecuado al grupo de personas afectadas, con un resultado final de que, en estos casos, las posibilidades de engaño serán sensiblemente mayores<sup>37</sup>. Esta última decisión adoptada en la norma permite prescindir del conjunto del público destinatario de una determinada práctica y enjuiciarla según sus efectos sobre un grupo específico de consumidores, siempre que estos presenten una especial vulnerabilidad, sean claramente identificables y el efecto de la práctica sobre este grupo resulte previsible para el comerciante<sup>38</sup>. Tal previsión supondrá para el empresario la carga de adoptar las medidas oportunas y razonables que sean necesarias para evitar que sus prácticas comerciales dirigidas a un público en general –que no puedan ser reputadas engañosas bajo tal prisma- puedan afectar a un determinado grupo de consumidores a los que, de acuerdo con su especial vulnerabilidad o credulidad, pueda inducir a error<sup>39</sup>. En otras palabras, hay mensajes comerciales difundidos en la Red que, aunque puedan entenderse veraces en el caso del público mayor de edad, se pueden reputar engañosos si el público es un menor de edad. Por todo ello, han de adoptarse medidas de salvaguarda especiales tanto en el ámbito de la realización como de la difusión de la publicidad dirigida a este colectivo con el objetivo de garantizar que no se vean inducidos a error por lo que respecta, entre otros factores, a las características, prestaciones, funcionamiento, durabilidad y seguridad del producto de que se trate.

37 No obstante, se muestra crítico con esta decisión Ruiz Peris, J.I. "La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal". En AAVV. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, 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)*. Valencia (2010): Tirant lo Blanch, 59. Tal autor determina que la escasa técnica legislativa de la Directiva y de la Ley de Competencia Desleal implica el sinsentido de que se limiten las posibilidades de tutela del grupo que se pretende proteger en mayor medida. Es decir, al cambiar el estándar de consumidor medio por el de miembro medio de un grupo de consumidores especialmente vulnerables se protege, en mayor medida, a éstos. Ahora bien, al establecer que la distorsión sea previsible para el empresario o profesional autor del comportamiento –lo que, en cierta forma, equivaldría a una suerte de dolo eventual-, se reduciría sustancialmente la protección.

38 Tato Plaza, A. Fernández Carballo-Calero, P. y Herrera Petrus, C. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid (2010): La Ley, 113.

39 Así, por ejemplo, en el caso de los menores de edad, dada la especial credulidad de los mismos, el anunciante deberá describir, con claridad y fidelidad, las características y prestaciones de los bienes y/o servicios. Con carácter adicional, para no distorsionar los verdaderos extremos del producto anunciado, habrá de ofrecer información complementaria.

En otro orden de cuestiones, toda forma publicitaria, además de presentar una importante y predominante vertiente claramente persuasiva<sup>40</sup>, lleva adherida, por mínima y relativa que sea, una parcela informativa<sup>41</sup>. La persuasión puede definirse como un proceso por el que el comunicador intenta influir en las creencias, las actitudes y la conducta de otra persona o grupo de personas mediante la transmisión de un mensaje frente al cual el destinatario mantiene la libertad de elección<sup>42</sup>. Persuadir, en todo caso, no significa mentir, engañar o manipular. Debe considerarse como una actividad vinculada al hecho de sugerir o aconsejar. A través de la persuasión se influye en el receptor del mensaje, pero no se determina su voluntad. En esta línea, las tendencias más recientes ponen de manifiesto que el contenido informativo de la publicidad, en ciertas ocasiones, se ve desplazado por el recurso a elementos irracionales de persuasión, vinculados, en todo caso, a las emociones e impulsos de los destinatarios<sup>43</sup>. En consecuencia, frente a los mensajes puramente informativos, puede afirmarse que la comunicación publicitaria, hoy día, va unida a una actividad creativa más intensa<sup>44</sup>. Frente al modelo de publicidad centrado en informar y persuadir a los destinatarios sobre la superioridad de los

- 40 De La Cuesta Rute, J. M. y De La Oliva Santos, A. "Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita", *La Ley* (1981), 4, 893-917; Martín Armario, E. *Marketing*. Barcelona (1993); Ariel; Muñoz Machado, S. "Advertising in the Spanish Constitution". En AA.VV. *Advertising and Constitutional Rights in Europe: A study in comparative constitutional law (Gebundene Ausgabe)*. Baden-Baden (1994): Nomos Verlagsgesellschaft; Qualter, T. H. *Publicidad y democracia en la sociedad de masas*. Barcelona (1994): Paidós Ibérica; García Guerrero, J. L. "Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", *Derecho Privado y Constitución* (1996), 10, 117-146; Domínguez Pérez, E. M. "La alegación publicitaria redactada en términos superlativos. La exageración publicitaria", *Estudios sobre Consumo* (1999), 48, 117-129; Soria, C. "Perspectiva ética de la información publicitaria". En AA.VV. *Ética de la comunicación audiovisual*. Madrid (1999): Tecnos; Tato Plaza, A. "La publicidad en los nuevos canales comerciales emergentes", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (1999), 32; Bernard Monferrer, M. E. "La evolución de la figura de la publicidad denigratoria según la doctrina emanada de las resoluciones del Jurado de la Publicidad", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2002), 68; Martín García, M. L. *La publicidad. Su incidencia en la contratación*. Madrid (2002): Dykinson; Stazi, A. *La pubblicità commerciale on line*. Milano (2004): Giffurrè Editore; Spang, K. "Publicidad y retórica". En AA.VV. *Lenguaje publicitario*. Barcelona (2005): Ariel, 27-63; Torres i Prat, J. *Consumo, luego existo*. Barcelona (2005): Icaria, 110; Barquero Cabrero, J. D. y Pérez Senac, R. *Dirección estratégica de relaciones públicas en Europa y América Latina*. Barcelona (2007): Furtwangen.
- 41 Munne Matamala, F. "Hacia una publicidad social: análisis de los elementos informativo y persuasivo como integrantes de la acción publicitaria", *Publitecnia* (1969), 14, 43-54; Ortega Martínez, E. *La dirección de marketing*. Madrid (1987): Esic; Acosta Estevez, J. B. *Perfiles de la Ley General de Publicidad*. Barcelona (1990): Promociones y Publicaciones Universitarias; Lema Devesa, C. y Gómez Montoro, J. "La regulación jurídica de la publicidad farmacéutica", *La Ley* (1990), 3, 983-990; Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de publicidad de 1988*. Madrid, (1991): Ministerio de Sanidad y Consumo; Santesmases Mestre, M. *Marketing, conceptos y estrategias*. Madrid (1992): Pirámide; Corredoira y Alfonso, L. *Derecho de la información. Los mensajes informativos*. Madrid (1994): Colex; Vázquez Casielles, R. y Trespalacios Gutiérrez, J. A. *Marketing: estrategias y aplicaciones sectoriales*. Madrid (1994): Civitas; Bonany Roig, A. "La publicidad engañosa denunciada en el "Servei d'inspecció de disciplina mercat i consum de la Generalitat de Catalunya". Normativa aplicada y principales tipologías de engaño. Segunda Parte", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2005), 98; Domínguez Pérez, E. M. y Ortega Díaz, J. F. "Problemática de los Keywords Banners en el entorno digital. Reflexiones a propósito del "Asunto Natterre", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (2005), 8, 117-130.
- 42 Martín Salgado, L. *Marketing político: arte y ciencia de la persuasión en democracia*. Barcelona (2002): Paidós; Moreu Carbonel, E. *La Administración anunciante. Régimen jurídico de la publicidad institucional*. Navarra (2007): Thomson Aranzadi.
- 43 En determinados supuestos, se recurre, para las comunicaciones comerciales realizadas en la Red, con un objetivo claramente persuasivo, a la imagen femenina. Sobre los problemas que puede plantear el recurso a la mujer, en los anuncios efectuados en Internet, véase López Jiménez, D. "Nuevas coordenadas en el ámbito de la autorregulación: la publicidad discriminatoria o vejatoria por razón de género difundida en Internet", *Cuadernos de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual* (2011), 62, 159-186.
- 44 Bassat, L. *El libro rojo de la publicidad*. Barcelona (2004): Random House Mondadori; De La Cuesta Rute, J. M. "La publicidad y el sistema económico constitucionalizado", *Procesos de Mercado* (2008), 5, (1), 223-241.

productos del anunciante, respecto de otras empresas, hoy por hoy, tienen gran importancia estrategias publicitarias que, precisamente, buscan que los destinatarios tengan la impresión de que la empresa anunciante del bien o servicio en cuestión tiene un proyecto de futuro<sup>45</sup> y, a su vez, es dinámica, para lo cual se recurre a anuncios originales y muy diversos<sup>46</sup>.

Como la práctica pone de manifiesto, a nivel internacional, los hábitos alimentarios se han modificado. De hecho, el consumidor medio, en gran medida, debido a la influencia de las nuevas tecnologías, está sometido a numerosos estímulos de índole publicitario –en los que, como hemos visto, existe una notable presencia del elemento persuasivo-. A tenor del capítulo VIII, de la ley española 17/2011, de seguridad alimentaria y nutrición, además de la obligación de que la publicidad sea veraz y exacta, y establecer la casuística de determinadas prácticas publicitarias prohibidas, se determina que el Gobierno de España habrá de fijar, para determinados tipos de alimentos, servidumbres informativas de carácter adicional.

El consumidor debe tener la posibilidad de elegir, pero, para ello, debe ser informado correcta y completamente de los productos o servicios que están a su disposición en el mercado<sup>47</sup>. Sólo, de este modo, los ciudadanos podrán formar su voluntad como consumidores y tomar las decisiones que estimen más adecuadas<sup>48</sup>. Sin perjuicio de que a la publicidad de productos alimenticios les resultan aplicables las normas que hemos esbozado, cabe reflexionar que existen ciertas particularidades que deben considerarse, lo que también resulta aplicable al espacio digital. En este sentido, debemos citar, por su relevancia, el art. 44 –que fija limitaciones a la publicidad de alimentos<sup>49</sup>–, art. 45 –relativo a la obligación de auxilio de la Administración pública española a los sistemas de control voluntario por parte de empresas- y el art. 46 –específicamente dirigido a la protección de los menores de 15 años de edad frente a la publicidad de alimentos en el supuesto de que los

---

45 La empresa en cuestión podrá recurrir a sugerentes canales como es el caso del *bluetooth* que, por sus ventajas inherentes, es cada vez más recurrido. Para más información, puede verse López Jiménez, D. "El *bluetooth* como herramienta de publicidad móvil: a propósito de la conveniencia de incentivar la autorregulación", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (2010), 24, 59-94; López Jiménez, D. "El denominado bluespam: incidencia sobre la privacidad del destinatario". En AA.VV. *La privacidad, ¿un lastre para la innovación tecnológica?*. Navarra (2013): Thomson Reuters.

46 Hall, M. "Four models on how advertising works", *Commercials Communications. The Journal of Advertising and Marketing Policy and Practice in the European Community* (1997), 9, 13-15.

47 Dausés, M.A. "La Jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2000), 39.

48 Farré López, P. "La rectificación de la publicidad engañosa", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (1999), 37; Soria, C. "Perspectiva ética de la información publicitaria". En AA.VV., *Ética de la comunicación audiovisual*. Madrid (1999): Tecnos.

49 Especialmente controvertido puede resultar la aplicación de los apartados 2 y 3 del art. 44 de la Ley 17/2011. El primero de los apartados se refiere a la aplicación del Real Decreto 1907/1996 a la publicidad de alimentos respecto a la salud. En todo caso, una vez mantenida, de forma expresa, la vigencia del anterior Real Decreto, resulta innecesario, de todo punto, el tercer apartado. En otros términos, es reiterativo, pues repite prohibiciones presentes en tal Real Decreto.

mecanismos de verificación voluntarios no resultasen suficientes- de la Ley 17/2011 de 5 de octubre.

En definitiva, la publicidad dirigida, con carácter específico, a menores, caracterizada, entre otros aspectos, porque en ella predominan los elementos irracionales de persuasión sobre los informativos<sup>50</sup>, es, como hemos puesto de relieve, objeto de una creciente regulación por los particulares riesgos que determina<sup>51</sup>. Como ha podido colegirse, los menores son altamente persuadibles y se desenvuelven en una cultura donde una de las notas inherentes es el fuerte consumismo enraizado en la sociedad. Podría, en cierta medida, afirmarse que no cuentan con un criterio adecuado para enfrentarse a los bienes y/o servicios que visionan<sup>52</sup>. De este modo, debido a los elementos presentes en los anuncios, terminan deseando todo lo que observan en los mismos<sup>53</sup>. Existe, por consiguiente, una importante influencia de la publicidad sobre los menores de edad. En el caso concreto de la alimentación, los estudios empíricos operados al respecto<sup>54</sup>, demuestran que las comunicaciones comerciales sobre este particular, dirigidas a menores de edad, resultan aptos para alcanzar un mayor consumo<sup>55</sup>.

Para determinar cuando un anuncio se dirige a menores<sup>56</sup> habrá que valorar tres criterios, que no son cumulativos ni alternativos, debiéndose, por tanto, considerar los mismos con una visión de conjunto. Son: 1) El tipo de producto o servicio

50 Haan, S. C. "The persuasion route of the Law: advertising and the legal persuasion", *Columbia Law Review* (2000), 100, 1281-1326.

51 Nigra, A. *La pubblicità e i suoi contratti tipici*. Roma (2001): Maggioli.

52 Por si esto fuera poco, en ocasiones, se efectúan comunicaciones comerciales en las que se realizan comparaciones. En tal supuesto, las presentaciones comparativas deben fundamentarse en unas prerrogativas reales del alimento o bebida que resulte comprensible para el público menor de edad (debe comprenderla el menor de 15 años). En cualquier caso, siguiendo el código de conducta PAOS, las declaraciones nutricionales comparativas deberán respetar el Reglamento 1924/2006.

53 La publicidad consumista, transmite, en numerosos supuestos, una serie de sugerentes estereotipos como, entre otros, modelos de convivencia, valores y actitudes que, en muchos casos, no se corresponden con la realidad.

54 Así, Donohue, T.R. "Effect of commercials on black children", *Journal of Advertising Research* (1975), 15, (6), 41-47; Pérez, D. Rivera, J. y Ortiz, L. "Publicidad de alimentos en la programación de la televisión mexicana: los niños están más expuestos", *Salud Pública de México* (2010), 52 (2), 119-126; Effertz, T. y Wicke, A. "Do television food commercials target children in Germany?", *Public Health Nutrition* (2010), 15, 1466-1473; Scully, M. Dixon, H. White, V. y Beckmann, K. "Dietary, physical activity and sedentary behaviour among Australian secondary students in 2005", *Health Promotion International* (2007), 22, 236-245.

55 Según el estatus de la familia en la que se inserte el menor, que reciba las comunicaciones comerciales, la influencia de estas últimas (de productos alimenticios) puede ser diversa. En efecto, los progenitores que se insertan en hogares con menos recursos económicos suelen acceder, con mayor intensidad, a estos pedidos. Igualmente, las mujeres en hogares pobres normalmente dan mayor relevancia a este tipo de comunicaciones que las madres con más recursos. En este sentido, se pronuncian Olivares, S. Albala, C. García, F. y Jofre, I. "Television publicity and food preferences of school- age children of the Metropolitan Region", *Rev. Med. Chile* (2007), 127 (7), 791-799.

56 En la actualidad, concurre una manifestación creciente de la imagen del menor en los mensajes publicitarios. Y, más en concreto, en los anuncios que no están particularmente dirigidos al colectivo infantil. Así, Medina Heredia, A.M. y Méndiz Noguero, A. "La representación de la infancia en la publicidad: panorama por el marco deontológico español", *Pensar la publicidad* (2012), 6, (1), 231-253. La única limitación que concurriría para que el menor estuviera presente en el anuncio es que, a tenor del art. 4.3 de la Ley Orgánica del Menor; su utilización implicase menoscabo de su honra o reputación o resulte contrario a sus intereses o que, en virtud del art. 16.1.c) de la Ley española de Televisión sin fronteras, se presente al menor en situaciones de peligro.

promocionado –se entiende dirigida a menores la publicidad que promociona un producto o servicio objetivamente destinado al público menor de edad o susceptible de atraer especialmente su atención o interés-, que, en el caso de los alimentos, a tenor del código PAOS, que veremos más adelante, serán aquellos objetivamente destinados, de manera mayoritaria, al público menor de 12 años (en el caso de que la publicidad sea tradicional) y 15 años (en el supuesto de que se trate de Internet); 2) El diseño del mensaje publicitario –se considerará publicidad dirigida a menores la que está perfilada de tal forma que, por su contenido, lenguaje y/o imágenes, resulte objetivamente apta para atraer, de manera especial, la atención o interés de los menores-; 3) Las circunstancias de la difusión del mensaje publicitario –entre otros aspectos, se tendrá en cuenta el soporte o medio utilizado, franja horaria de emisión, bloques de programación en que se inserta<sup>57</sup>-. Especialmente importante será valorar que el mensaje se incluya en franjas horarias, bloques de programación, secciones o espacios dirigidos a menores de 12 años en el caso audiovisual y publicidad tradicional. Si nos centramos en el articulado del código PAOS, debemos precisar que se considera dirigida a menores aquella publicidad de alimentos difundida en Internet, bien en una página Web bien en un espacio concreto de la misma, que cuente, como mínimo, con una audiencia de menores de 15 años que resulte superior al 50%<sup>58</sup>.

## 2. Contenidos no deseados, nocivos e ilícitos: desde la teoría general a la alimentación en el plano virtual

Debemos, en primer término, distinguir, en el ámbito publicitario, entre contenidos ilícitos y contenidos nocivos<sup>59</sup>, presente a nivel comunitario –Decisión 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, por la que se crea un programa comunitario plurianual para un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea-, pues, aunque los dos tendrán consecuencias notablemente desfavorables para el menor, la gravedad de cada uno de ellos necesariamente determina, y consecuentemente aconseja, un tratamiento diverso.

Así, son contenidos ilícitos los que, en sí mismo, constituyen delito y son merecedores de sanción, por parte de la normativa penal<sup>60</sup>, mientras que los

57 En relación a esta materia, en el caso de la televisión, nos remitimos a López Jiménez, D. “La autodisciplina de los medios de comunicación: apreciaciones desde el Derecho privado”, *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho* (2012), 4, 82-90; López Jiménez, D. “El impulso de la autorregulación audiovisual por parte del legislador: una visión desde la incidencia sobre los consumidores y usuarios”. En AA.VV. *Las leyes mediáticas: 2001-2011, una década de agitaciones*. México (2014): Publicaciones de la Universidad de San Luis Potosí.

58 Este extremo, según dispone el código de conducta PAOS, sería objeto de medición por parte bien de Comscore bien de otra entidad independiente que ostente carácter similar, nombrada, en tal caso, por parte de la Comisión de Seguimiento del código de buenas prácticas que contemplamos.

59 Martín-Casallo López, J. J. “Internet y pornografía infantil”, *Actualidad Informática Aranzadi* (2001), 40, 1-8; De Lama Aymá, A. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia (2006): Tirant lo Blanch.

60 Respecto a esta sugerente cuestión, puede verse, entre otros aspectos, López Jiménez, D. “Violencia sobre los menores a través de Internet: el caso del ciberacoso o ciberbullying”, *Espacio Abierto* (2011), 15, 97-101.

contenidos nocivos son aquellos que, aunque no son delictivos, pueden ser ofensivos o inadecuados para los destinatarios que los visionan<sup>61</sup>.

Los contenidos nocivos son, sin embargo, lícitos, pero considerados ofensivos o perjudiciales para el normal desarrollo de los menores<sup>62</sup>. El alcance es, por tanto, mayor. Mientras que los contenidos nocivos no tienen por qué ser ilícitos, estos últimos –los ilícitos–, por definición, están incluidos dentro de los nocivos. Si bien existe cierto consenso entre los Estados occidentales acerca de los comportamientos o informaciones delictivas –difusión de pornografía infantil, de contenidos racistas o xenófobos y apología del terrorismo, entre otros–, no existe tal aquiescencia para los nocivos. Éstos están basados en concepciones difíciles de medir a nivel mundial, ya que dependen de valores culturales, sociales, religiosos y morales<sup>63</sup>.

En segundo término, debemos distinguir entre contenidos nocivos y no deseados, pues, aunque aproximados, no son, ni mucho menos, idénticos. Tienen en común, entre otras notas caracterizadoras, el hecho de que son mensajes que, con carácter general, no pueden prohibirse, pues pueden estar amparados por la libertad de expresión<sup>64</sup> así como por el derecho a la información. Así, los contenidos nocivos, como hemos señalado, son aquellos que pueden perjudicar a un menor; mientras que los no deseados son aquellos que determinados usuarios no desean, en modo alguno, recibir<sup>65</sup>. Tanto los contenidos nocivos como los no deseados dependen de sensibilidades personales –entre otras, la edad, madurez intelectual e ideología– y culturales. Por eso, como posteriormente veremos, ambos tipos de mensajes no pueden ni deben prohibirse, con carácter general, sino que deben limitarse a través de la autorregulación del sector.

61 López Ortega, J. J. “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”. En AA.VV. *Internet y Derecho Penal*. Madrid (2001): Consejo General del Poder Judicial, 83-125; Martín-Casallo López, J. J. “Internet y pornografía infantil”, *Actualidad Informática Aranzadi* (2001), 40, 1-8; Morales Prats, F. “El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet”. En AA.VV., *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet*. Navarra (2002): Aranzadi, 95-118.

62 Aunque podríamos aludir a numerosos ejemplos al respecto, uno de ellos vendría representado por el caso de las redes sociales, pudiendo ser determinadas actividades desempeñadas en dichas plataformas nocivas para tal colectivo. Así, entre otros, López Jiménez, D. “La protección de datos de carácter personal en el ámbito de las redes sociales electrónicas: el valor de la autorregulación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares de 2009*, 2, 239-276; López Jiménez, D. y Rico Carrillo, M. “El derecho al honor, intimidad e imagen y la protección de datos personales en las redes sociales en Internet”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* (2012), 1, 433-472; López Jiménez, D. “Las redes sociales como espacios publicitarios: el papel de la autorregulación”, *Revista de Derecho y Tecnología* (2013), 14, 165-186; López Jiménez, D. y Rico Carrillo, M. “Las redes sociales en Internet. Concepto. Tipología. Principales implicaciones jurídicas”, *Revista de Derecho y Tecnología* (2013), 14, 101-112.

63 Miranda De Larra, R. *Los menores en la Red: comportamiento y navegación segura*. Madrid (2005): Fundación Auna.

64 Sobre esta materia, en relación a otras cuestiones afines, nos remitimos a López Jiménez, D. “La pugna entre libertad de expresión y competencia desleal: valoraciones en torno a la resolución del Jurado de la Publicidad de 26 de julio de 2012, AUC vs. Sportium en materia de juego”, *Revista de la Contratación Electrónica* (2012), 120, 3-24.

65 Extremo que, entre otros aspectos, resulta visible en el caso del spam. No en vano, este último ha protagonizado un incremento significativo a través de las redes sociales. Sobre este particular, López Jiménez, D. “La remisión de comunicaciones comerciales no solicitadas a través de las redes sociales virtuales: a propósito del nuevo spamming 2.0 o Social Networking Spam”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música* (2013), 38, 165-210.

En los contenidos ilícitos el menor es víctima de una intromisión ilegítima en sus derechos, siendo parte activa, directa o indirecta, del contenido ilícito, si bien en los contenidos nocivos el menor participa únicamente como espectador; por lo que no es víctima de vulneración de su derecho al honor, intimidad o propia imagen, aunque, lamentablemente, tales contenidos podrán tener consecuencias desfavorables en el desarrollo de su personalidad.

La pornografía infantil<sup>66</sup> y la difamación del menor<sup>67</sup> constituyen contenidos ilícitos contrarios al honor, a la intimidad y a la propia imagen<sup>68</sup> que han de ser reprimidos a través de leyes penales. Frente a tales contenidos y las páginas en las que consten, de acuerdo con el art. 30 LSSI-CE, podrá iniciarse una acción de cesación dirigida a obtener una sentencia que precisamente establezca la cesación de la conducta, así como su reiteración en el futuro<sup>69</sup>.

Respecto a los contenidos de carácter nocivo, podemos afirmar que, entre los mismos, se encuentra los vinculados con hábitos de alimentación poco saludables. Cada vez más, a través de las nuevas tecnologías, los menores de edad reciben comunicaciones comerciales de productos alimenticios que no resultan beneficiosos para una alimentación sana y equilibrada. No debe desmerecerse la relevancia de cuanto planteamos. De hecho, cada año se estima que mueren en torno a 2.8 millones de personas debido al sobrepeso y la obesidad<sup>70</sup>. En sede de los diez factores de riesgo identificados por la Organización Mundial de la Salud como determinantes de las enfermedades de carácter crónico, cinco, al menos, están relacionadas con el ejercicio físico y la alimentación. Debe repararse en que ambos pueden ser modificados.

- 
- 66 En relación a este extremo, Morillas Fernández, D.L. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*. Madrid (2005); Dykinson; Oliveira De Almeida, W. "Pornografía infantil (pedofilia), por meio da internet", *AR: Revista de Derecho Informático* (2010), 131; Uriarte Valiente, L.M. "Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas", *La Ley* (2010), 7372; Cabrera Martín, M. "La protección penal de los menores frente a la utilización de las nuevas tecnologías en la creación y difusión de pornografía infantil". En AA.VV. *Derecho y nuevas tecnologías*. Deusto (2011): Universidad de Deusto - Deustuko Unibertsitatea, 27-40; de la Rosa Cortina, J.M. "Delitos de pornografía infantil: novedades tras la reforma de 2010 y la ratificación del Convenio de Lanzarote", *La Ley* (2011), 7715-7716; González Tascón, M.M. "Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: la Directiva 2011/92/UE", *Revista penal* (2012), 30, 35-59; Fernández Teruelo, J.G. "Mecanismos policiales y judiciales de determinación del autor en los delitos cometidos a través de internet: especial referencia a los delitos de posesión y distribución de pornografía infantil y su tratamiento jurisprudencial". En AA.VV. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Oviedo (2013): Constitutio Criminalis Carolina, 243-260.
- 67 En cuanto a esta materia, con carácter general, Tabarelli de Fatis, S. "La controvertida regulación jurídico penal de la difamación a través de Internet". En AA.VV. *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Navarra (2002): Aranzadi, 65-94; López Richart, J. "Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento", *Derecho privado y Constitución* (2012), 26, 143-201.
- 68 Rueda Martín, M.A. "La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen", *Indret* (2013), 4.
- 69 Vega Vega, J. A. "La publicidad comercial y los consumidores", *Revista de Estudios Económicos y Empresariales* (2006), 18, 63-120.
- 70 En Europa la prevalencia de la misma –obesidad– se ha incrementado el triple en los últimos veinte años. En este sentido, puede afirmarse que está presente aproximadamente en el 50% de los adultos y el 20% de los menores de edad.

En cuanto a los contenidos nocivos, destaca el papel preventivo y, en caso, represor que los códigos de conducta, podrán desempeñar; pues implican un compromiso en firme de las empresas adheridas de tener en consideración, e implantar los medios técnicos que sean oportunos, los contenidos que puedan influir, de forma negativa, en el libre desarrollo de la personalidad de los menores, así como en sus derechos fundamentales.

Los menores de edad son, en definitiva, especialmente permeables a cuanto procede del exterior. Les resulta notablemente complejo distinguir la publicidad de la información. En este sentido, deberán observarse prácticas publicitarias responsables que tengan en consideración el público potencial y esencialmente destinatario de las mismas<sup>71</sup>. En el caso de la publicidad de determinados productos alimenticios debe evitarse que el público destinatario pueda asociar el consumo de ciertos alimentos a fortaleza, estatus, popularidad o fama, habilidad y más inteligencia. Igualmente, debe impedirse que se creen expectativas que puedan ser inalcanzables, o que exploten, en algún sentido, su ingenuidad o dificultad para distinguir entre fantasía y realidad. Por lo que respecta al aspecto físico, tan relevante para el público infantil, la representación de la niñez debe ajustarse a los cánones de normalidad –en estatura y en esbeltez-, evitando, en todo caso, estereotipos que contribuyan a desear una imagen falsa y plenamente idealizada del cuerpo de la persona. Se trata, en suma, de evitar que las comunicaciones comerciales puedan incentivar, aunque sea de manera indirecta, trastornos de la conducta alimentaria o eventuales conflictos de carácter emocional.

Los niños cuentan siempre con un círculo de personas que ejercen sobre ellos un cierto grado de autoridad ya tenga ésta un origen familiar o escolar o se trate de una autoridad moral en base de la especial confianza –fundada, en ocasiones, en la admiración- que el niño pone en esa persona. En esta situación se encuentran, respecto a los niños, los padres, tutores, profesores, y, en cierta manera, las personas en las que el niño puede depositar un especial grado de confianza, como, por ejemplo, es el caso de ciertos presentadores de programas infantiles, e, incluso, personajes de ficción<sup>72</sup> de series televisivas, películas, videojuegos<sup>73</sup>, etc. No en vano, resulta especialmente visible el recurso a tal tipología de sujetos en el espectro de la alimentación. En tal caso, el menor podría sentirse inclinado a adquirir el producto alimenticio, no tanto por las características inherentes al mismo –propiedades

71 La Resolución, de 15 de diciembre de 2010, del Parlamento Europeo sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores, destaca, entre otros aspectos, que los niños y los adolescentes constituyen categorías especialmente vulnerables a la publicidad, sobre todo en virtud del uso de nuevos medios de comunicación y tecnologías. En este sentido, como es sabido, se trata de un colectivo muy receptivo, curioso, sin demasiada madurez, potencialmente influenciable y ostenta un libre arbitrio limitado.

72 Tato Plaza, A. "Las prácticas publicitarias agresivas". En AA.VV. *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*. Navarra (2008): Thomson Civitas y Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de los Consumidores, 45-60.

73 Resulta sugerente la regulación que el *Children's Food and Beverage Advertising Initiative*, redactado por CARU y la BBB, efectúa de los *advergames* que no son sino juegos digitales con motivos publicitarios.

nutricionales, sabor, etc.-, sino habida cuenta del testimonio o respaldo del personaje, conocido y popular para el menor, que participa en el anuncio. Existe una excepción contemplada en el articulado del código PAOS. En este sentido, en el supuesto de las comunicaciones comerciales de alimentos y bebidas dirigidas a los menores que cuenten hasta con 12 años de edad, se podrán exhibir imágenes que efectúen la reproducción de escenas de cierto programa infantil, película o serie siempre que la misma guarde conexión directa con alguna promoción que se esté realizando. En todo caso, el citado documento, establece que, en el transcurso de dichas escenas, no se podrá realizar ningún tipo de alusión al producto promocionado, ni tampoco podrá figurar en pantalla.

En este sentido, la incorporación de la Directiva europea 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (más conocida como Directiva de Prácticas Comerciales Desleales), puede suponer la calificación de influencia indebida –y, por ende, como práctica agresiva- de cualquier conducta que suponga la utilización como prescriptores frente al niño de personas en las que aquél tenga depositada una especial confianza. Esta última podrá tener lugar ya sea por la relación familiar o académica que existe ya sea por la autoridad moral influyente –y, en ciertos casos, determinante- que la correspondiente persona –o, en su caso, personaje de ficción- pueden ejercer sobre el niño.

Así, cuando se refieran a menores, no deberán incitar, de forma directa o indirecta, o incentivar, a través de padres o tutores, propios o de terceros, a la contratación del bien o servicio ofertado<sup>74</sup>, ni, en ningún caso, perjudicar a tal colectivo desde un punto de vista físico o moral<sup>75</sup>. Ello no será visible solo para el caso de la industria juguetera<sup>76</sup>, sino que también podrá concurrir en el supuesto de la alimentación. Como dispone el apartado sexto del código de conducta PAOS, no deberá efectuarse presión en las ventas. De hecho, como es conocido, los menores de edad –sobre todo aquellos que tienen una edad de hasta 12 años- no están preparados, en modo alguno, para adoptar decisiones con suficiente toma de juicio y/o independiente. Por eso, con carácter general, en base al mencionado código de conducta, en los anuncios de

74 Al hilo de esta cuestión, debe apuntarse que la marca representa un factor que, en cierto modo, genera un *status*, convirtiéndolo, al mismo tiempo, en una suerte de necesidad. Como la práctica pone de manifiesto, cuando no se consigue un bien y/o servicio de una determinada marca, se genera un sentimiento de inferioridad. En el caso concreto de los menores, este sentimiento de frustración se acrecienta cuando el producto haya sido adquirido por amigos o personas de su entorno más cercano.

75 Leñena Mendizábal, E. e Irákulis Arregui, N. "La publicidad contraria al orden constitucional y los derechos de la personalidad", *Sentencias de TSJ, AP y otros Tribunales* (2004), 20; Leñena Mendizábal, E. e Irákulis Arregui, N. "La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales", *Aranzadi Civil* (2007), 12, 13-43.

76 Sobre esta cuestión y la eficacia que, al respecto desempeña la autorregulación, puede verse Martínez Pastor, E. Pérez-Ugena, A. y Salas, A. "Publicidad y juguetes: Análisis de los códigos deontológicos y jurídicos", *Pensar la Publicidad* (2010), 4, (2), 127-140.

alimentos y bebidas dirigidos a este público, deberá evitarse el recurso a una presión comercial excesiva<sup>77</sup>. Los anuncios de esta tipología de productos no deben hacer un llamamiento directo a los menores. Asimismo, los anuncios no deben mostrar que un padre o un adulto vinculado, directa o indirectamente, que adquiere un alimento o una bebida para el mismo es un padre o adulto mejor o más inteligente que el que, en su caso, no lo hace.

Tal práctica comercial, de acuerdo con el Anexo I –núm. 28- de la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales, se reputa desleal, en cualquier circunstancia, debiendo tener, también, esta consideración en todos los Estados miembros.

Recapitulando, para hacer frente a los contenidos ilícitos se recurrirá a la legislación vigente y los canales, tanto policiales como civiles, de denuncia. En este caso, lo que se pretende es eliminar los contenidos de la circulación, detener a los infractores y llevarlos ante la justicia. España, además de su legislación nacional, como país miembro de la Unión Europea, debe tomar las medidas pertinentes para incorporar a su legislación la normativa europea que recomienda la inclusión de los crímenes de racismo, xenofobia, apología de la violencia y del terrorismo y la discriminación racial en Internet, en el marco del Convenio sobre Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, firmado por dicho país en ese mismo año, pero no ratificado hasta septiembre de 2010<sup>78</sup>. Su aplicación beneficia el control y represión de los delitos que se producen en este ámbito.

Este Convenio constituye el primer tratado internacional sobre delitos cometidos vía Internet y otras tecnologías de última generación. Merece la pena destacar, además, la existencia de un Protocolo adicional al Convenio para criminalizar los actos de racismo y xenofobia cometidos a través de sistemas informáticos de 28 de enero de 2003<sup>79</sup>. Este Protocolo tiene por objeto la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia, en el ámbito de los sistemas informáticos, y, en particular, Internet, penalizando los actos racistas y xenófobos<sup>80</sup>.

Mantener a los menores a salvo de los peligros de la Red no es tarea fácil. Además de luchar frente a las conductas y contenidos ilícitos, es preciso adoptar una serie de medidas que les protejan, a la vez que se respeta su necesidad de libertad y su avidez de conocimientos. Sin embargo, cualquiera de estas medidas –ya sean

---

77 La publicidad de alimentación no deberá apremiar a la obtención del producto anunciado, ni, tampoco, crear un sentimiento de inmediatez o exclusividad.

78 Boletín Oficial del Estado núm. 226, 17 de Septiembre de 2010.

79 El Consejo de Ministros de España, en mayo de 2013, autorizó la firma del Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos.

80 Este protocolo entró en vigor en mayo de 2012 –España, como hemos señalado, lo hizo en mayo de 2013- y lo han ratificado seis países, mientras que otros, como Reino Unido, Rusia o Suiza, todavía no lo han suscrito.

de tipo tecnológico, educativo<sup>81</sup> o social- tiene costes y beneficios y su aplicación va a depender de aspectos como la edad o las características del menor. Encontrar el equilibrio entre intereses no es sencillo: mayores costes pueden estar justificados si el daño presumible es grande o muy probable o si están implicados niños de edades tempranas, más que adolescentes.

En el caso de los contenidos nocivos, el objetivo está limitado, por tanto, a evitar que los menores encuentren materiales indeseados o que puedan afectar a su normal desarrollo. Las estrategias serán, por consiguiente, de tipo preventivo, refiriéndonos fundamentalmente a soluciones de tipo tecnológico, educativo y social.

Queda claro, en definitiva, que el control de contenidos en la Red constituye una cuestión de primer orden que suscita nuevos retos para el Derecho e, indiscutiblemente, para las empresas que operan en este nuevo medio, cual es Internet. La forma en la que tradicionalmente se ha abordado este problema, lamentablemente, falla en la Red. Por una parte, los Estados ya no pueden actuar en solitario para hacer frente al control de los materiales que circulan por un medio de comunicación que no conoce fronteras territoriales. Son, por tanto, precisas soluciones supranacionales. Sin embargo, yendo más allá de la consideración esgrimida, en Internet no se puede seguir actuando sólo con prohibiciones – instrumento habitual de control de contenidos en los medios de comunicación clásicos- para regular los materiales presentes en la Red, pues tales medidas, en la práctica, han acreditado elevados niveles de ineficacia, así como, en ciertas ocasiones, de posible inconstitucionalidad<sup>82</sup>.

### 3.A propósito de la utilidad de los filtros de control parental

La regulación estatal debe seguir ostentando un papel activo en Internet, pero, junto a ella, se están abriendo paso medidas complementarias, entre las que destacan, como anteriormente apuntamos, la autorregulación del sector –a través de los denominados códigos de conducta- y el propio control del usuario mediante filtros<sup>83</sup> que, como seguidamente observaremos, también suscitan un buen número de problemas.

En cuanto a los códigos de conducta y la encomiable labor que desempeñan, en la materia que examinamos, únicamente anticiparemos que representan una

---

81 Dentro de la publicidad de corte educativo, dirigida al colectivo de los menores de edad, podemos destacar, sin ánimo agotador, las siguientes acciones: campañas que evitan el consumo de drogas; campañas relativas a una alimentación sana y equilibrada; protección del medio ambiente; difusión y fomento de la lectura.

82 García Morales, M. J. "Libertad de expresión y control de contenidos en Internet". En AA.VV. *Internet y pluralismo jurídico*. Granada (2003): Comares, 33-69; García Morales, M. J. "Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en Internet". En AA.VV. *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*. Granada (2006): Comares, 33-57.

83 Con carácter general, puede verse el trabajo de Cremades García, J. "Los filtros en Internet", *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red* (2000), 3, (3), 113-136.

pieza clave para el control de contenidos ilegales en la Red, pues en los mismos se establecen una serie de compromisos éticos que los agentes que, en materia de comercio electrónico, interactúan se obligan voluntariamente a cumplir<sup>84</sup>.

Debe ponerse de manifiesto, como hemos adelantado, la posibilidad que el consumidor o usuario –en este caso el padre o tutor- tiene de instalar programas que, con carácter previo, filtren los contenidos a los que, desde el equipo informático en el que se instale, podrán accederse.

La Unión Europea ha apostado, de manera firme, por la eficacia que los filtros presentan en la materia que examinamos a través de numerosas actuaciones, cuales, entre otras, son la Decisión 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, así como la Decisión 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea. Ciertas legislaciones de los países de nuestro entorno –como la alemana o la francesa- prevén la obligación del proveedor de bien suministrar estas medidas a los usuarios bien, al menos, de informarles acerca de las mismas. La LSSI-CE determina, en el art. 18.2 párrafo 3, que “los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos”, presuponiendo, de este modo, su utilización para luchar contra contenidos nocivos. Asimismo, procede poner de manifiesto que las actividades de clasificación y etiquetado de contenidos son, en cualquier caso, previas al sistema de filtrado.

En esta línea, cabe destacar la aprobación, por parte de la Junta de Andalucía<sup>85</sup>, dentro del ámbito de España, del Decreto 25/2007, de 6 de febrero, por el que se establecen medidas para el fomento, la prevención de riesgos y la seguridad en el uso de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación por parte de las personas menores de edad. Su importancia, además de en su contenido, estriba en que representa el primer texto normativo aprobado en España de estas características. Y es que, como hemos puesto de relieve, el uso de Internet constituye una valiosa herramienta educativa, si bien su uso inadecuado representa una amenaza para un sector de la población especialmente vulnerable, cual es el de los menores de edad<sup>86</sup>.

84 Price, M. E. y Verhulst, S. G. “Selbstregulierung und Verhaltenskodizes als Grundlage von Internet-Politik”. En AA.VV. *Verantwortung im Internet*. Gütersloh, (2000): Bertelsmann Stiftung, 141-209.

85 Constituye la institución en la que se organiza el autogobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Esta última representa una de las diecisiete Comunidades Autónomas en las que se divide España.

86 Sobre este particular, podemos destacar, entre otros muchos, en el espacio de América Latina, las siguientes normas que buscan la salvaguardia del menor: la ley peruana 29139 que prohíbe el acceso de los menores de edad a Web de contenido de carácter pornográfico.

Se trata de evitar que la visión de comunicaciones comerciales, presentes en ciertas páginas Web, incentiven, aunque sea de manera indirecta, trastornos de la conducta alimentaria o eventuales conflictos de carácter emocional. Por ello, lo más oportuno es que los filtros instalados, por padres o tutores, impidan el acceso a este tipo de páginas con contenidos nocivos.

Sin embargo, existe un problema, desde el punto de vista de la efectividad, a valorar, consustancial a las limitaciones de los programas informáticos en sí, que viene determinado por la imposibilidad que, en ciertas ocasiones, los filtros presentarán para bloquear el acceso a contenidos potencialmente nocivos o, en otros, por el contrario, restringirán el acceso a apartados que no presenten, en absoluto, carácter nocivo<sup>87</sup>.

Asimismo, como es sabido, todos los filtros presuponen una actividad de selección y, en su caso, de etiquetaje, realizándose esta última labor por parte de organizaciones privadas dedicadas a la clasificación de contenidos en Internet. No obstante, diversas instancias han puesto de relieve la falta de neutralidad de tales labores de etiquetaje, pues, en numerosas ocasiones, pretenden reflejar en los sistemas de clasificación sus propios intereses e imponer, de manera sutil, determinados criterios morales<sup>88</sup>. Se trata de evitar que las comunicaciones comerciales puedan incentivar, aunque sea de manera indirecta, trastornos de la conducta alimentaria o eventuales conflictos de carácter emocional.

#### 4. La capacidad en el espacio electrónico

En materia de comercio electrónico, sobre todo por lo que a los consumidores respecta, *a priori*, no resulta posible comprobar la capacidad de obrar de las partes que están contratando electrónicamente. Por lo que al empresario se refiere, su identidad y correspondiente capacidad puede ser conocida a través de diversos medios, como, por ejemplo, el certificado digital y la inscripción en el Registro Mercantil<sup>89</sup>, cuyo acceso electrónico es posible y, dicho sea de paso, recomendable<sup>90</sup>. Más problemático resulta, sin embargo, el conocimiento efectivo de la capacidad del consumidor; pues, en la actualidad, no existen medios inequívocos que nos permitan conocer la misma. De hecho, todavía no es posible acceder electrónicamente, a estos efectos, al Registro Civil.

87 Weinberg, J. "Rating the Net", *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* (1997), 19, 453-462.

88 Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*. París (1998): La Documentation française.

89 Sobre las bondades, en la materia que comentamos, de los iconos de confianza, nos remitimos al trabajo de López Jiménez, D. "Los distintivos electrónicos de confianza: el sello de calidad registral", *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2009), 153.

90 Guisado Moreno, A. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid (2004): Marcial Pons; Camacho Clavijo, S. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. Madrid (2005): Reus.

En cuanto a la actividad contractual del menor en el marco del comercio electrónico debemos manifestar que siempre que exista capacidad natural deberá reconocerse la correspondiente capacidad de obrar<sup>91</sup>. A este respecto hemos de señalar que, aunque en algunos casos la existencia de autogobierno es evidente, en otros puede no ser tan clara, de forma que, en ocasiones, puede existir incertidumbre para el tercero respecto a si debe contratar con el representante legal o debe hacerlo con el menor.

La validez de los contratos electrónicos efectuados por el menor estriba en el hecho de que requieran del menor una capacidad conforme a su edad y entendimiento –capacidad natural- y que no precisen de una especial complejidad, lo cual no tendrá lugar cuando se trate de contratos que el menor realice con habitualidad.

No es precisa la intervención del representante legal del menor, de acuerdo con el art. 162.1 Código civil español –CC-, cuando se trate de actos que éste pueda realizar, teniendo en consideración sus condiciones de madurez, por sí mismo.

En materia de contratación, en general, y de comercio electrónico, en particular, debe coordinarse el reconocimiento de la capacidad del menor con la protección que sea precisa<sup>92</sup>. Ante la falta de norma que determine la capacidad general del menor no emancipado, cuando el mismo intervenga en materia de contratación electrónica, no podrá determinarse, con carácter general, si el contrato es válido o no, debiendo, en todo caso, atender al supuesto concreto y valorar la capacidad del menor teniendo en consideración tanto la importancia del acto en cuestión como la madurez y desarrollo personal del menor. Aun así, por el simple hecho de que el menor sea parte del contrato, tal circunstancia, teniendo en cuenta los arts. 1300 a 1302 CC, no podrá ser invocada por la otra parte para anular el mismo, pues sólo podrán solicitar la impugnación el propio menor, cuando alcance la mayoría de edad, o el representante legal de éste último.

Procede destacar que los menores de edad no podrán contratar determinados productos o servicios como tabaco, alcohol u otros productos perjudiciales para la salud y/o prohibidos por la ley. En efecto, deberán establecerse mecanismos técnicos que acrediten que quien adquiere los productos citados es, como mínimo, mayor

91 Jordano Fraga, F. "La capacidad general del menor", *Revista de Derecho Privado* (1984), 883-904; Gete-Alonso y Calera, M. C. *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Madrid (1985): Civitas; Gordillo Cañas, A. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid (1986): Tecnos; Ramos Chaparro, E. *La persona y su capacidad civil*. Madrid (1995): Tecnos; O'callaghan Muñoz, X. "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor", *La Ley* (1996), 4, 1247-1251; López San Luis, R. *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001; Toldrá Roca, M. D. *La anulabilidad por causa de incapacidad (Reflexiones en torno al artículo 1304 del Código Civil)*. Valencia (2006): Tirant lo Blanch.

92 Díaz Alabart, S. "El derecho de asociación de los menores", *Revista de Derecho Privado* (2002), 9, 613-648.

de edad. En otras palabras, antes de perfeccionarse el contrato electrónico, deberá verificarse la edad del consumidor y/o usuario.

Cabe, en este sentido, la posibilidad de que el menor adquiera o contrate electrónicamente un bien o servicio sirviéndose, para ello, de maquinaciones fraudulentas existiendo, por tanto, dolo. Tal fenómeno existirá en el supuesto de que el menor se haga pasar en la contratación electrónica, cuando así sea preciso, por mayor de edad o por otras personas, mayores de edad, suplantando, además, la personalidad de éstos.

### III. VIRTUALIDAD DE LA AUTORREGULACIÓN COMO SUGERENTE COMPLEMENTO (QUE NO ALTERNATIVA) DE LA NORMATIVA LEGAL IMPERANTE

Aunque ya hemos anticipado, cuando ha resultado procedente, las bondades que, en materia de protección de los menores de edad, con carácter general, desempeña el fenómeno de la autorregulación, cabe, a continuación, efectuar un análisis más extenso y particularizado del mismo.

#### I. Concepto

Hemos adelantado, al hilo del análisis de ciertos ámbitos –vinculados, directa o indirectamente, con la contratación electrónica- en los que el menor puede verse perjudicado, las prerrogativas que los códigos de conducta ostentan (que, como veremos, representa uno de los presupuestos de los sistemas de autodisciplina). De hecho, uno de los contenidos más significativos de los mismos es, precisamente, la protección de los menores de edad. Los preceptos de los códigos de conducta inciden en la necesidad de garantizar la salvaguarda de tal colectivo en diferentes espacios, cuales, por ejemplo, son bien el marco general de la contratación electrónica bien un ámbito concreto de este último, que, en el caso que nos ocupa, es el los productos alimenticios. Es, en este último supuesto, donde se inserta el código PAOS, del que, más adelante, nos ocuparemos. Son numerosas y ciertamente plausibles las medidas propuestas para alcanzar un nivel de protección elevado de los menores de edad.

Con carácter general, en virtud de la autodisciplina, se busca conseguir que los operadores de la cadena alimentaria fijen sus propias vías o canales de perfeccionamiento de la actividad contractual mediante un código de conducta que, insistimos, se inserta dentro de un sistema de autorregulación. Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, sin perjuicio de que no nos ocuparemos de tal materia, en este momento, cabe precisar que se aproxima a la de un contrato normativo<sup>93</sup>.

93 Al respecto, véase López Jiménez, D. "Aproximación a la posible naturaleza jurídica de los instrumentos derivados de la autorregulación en el ámbito digital", *Revista Jurídica del Notariado* (2012), 84.

Podemos definir, con carácter general, la autorregulación publicitaria como un sistema voluntariamente establecido por las empresas que integran el sector publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación) en virtud del cual se persigue que el ejercicio de la actividad publicitaria –tradicional<sup>94</sup> y virtual<sup>95</sup>- se haga de forma legal, honesta y responsable, en beneficio de los consumidores y usuarios, de los competidores, del mercado publicitario y de la sociedad en general<sup>96</sup>.

La autorregulación, aplicada al ámbito que analizamos, es un sistema mediante el cual la industria publicitaria se autodetermina<sup>97</sup>. Los tres actores de la industria: los anunciantes (que abonan los gastos de publicidad), las agencias (a cargo de su forma y contenido) y los medios (que ejercen de vía o soporte) se ponen de acuerdo sobre unos mínimos de conducta.

El fenómeno de la autorregulación publicitaria transfronteriza representa una manifestación del progresivo desarrollo de una normativa extraestatal –diferente de la legislación estatal y de la normativa internacional (contenida, en gran medida, en los convenios internacionales)- significativa, no solo para la ordenación de las relaciones mercantiles, sino, además, para la tutela de los consumidores en un entorno de expansión de la contratación internacional de consumo<sup>98</sup>.

94 Sobre este particular, Gómez Segade, J.A. y Lema Devesa, C. “La autodisciplina publicitaria en Derecho comparado y en el Derecho español”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (1982), 31-114; Tato Plaza, A. “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (1997), 18, 161-186; Gómez Castallo, J.D. “Autocontrol Publicitario, un complemento al control legal”, *Marketing y Ventas para directivos* (1998), 13, 10-11; Gómez Castallo, J.D. “La autorregulación publicitaria”, *Economistas* (2002), 20, 58-67; De la Cuesta Rute, J.M. “Un límite al poder autorregulador de autocontrol de la publicidad”, *Cuadernos de derecho y comercio* (2003), 43, 11-36; Tato Plaza, A. “La autodisciplina publicitaria”, *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2005), 102.

95 En relación a esta materia, Gómez Castallo, J.D. “Sistemas alternativos de resolución de conflictos. La autorregulación e Internet”. En AA.VV. *Comercio Electrónico en Internet*. Madrid (2001): Marcial Pons, 449-475; Aparicio Vaquero, J.P. “Autorregulación de Internet y resolución extrajudicial de conflictos”. En AA.VV. *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid (2004): Colex y Caja Duero, 471-510; Tato Plaza, A. “La publicidad en Internet”. En González Delgado, J.A. (Coord.), *Responsa iurisperitorum digesta*. Salamanca, (2004): Ediciones de la Universidad de Salamanca, 89-104; Alvarado Herrera, L. “La autorregulación en la publicidad realizada por medios electrónicos: algunas reflexiones sobre confianza on-line”. En AA.VV. *Derecho Patrimonial y Tecnología. Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*. Barcelona (2007): Marcial Pons, 475-488; Patiño Alvés, B. *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*. Barcelona (2007): Bosch; Guillén Catalán, R. “La autorregulación: solución alternativa de conflictos en materia de comunicaciones comerciales electrónicas”. En AA.VV. *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia (2008): Tirant lo Blanch, 339-346.

96 Fernando Magarzo, R. “La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial”, *Estudios sobre Consumo* (2008), 84, 71-83; Gómez Castallo, J.D. “Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado”. En AA.VV. *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid (2010): Marcial Pons, 116.

97 El fenómeno de la autorregulación, según dispone Cranston, R. *Consumers and the Law*. Londres, (1984): Weidenfeld & Nicolson, proviene de una concepción gremialista de los mercaderes en la Edad Media que concibieron la necesidad de aprobar códigos de conducta para fortalecer la posición de ese gremio frente al mundo exterior. Modernamente, la concepción que se ha configurado en estos sistemas de autorregulación proviene del sistema jurídico anglosajón.

98 Callies, G.P. “Transnationales Verbrauchervertragsrecht”, *RebelsZ* (2004), 68, 254-259.

Existen dos grandes modalidades de sistemas de autodisciplina. Por un lado, los individuales en los que las reglas de conducta y el organismo de control se sitúan dentro de una sola empresa, y, por otro, los colectivos en los que ambos aspectos – las reglas de conducta y el organismo de verificación- abarcan a una multiplicidad de empresas. A su vez, los últimos mencionados –colectivos- pueden ser sectoriales o centralizados. En los sectoriales, el sistema de autodisciplina alcanza a empresas que pertenecen al mismo sector o grupo profesional, mientras que en los centralizados se integran empresas de diversos grupos profesionales.

Aunque la publicidad difundida en Internet se encuentra sometida a la propia normativa legal, como no podía ser de otra manera, tal régimen parece no ser suficiente o adecuado. De hecho, aunque la heterorregulación debería ser una ordenación de mínimos, lo cierto es que la misma no está siendo todo lo eficaz que debiera. En efecto, en cierta medida, como consecuencia del control externo, existe una hiperregulación sobre la comunicación comercial debido a la pluralidad de legisladores<sup>99</sup>, de enfoques<sup>100</sup>, intereses<sup>101</sup> y controles<sup>102</sup>.

Teniendo en cuenta numerosos factores que imperan en la cuestión que consideramos –como, entre otros muchos, la extraterritorialidad de la Red, la extraordinaria celeridad de las modificaciones tecnológicas acontecidas en el espacio que analizamos, así como la necesidad de garantizar elevados niveles de protección para todos los tipos de agentes que, en este espacio, interactúan (los consumidores –mayores y menores de edad-, la industria, la Administración o, en otros términos, la sociedad en su conjunto)-, lo más aconsejable es que tal normativa se vea completada<sup>103</sup> –pero no sustituida- por el fenómeno de la autorregulación. Ahora bien, no debe tampoco pasar desapercibido que el contenido de la legislación condiciona directamente el de la autorregulación<sup>104</sup>. Sin embargo, existen autores<sup>105</sup>

99 Debe, en todo caso, ponerse de manifiesto el ingente entramado normativo que, tanto en España como en los países de nuestro entorno, afecta al sector de la publicidad. Por lo que se refiere a nuestro país, ha de indicarse que tal elenco de disposiciones se elaboran en diversos ámbitos. En este sentido, aunque la legislación y normativa reglamentaria estatales son realmente numerosas, todavía lo son más, si cabe, las que tienen carácter autonómico.

100 Ha de aludirse a la regulación del mensaje publicitario desde tres grandes perspectivas, a saber: la regulación general; la disciplina por razón del medio y; la ordenación en función del producto.

101 Respecto a los objetivos perseguidos por las normas aprobadas en materia publicitaria, cabe determinar que los mismos son muy dispares. Así, por ejemplo, podemos mencionar la salvaguarda de la competencia económica, la protección de los consumidores, etc. En todo caso, debe advertirse que, en ocasiones, puede resultar complejo determinar el interés específico que una norma vinculada con la publicidad va a tutelar.

102 En el supuesto de que se difunda un anuncio eventualmente ilícito cabe la posibilidad de que el mismo sea sancionado por vía administrativa, civil o penal.

103 Martín Llaguno, M. *En torno a la deontología de la comunicación comercial*. Alicante, (2006): Publicaciones de la Universidad de Alicante, 188; García Uceda, M. *Las claves de la publicidad*. Madrid (2008): Esic, 469; Muñoz Machado, S. "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica". En AA.VV. *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid (2009): Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 121.

104 Petty, R.D. "The Law of misleading advertising: an examination of the difference between common and civil law countries", *International Journal of Advertising* (1996), 15, 1 y 2.

105 Lewin, H.J. "The limits of self-regulation", *Columbia Law Review* (1967), 67, 603-644; Stern, L. "Consumer self-protection via self-regulation", *Journal of Marketing* (1971), 35, 4-53.

que consideran que el fenómeno de la autorregulación no ha de ser sacralizado, ya que presenta una limitación inherente. Así, la propia industria puede sugerir que se observen un elenco de prácticas ideales, aunque las empresas no tienen, en modo alguno, la obligación de observarlas. En efecto, no tienen el mismo grado de coercibilidad que una norma jurídica. En todo caso, su asunción voluntaria supone un plus adicional frente a otras empresas, por lo que su adhesión debe ser valorada positivamente, por el público destinatario, pues constituye una ventaja competitiva.

## 2. Presupuestos

Los documentos de buenas prácticas, en ocasiones, se integran en lo que puede denominarse un sistema de autorregulación. Para su concurrencia deberán necesariamente concurrir dos presupuestos. Se trata, por un lado, del documento de referencia<sup>106</sup> o de buenas prácticas y, por otro, del organismo de control, imparcial e independiente, que se encargará de velar por su plena observancia<sup>107</sup>. La falta de alguno de los presupuestos preceptivos o el mal funcionamiento de los mismos determinará que el sistema, además de ineficaz, sea incompleto. Seguidamente, efectuaremos ciertas consideraciones respecto a cada uno de los mencionados.

Por un lado, el documento de buenas prácticas supondrá el establecimiento de ciertas garantías, que vayan más allá de la legislación semi-imperativa<sup>108</sup>, que es una exigencia ineludible para que nos encontremos ante un verdadero documento de buenas prácticas (típicamente, insistimos, un código de conducta), ya que, de otro modo, podríamos estar ante una mera recopilación legislativa o una explicación, más o menos, didáctica de la normativa imperante. El documento de buenas prácticas regiría, en toda su extensión, en las mejoras operadas –en el plano estrictamente legal, así como en el ético–, con respecto al potencial consumidor y/o usuario, pero no en las rebajas realizadas sobre la legislación protectora del consumidor que no debe olvidarse ostenta carácter semi-imperativo<sup>109</sup>. En otras palabras, cuando la norma

106 La denominación de las figuras derivadas de la autorregulación es radicalmente diversa a las que ostentan las fuentes jurídicas clásicas.

107 Ahora bien, la Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) únicamente reconoce aquellos sistemas de autodisciplina que incluyan mecanismos de resolución extrajudicial de litigios que se fundamenten y hayan sido objeto de reconocimiento a tenor de lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 y que, como tales, hayan sido notificados a la Comisión Europea.

108 Son válidas, por consiguiente, las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas que la normativa legal mínima para el consumidor y/o usuario. Se hace aplicación de las denominadas, por la doctrina alemana, normas semi-imperativas (*Halbzwingende Vorschriften*) que serían modificables únicamente en beneficio del consumidor, pero no en sentido contrario.

109 Frente a lo establecido en el art. 6.2 del CC español –que preceptúa que “la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”–, el art. 10 del Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias –TRLGDCU– incluye la regla general de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores y, además, atribuye a la renuncia, no precisamente cualquier grado de invalidez, sino la nulidad de pleno Derecho. Tratándose de un Derecho tuitivo de la parte débil, que es el consumidor, frente al empresario, que podría, de manera sencilla, imponer sus condiciones, la irrenunciabilidad de derechos representa una regla necesaria para su efectividad real. De hecho, numerosas reglas similares a la del art. 10

legal sea semi-imperativa, no se podrá excluir su contenido en perjuicio de la parte a la que la ley quiso proteger. La redacción de los documentos en los que se incluyen las normas de conducta resulta posible gracias al principio de la autonomía de la voluntad y, naturalmente, habrán de respetar la legislación tanto imperativa como semi-imperativa que, sobre el particular, existe<sup>110</sup>. De hecho, como acertadamente determina un sector de la doctrina<sup>111</sup>, es posible que la acción reglamentista no sea precisamente la opción más idónea para solventar muchos problemas, en cuyo caso la autorregulación puede alcanzar sugerentes objetivos de protección de los consumidores –entre los que deben entenderse incluidos los menores-, sobre todo en industrias que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores. Una autorregulación real, con compromisos claros y (voluntariamente) obligatorios con los consumidores y que sea correctamente aplicada, puede reducir la necesidad de la reglamentación. Las normas que se recogen en estos códigos suelen estar mucho más adaptadas al problema concreto que quieren solucionar; ya que la elaboración de los mismos se ha efectuado, precisamente, por las personas que se encuentran en una relación más cercana con la problemática a resolver.

Sin perjuicio de que nos dedicaremos, de manera preferente, al examen del código PAOS que rige en el ámbito de la publicidad, debemos considerar que el mismo coexiste con otros instrumentos, cual, entre otros, es el código de buenas prácticas mercantiles en la contratación alimentaria<sup>112</sup>.

Y, por otro, el segundo presupuesto al que aludimos es el órgano de control para, en su caso, solventar las controversias acontecidas entre las empresas adheridas y los consumidores o usuarios que, de una u otra forma, acometan la contratación o prestación de un bien y/o servicio, incluyendo las actividades destinadas a la promoción –publicidad interactiva- de los mismos. En otras palabras, el mecanismo extrajudicial de resolución de litigios<sup>113</sup> se pronunciará sobre la existencia o inexistencia de una posible vulneración del documento de buenas prácticas (cual, por ejemplo, es un código de conducta) en el que el mismo se integra, imponiendo, en su caso, la sanción que proceda según el articulado de este último. Del artículo 37.4 de la LCD pueden deducirse dos grandes cuestiones. Por un lado, el carácter

---

del TRLGDCU figuran en otras muchas normas, comunitarias, estatales y autonómicas, de protección de los consumidores. Finalmente, también hemos de advertir que, aunque el art. 10 del TRLGDCU alude a los derechos que esta norma reconoce, tal término debe ser interpretado en un sentido amplio. Así, debería entenderse incluido en el mismo, de manera complementaria, la renuncia de cualquier facultad o la renuncia de acciones para la protección de tales derechos, así como de cualquier interés legítimo tutelado por el TRLGDCU.

110 Sobre este particular, López Jiménez, D. “El principio de la autonomía de la voluntad como instrumento para la consecución de la confianza electrónica: los códigos de conducta”, *Repertorio de Tribunales Superiores de Justicia - Audiencias Provinciales* (2009), 20, 11-24.

111 Vega Vega, J.A. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Madrid (2005): Reus, 404.

112 A ello se dedican los arts. 15 a 18 de la Ley española 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

113 En el ámbito del Derecho francés debemos señalar que, en el marco de la *Loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche* -Ley sobre la modernización de la agricultura y la pesca- de 27 de julio de 2010, sin acudir a la autorregulación, se recurrió a un mediador cuyas competencias se ampliaron en 2011.

obligatorio del órgano de control que necesariamente debe existir para que estemos ante un verdadero organismo de control. Y, por otro, que dicho órgano ha de ser independiente.

Lo primero resulta no solo de la naturaleza del sistema de autodisciplina – que, como ya vimos, requiere la existencia del documento de buenas prácticas – típicamente un código de conducta- y del órgano de control-, sino de la fórmula verbal imperativa empleada por el legislador español (“se dotarán”), de manera que los que no tengan ese órgano no parece que deban merecer la condición de sistema de autorregulación a los efectos legales.

La independencia del órgano es presupuesto para que pueda asumir el sistema de resolución extrajudicial de controversias<sup>114</sup> legalmente previsto, y deberá predicarse tanto de los miembros que lo componen como del propio órgano en sí en su actuación. A tal fin, el establecimiento de un elenco de causas de abstención y recusación ayudaría a reforzar esa garantía, que deberá respetar las exigencias contenidas en la Recomendación comunitaria 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998 y de la Recomendación europea 2001/310/CE, de 4 abril 2001, de la Comisión que establece los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, cuando se trate de un código de conducta que reglamente las relaciones entre empresarios y consumidores.

La normativa indica que dichos sistemas de autodisciplina deben cumplir los requisitos establecidos en la legislación comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo, de 25 de mayo de 2000, relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente (que se conoce como red EJE<sup>115</sup>). Parece, en consecuencia, que impone que los órganos de control estén integrados en la red EJE. Integración que implica el pleno respeto de los principios establecidos en la Recomendación europea 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, relativos a independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación, completados, asimismo, por la Recomendación

---

114 Según la Unión Europea, en la actualidad, se estima que existen unos 750 sistemas nacionales de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo.

115 La Red EJE –Red extrajudicial europea de resolución alternativa de conflictos- es una red de asistencia e información al consumidor constituida por puntos de contactos nacionales –denominadas “cámaras de compensación”- establecidos en todos los Estados miembros, así como en Noruega e Islandia. La misma tiene como fin la solución extrajudicial de conflictos en el ámbito de consumo, pero en especial los vinculados con el comercio electrónico transfronterizo. Con esta medida, se trata de facilitar a los consumidores el acceso a una vía de compensación en el supuesto de litigio con proveedores establecidos en otros países de la UE, así como de Noruega e Islandia, diferentes del Estado miembro de residencia del consumidor.

comunitaria 2001/310/CE, de 4 abril 2001, de la Comisión<sup>116</sup> –que alude, en su ámbito, a los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad<sup>117</sup>–.

Dicho de otra manera, solo se consideran verdaderos sistemas de autodisciplina, a efectos legales, los que reúnan los requisitos explicitados. En caso contrario, se hablaría de sistemas de autodisciplina impropios, hasta el punto que su presentación pública podría incluso dar origen, a tenor del art. 5 de la LCD, a un acto desleal por engaño.

### 3. Eficacia

En caso de infracción de los códigos de conducta, no hay, sin embargo, un aparato público o estatal –órganos jurisdiccionales o, en su caso, administrativos– para hacerlos cumplir. Uno de los interrogantes más significativos que los mismos plantean es, precisamente, cuál es su eficacia real, así como, en este sentido, qué acontece en caso de incumplimiento. La respuesta al respecto pasa por el poder sancionador que el organismo de control del sistema de autorregulación ostenta. Tal autoridad, de carácter coactivo, está supeditada al grado de compromiso que, en su caso, el empresario sancionado tenga.

Los códigos deontológicos no tienen, en ningún caso, la coerción de una norma jurídica<sup>118</sup>. Este punto es probablemente su debilidad, sin que la misma pueda interpretarse como su ineficacia. Teniendo en consideración que, en la práctica totalidad de las ocasiones, no puede hablarse de un comportamiento ético al margen de la legalidad, el primer mandato ético al que ineludiblemente deben obedecer los sistemas de autorregulación, en el ámbito que comentamos, estriba en la necesidad de adecuar las operaciones efectuadas a la legalidad vigente<sup>119</sup>.

Un supuesto especialmente controvertido, en todo el orden de cuestiones que venimos abordando, vendría determinado por el hecho de qué consecuencias podría tener la exhibición del sello de confianza –acreditativo de la adhesión a un determinado código de conducta en materia de comercio electrónico– en el sitio Web y/o en diferentes instrumentos o canales publicitarios de la empresa y el

---

116 Aunque en un plano diverso, debemos, asimismo, tener en cuenta el Reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, relativo a la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores.

117 Doce años después de la aprobación de las Recomendaciones de la Comisión sobre los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, en materia de consumo, el análisis de la situación actual pone de manifiesto que las medidas adoptadas únicamente, a nivel nacional, no han hecho que la cobertura de tales instrumentos sea realmente suficiente.

118 En cualquier caso, como adelantamos, cabe recordar que, en sede de naturaleza jurídica, los códigos de conducta podrían aproximarse a la figura de los contratos normativos. Por consiguiente, como puede colegirse, son verdaderamente contratos. Sería la contractualidad la que, por tanto, explica su eficacia.

119 Tato Plaza, A. “La autodisciplina publicitaria”, *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2005), 102.

posterior incumplimiento que las obligaciones inherentes a su muestra representa. En relación a esta cuestión, debemos efectuar dos matizaciones.

La primera que la publicidad integra el contenido del contrato. Como determina el art. 61.2 del TRLGDCU, "las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato". Si referimos tal estipulación al ámbito de los códigos de conducta del comercio electrónico, habremos de considerar la plena vigencia de las obligaciones asumidas por el prestador de servicios de la sociedad de la información. En consecuencia, como lo ofrecido no coincide con lo publicitado –aunque sea en el ámbito del régimen puramente jurídico o contractual del convenio–, existiría incumplimiento contractual por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información cuya actitud defraudaría las iniciales expectativas del consumidor y/o usuario.

La segunda, sin perjuicio de que ya lo hemos anticipado, pasa por considerar la posible deslealtad del comportamiento recientemente descrito. En efecto, la Directiva sobre prácticas comerciales desleales ha dado un paso adelante en la imbricación de los sistemas de autocontrol en el régimen de represión de la competencia desleal, al incluir entre las prácticas comerciales desleales el incumplimiento de los compromisos asumidos por la adhesión a códigos de conducta en determinadas circunstancias. A este respecto, el art. 6.2.b) de la misma sólo considera práctica comercial engañosa el incumplimiento de los compromisos asumidos por la adhesión a códigos de conducta, en los casos en los que el empresario haga expresa mención de su sometimiento a tal código entre las alegaciones o manifestaciones realizadas en una práctica comercial. La idea que subyace en este precepto es que cuando una empresa declara su adhesión a un código hace nacer expectativas legítimas.

#### 4. Autocontrol de la Publicidad como sistema ejemplar sobre la materia

Además de la verificación *a priori* (denominada *copy advice* o asesoramiento previo<sup>120</sup>), ciertos sistemas de autodisciplina posibilitan un examen *a posteriori* de las eventuales disputas que se susciten en torno a la posible vulneración del código de conducta. Este último se efectúa por parte del organismo de control que actúa una vez que la campaña promocional se ha difundido. En tal supuesto, el contenido de las resoluciones determinarán, en su caso, la ilicitud de la publicidad,

120 En el caso del informe de pre-emisión, o *copy advice*, el Gabinete Técnico de Autocontrol, cuando sea solicitado por un anunciante, un medio de difusión y/o una agencia, con carácter previo a que el anuncio o comunicación comercial sea objeto de difusión o comunicación, analiza su grado de compatibilidad con las normas legales y éticas –cuyo compromiso ha sido asumido en virtud de la adhesión a los códigos de conducta–. Las conclusiones de tal dictamen pueden ser diversas. Así, puede ser que no existan obstáculos para la difusión pública de la comunicación comercial; que se desaconseja, por completo, la difusión del mismo; y, por último, que se aconseja la difusión del anuncio, aunque con restricciones, cuales son, por ejemplo, que el mismo tenga lugar, con carácter exclusivo, en determinadas franjas horarias.

por la infracción de una o varias normas éticas –presentes en el articulado de los códigos de conducta-, instando al anunciante a cesar o modificar la publicidad. Entre los sistemas extrajudiciales más paradigmáticos, contemplados en la lista publicada por la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores, destaca el denominado Jurado de Autocontrol de la Publicidad. Sin perjuicio de la loable labor que tal organismo realiza, se echa en falta la puesta en marcha de una institución que tutele, de manera efectiva, vele por los derechos del menor de edad. Tales derechos resultan especialmente dignos de salvaguarda, por encima de cualquier derecho de índole comercial, por legítimo que el mismo sea<sup>121</sup>.

Entre los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos que existen, a escala europea, en materia de publicidad interactiva, hay uno que constituye un modelo de referencia. Se trata del Jurado de Autocontrol de la Publicidad, que presenta origen español.

La asociación en la que el Jurado de Autocontrol de la Publicidad se integra, aunque sin ser un órgano dependiente de la misma –pues goza de plena independencia-, es Autocontrol. Esta última se constituyó en 1995, ostentando su precedente en Autocontrol de la Publicidad S.A. que se creó en 1977. Respecto a los asociados de Autocontrol, cabe indicar que, entre anunciantes, agencias y medios, agrupa a más del 75% de la industria publicitaria en España.

Autocontrol es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a su Red Extra-judicial Europea, por cumplir, su órgano extrajudicial de resolución de controversias –el Jurado de la Publicidad-, los requisitos y principios de independencia<sup>122</sup>, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los de los litigios en materia de consumo<sup>123</sup>.

Las funciones, la composición y el funcionamiento del Jurado se regulan tanto en los arts. 44 a 50 de los Estatutos de Autocontrol, de 11 de mayo de 1995 –cuya última modificación es de 26 de abril de 2011-, como en el Reglamento del propio

---

121 En la nueva Ley General española de la Comunicación Audiovisual se prevé la creación de un Consejo estatal de Medios Audiovisuales. Éste es susceptible de ostentar un elenco importante de consecuencias positivas en la materia que abordamos.

122 Sobre los conceptos de independencia e imparcialidad, Galán González, C. *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*. Valencia (2005): Tirant lo Blanch, 19-26.

123 Ahora bien, no faltan reclamaciones administrativas en las que expresamente se alude a la falta de independencia e imparcialidad del Jurado de la Publicidad. En este sentido, la Resolución, de 28 de abril de 2008, de la Comisión Nacional de la Competencia (AC 2008/1775), que desestima el recurso presentado por Ausbank Consumo frente a Autocontrol. A este respecto, Ausbank Consumo entendía que el Jurado carecía de tales caracteres, dado que estaba integrado en la propia estructura de quien crea las normas, ser designado y pagado por Autocontrol.

Jurado de la Publicidad, de 23 de abril de 1997, cuya última reforma data de 2 de octubre de 2013.

El Jurado está formado, en virtud de los arts. 44. I del Estatuto de Autocontrol y 3 del Reglamento del Jurado, por un presidente, seis vicepresidentes y veinte vocales de indiscutible imparcialidad. Nótese el acento de imparcialidad que pretende ponerse de relieve y, en consecuencia, alcanzarse con el vocablo "indiscutible". Es importante insistir en la necesidad de que ninguno de los miembros del Jurado puede tener relación de ningún tipo con las empresas adheridas. El art. 14 del Reglamento del Jurado establece, en este sentido, un completo régimen de causas de abstención y de recusación que impide la participación de los miembros del Jurado en los que concurran uno o varios de los motivos enumerados en aquél precepto.

Resulta interesante señalar que, a pesar de que no existe indicación expresa sobre el particular ni en los Estatutos de Autocontrol ni en el propio Reglamento del Jurado, tanto el presidente como los seis vicepresidentes del Jurado son juristas, mientras que los vocales son expertos en publicidad<sup>124</sup>.

El Jurado actúa en pleno o por secciones. El pleno es competente para aprobar los anteproyectos de códigos y normas de conducta elaborados por las secciones y resolver los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones dictadas por las secciones. Las secciones, que son seis presididas por un vicepresidente del Jurado, son competentes para: emitir dictámenes solicitados por la asociación; elaborar los anteproyectos de códigos y normas de conducta para la asociación<sup>125</sup>; solventar las reclamaciones por infracción de los códigos y normas de conducta que aplica la asociación; resolver las solicitudes de revisión de *copy advice* planteadas por anunciantes; atender las solicitudes de aclaración de las resoluciones; y actuar como árbitro en aquellas cuestiones publicitarias sometidas a su decisión.

Tal órgano únicamente interviene cuando una controversia está planteada y actúa de acuerdo con un procedimiento reglado según los principios de igualdad de las partes, de audiencia y de contradicción. Aunque es cierto que el Jurado ostenta una dependencia administrativa de Autocontrol de la Publicidad, no es, en absoluto, un órgano suyo. Está formado por expertos<sup>126</sup> de diferentes ramas del saber: Derecho, Economía, Publicidad, Comunicación, Sociología, etc., al que se recurre cada vez en

---

124 Tato Plaza, A. y Fernández Carballo-Calero, P. "Derecho de marca y autodisciplina publicitaria". En AA.VV., *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*. Madrid (2009): La Ley, 1005.

125 Mientras el código general de conducta publicitaria es elaborado por Autocontrol, los códigos de conducta de carácter sectorial no son elaborados por dicha asociación. En efecto, son objeto de redacción por parte de la asociación sectorial de que se trate. En todo caso, una vez que se han constituido, es Autocontrol quien se encarga de su cumplimiento.

126 De hecho, entre los vocales de las diferentes secciones se encuentran ex directivos de agencias de publicidad, ex directivos de medios, así como personas que ocuparon puestos de relevancia en materia de consumo en el ámbito de la Administración Pública.

más ocasiones<sup>127</sup>. Cabe precisar que el Instituto Nacional de Consumo español participa en la selección del 25% de sus componentes<sup>128</sup>. A pesar de su juventud, el sistema de autorregulación publicitaria creado por Autocontrol se ha convertido en el mecanismo preferente de resolución de controversias en España<sup>129</sup> por encima, incluso, de los tribunales de justicia<sup>130</sup>.

Podemos afirmar que el gran protagonista del nuevo sistema español de autodisciplina publicitaria es el denominado Jurado de la Publicidad que se define en el art. 44.1 de los Estatutos de Autocontrol como un órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, dotado de absoluta autonomía e independencia en sus funciones y formado por personas independientes<sup>131</sup>.

Conviene advertir que las diferencias que existen entre que el Jurado actúe en aplicación de normas y que Autocontrol emita dictámenes sobre la publicidad son muy significativas. Los dictámenes de Autocontrol se emiten por órganos de la propia asociación, no responden a ningún procedimiento regular y, sobre todo, Autocontrol, al realizar esa actividad dictaminadora, no hace ninguna operación de solución extrajudicial de conflictos<sup>132</sup>. Por eso, el dictamen no puede tener el valor jurídico de una resolución del Jurado.

Únicamente se ocupa de la publicidad comercial, quedando, por consiguiente, excluida la publicidad política, institucional y religiosa. Además, a tenor del art. 13.2 del Reglamento del Jurado, necesariamente debe tratarse de publicidad emitida en España en los últimos doce meses, incluyéndose la publicidad de carácter transfronterizo –art. 12.2 del Reglamento del Jurado–, pero también aquella que se haya difundido en el extranjero, que hayan sido condenados en firme por el correspondiente órgano nacional de autocontrol integrado en EASA<sup>133</sup> –*European Advertising Standards Alliance* o Alianza Europea para la Deontología Publicitaria–, si es que existen indicios de que la misma se vaya a emitir también en España –art. 12.3 del Reglamento del Jurado–. De igual modo, de acuerdo con el art. 13.3 del Reglamento del Jurado, no se admitirán a trámite las reclamaciones que versen

---

127 Illescas Ortiz, R. y Perales Viscasillas, P. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid (2003): Editorial Centro de Estudios Ramón Areces y Universidad Carlos III de Madrid.

128 Autocontrol ha firmado tres convenios con el Instituto Nacional de Consumo -INC-. El primero de tales convenios, firmado en 1999, tiene como fin establecer un marco de relación que posibilite la cooperación mutua en el seguimiento de la publicidad y la detección, corrección y supresión de la publicidad incorrecta. De hecho, en el mismo se prevé que corresponderá al INC el nombramiento de un 25% de los miembros del Jurado, como medio para garantizar la participación de los consumidores en dicho órgano.

129 A fecha de hoy, ha resuelto unos 2000 casos relativos a cuestiones publicitarias.

130 Fernando Magarzo, M.R. "Arbitraje y publicidad. La resolución extrajudicial de controversias en el ámbito publicitario: el jurado de autocontrol de la publicidad", *Anuario de Justicia Alternativa* (2007), 8, 91-92.

131 Tato Plaza, A. "La autodisciplina publicitaria", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2005), 102.

132 El procedimiento ante el Jurado no presenta, en modo alguno, carácter arbitral, ni el mismo se rige por la normativa de arbitraje, sino por lo establecido en su propio Reglamento.

133 Representa una organización sin ánimo de lucro, creada en 1992, con sede en Bruselas, que reúne a diversas organizaciones nacionales de publicidad de autorregulación de Europa y otros espacios diversos.

sobre una comunicación comercial que haya sido resuelta o esté en tramitación en un proceso judicial o procedimiento administrativo<sup>134</sup>.

En cuanto a los textos que sirven de base a las resoluciones del Jurado de la Publicidad, debe precisarse que no son estrictamente normas legales<sup>135</sup>, ya que, de actuar en tal sentido, el Jurado podría estar invadiendo la función jurisdiccional que, de acuerdo con el art. 117 de la Constitución Española de 1978, sólo compete a los jueces y tribunales<sup>136</sup>.

La resolución de conflictos, en materia de publicidad interactiva, se fundará en el código (general) de conducta publicitaria de 1996<sup>137</sup> –cuya última modificación data de 2011–, así como en el código sectorial de que se trate –en nuestro caso el código PAOS–. Las normas contenidas en código sectorial deben reputarse como deontológicas o éticas, sin perjuicio de que contienen, además de la normativa aplicable, en ciertos supuestos, un plus de mejora de los derechos de los potenciales consumidores y/o usuarios. La valoración jurídica –carácter deontológico o ético– que hemos efectuado sobre las normas contenidas en los códigos de conducta, que el Jurado aplica, ostenta el respaldo de nuestra mejor doctrina<sup>138</sup> e, incluso, el propio Jurado en sus resoluciones así lo reconoce<sup>139</sup>. Ahora bien, esta diferenciación, en la práctica, se diluye, ya que los instrumentos de autorregulación establecen la observancia de las normas jurídicas, como regla básica de comportamiento ético, lo que permite que el Jurado sancione el incumplimiento de la legalidad<sup>140</sup> como un comportamiento contrario a la ética publicitaria.

---

134 También debe manifestarse que la presentación de una demanda ante los tribunales de justicia en relación a una publicidad de la que esté conociendo el Jurado, supondrá la inmediata paralización del procedimiento iniciado en este último.

135 Tal situación difiere con la valoración de la naturaleza jurídica de la autodisciplina publicitaria propia de la doctrina italiana que considera las normas éticas de la publicidad como parte de un ordenamiento jurídico privado. Sobre este particular, Zorzi, N. "Autodisciplina pubblicitaria", *Contrato e impresa* (1985), 2, 50.

136 Así, la SAP Madrid 29 abril 2008 (AC 2008, 1075).

137 El apartado E se refiere a la protección del público infantil. En el mismo Autocontrol determina que la publicidad habrá de ser particularmente cuidadosa. Además, no habrá, en modo alguno, de explotar la ingenuidad, inmadurez, inexperiencia o credulidad, ni, en absoluto, abusar de su sentido de lealtad. Especialmente sugerentes, a nuestros efectos, resultan las menciones que se efectúan en cuanto a la protección de la salud, en virtud de la evitación de la comunicación comercial que incentive a sus receptores, sobre todo a los adolescentes, a adquirir comportamientos o pautas que puedan ser nocivos para su salud.

138 Barona Vilár, S. *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional*. Valencia (2008): Tirant lo Blanch, 258.

139 Así, entre otras muchas, la resolución de la sección segunda del Jurado de 24 de julio de 1996 "Conservera Campofrío".

140 Según el Jurado de la Publicidad, existen tres criterios para efectuar la interpretación del principio de legalidad. El primero es la lectura simple y elemental de la norma jurídica. El segundo, cuando la complejidad del asunto lo requiera, y sea necesaria la interpretación de la Ley, se acudiría a los pronunciamientos jurisprudenciales existentes. Y, en tercer término, si la complejidad del caso lo requiere, y no existe jurisprudencia, al respecto, el Jurado deberá realizar un profundo y sincero posicionamiento deontológico que evite dejar sin solución la controversia. Cabe apuntar que existen motivos de crítica para los tres razonamientos enunciados –véase Patiño Alvéz, B. *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*. Barcelona (2007): Bosch, 242–. El primero, porque una lectura, simple y elemental, de la norma jurídica, como criterio interpretativo, implica su aplicación, reservada a los jueces y Tribunales. El segundo, el criterio jurisprudencial, ya que la aplicación de los criterios jurisprudenciales para los casos de mayor complejidad –en otros términos, aquellos que requieren un alto esfuerzo en la interpretación de la Ley–, implica no sólo el reconocimiento de la labor de interpretación

Debe advertirse que tanto las propias partes, en sus escritos, como los fallos del propio Jurado de la Publicidad aluden a resoluciones precedentes de tal órgano que, de alguna manera, puedan servir de fundamento a sus razonamientos. En efecto, como bien apunta la doctrina<sup>141</sup>, el Jurado, salvo excepciones debidamente motivadas y justificadas, no suele apartarse, en modo alguno, de lo resuelto en otros conflictos. En cierta medida, podría, según la opinión doctrinal que seguimos, colegirse que se desenvuelve de una manera similar a lo que acontece con la jurisprudencia de los tribunales y, sobre todo, del Tribunal Supremo de España. Tal proceder obedece a exigencias de seguridad jurídica, del principio de igualdad, así como de la prohibición de la arbitrariedad.

La autoridad técnica y la imparcialidad demostrada por sus resoluciones, dictadas por juristas de reconocido prestigio y expertos de contrastada reputación en el sector, han generado una alta credibilidad y confianza, desde sus comienzos hasta la actualidad, tanto entre la industria publicitaria como ante la Administración pública española y la sociedad en general. Cuando, tras haber sometido el asunto al Jurado de la Publicidad, las partes han acudido posteriormente a los Tribunales españoles de Justicia, los pronunciamientos judiciales han coincidido sustancialmente con el contenido de las resoluciones del Jurado previamente dictadas<sup>142</sup>, pudiéndose, de este modo, observarse que del Jurado ha emanado una doctrina sólida con trascendencia en la Jurisdicción ordinaria española<sup>143</sup>.

#### IV. EL CÓDIGO DE CORREGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE ALIMENTOS Y BEBIDAS DIRIGIDA A MENORES, PREVENCIÓN DE LA OBESIDAD Y SALUD (CÓDIGO PAOS)

El preámbulo de la Ley española 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud establece que la salud de la población española no solo se ha beneficiado de unos servicios sanitarios de calidad, así como de la excelencia de los profesionales que en ellos trabajan, dado que también lo ha hecho de su entorno, su clima, su entramado social y familiar, su alimentación, y de un importante número de factores que han

---

de la Ley que realiza, sino que, además, al escudarse en criterios jurisprudenciales, se refiere a la interpretación que un juez realiza de una norma jurídica, por lo que el Jurado estaría aplicando incorrectamente la norma. Y el tercero, el criterio deontológico, dado que supone la realización de una interpretación de la propia norma jurídica, debido a que no puede dejar sin resolver una cuestión planteada.

141 Rebollo Puig, M. "La resolución extrajudicial de conflictos publicitarios. El Jurado de la Publicidad". En AA.VV. *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Barcelona (2010): Marcial Pons, 340.

142 Como, a este respecto, determina Gómez Castallo, J.D. "Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado". En AA.VV. *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid (2010): Marcial Pons, 128, en 2008, hasta 17 casos, sobre los que existía un pronunciamiento del Jurado de la Publicidad, han sido posteriormente examinados por los Tribunales de Justicia, habiendo sido aportado al juicio la opinión de Autocontrol. Pues bien, sigue diciendo tal autor, en todos los supuestos, con una única excepción, ha habido coincidencia sustancial.

143 Tal extremo, es reconocido tanto por la doctrina -Gómez Castallo, J.D. y Fernando Magarzo, M.R. "Códigos de Conducta y Sistemas de Autorregulación: en especial, en el ámbito de las comunicaciones comerciales. Parte I", *Autocontrol* (2011), 163, 11-15- como por la Jurisprudencia -SAP Madrid 5 diciembre 2001; SJM Málaga de 30 de octubre de 2007 (JUR 2008/3260)-.

contribuido, qué duda cabe, a situarla entre los Estados del mundo con mejores indicadores de salud.

Ahora bien, la publicidad de alimentos dirigida al menor de edad debe discurrir dentro de ciertos parámetros que garanticen la tutela integral del colectivo al que van dirigidos. Como hemos visto, se trata de un público especialmente permeable a cuanto procede del exterior. Por ello, tanto la legislación heterónoma como las normas autónomas, que complementan a las primeras, deben aunar esfuerzos en beneficio de tal fin. El fenómeno de la autorregulación resulta especialmente sugerente en esta materia. En virtud del mismo, se ha elaborado el código PAOS del que, a continuación, nos ocuparemos. Consideramos que el mismo representa un verdadero paradigma sobre la materia que aborda.

## I. Orígenes

Hace aproximadamente 8 años -2005-, el Ministerio de Sanidad de España, la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición<sup>144</sup> –AESAN-, Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas –FIAB-, firmaron la primera versión del código PAOS. Este documento de buenas prácticas se integraba dentro de la denominada estrategia NAOS<sup>145</sup> –Nutrición, Actividad Física, prevención de la Obesidad y Salud-. Su articulado incluye un elenco de reglas relativas al desarrollo, ejecución y difusión de las comunicaciones comerciales dirigidas a los menores de edad. En su primera versión (2005) únicamente se refería a esta materia en los medios impresos, si bien en 2010 también se incluyó el medio televisivo. En 2012 se incluyó la Red.

Con el código de conducta PAOS se fortifica un modelo que resulta pionero en el plano comunitario. Asimismo, en cierta medida, se refuerza el compromiso entre el sector público y el privado en el sector de la alimentación dirigida a menores.

El objetivo que se busca con el código de buenas prácticas que comentamos estriba en fijar un elenco de reglas dirigidas a guiar a las empresas adheridas<sup>146</sup> en el desarrollo, ejecución y difusión de las comunicaciones comerciales dirigidas a menores, con la finalidad de que tales mensajes fomenten la adopción de dietas y estilos de vida saludables, para prevenir la obesidad infantil<sup>147</sup>. Se trata, en suma, de

---

144 Se trata de un organismo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo de España, que tiene como objetivo garantizar el más alto grado de seguridad y, además, fomentar la salud de los ciudadanos.

145 Dicha estrategia tiene como finalidad reducir la prevalencia de la obesidad, así como del sobrepeso y sus negativas consecuencias. Todo ello en el ámbito de la salud pública y de los efectos sociales.

146 En la actualidad, están adheridas hasta 35 empresas que constituyen el 75% de la inversión publicitaria del sector.

147 Desde 1980 hasta 2008, en Estados Unidos, la proporción de sobrepeso en menores de edad, cuyas edades oscilan desde los 6 a 11 años, se ha duplicado. De hecho, ha pasado desde el 6.5% a un 15.3%. Si atendemos a las cifras empíricas, cabe destacar que en el caso de los adolescentes la cifra se ha triplicado –ya que ha pasado del 5% a un 15%-. En consonancia con las cifras mencionadas, los gastos en inversión publicitaria, por parte de las empresas de comida rápida, han protagonizado un crecimiento muy notable. Tal gasto no resulta exagerado,

reducir las comunicaciones comerciales relativas a los alimentos que ostenten un elevado poder calórico; restringir la televisión orientada a los menores; y, finalmente, limitar las prácticas comerciales que pueda reputarse agresivas en materia de alimentos con un alto valor calórico y bajo o limitado aporte nutricional.

Si bien, como hemos adelantado, se han sucedido varias versiones del código de conducta PAOS, la última data de 2012<sup>148</sup>, entrando en vigor el 1 de enero de 2013. Interesa reseñar que, para el caso de la publicidad on-line, se otorgó un periodo de transición de 6 meses con el objetivo de adaptar la misma a las normas del código de buenas prácticas. En otros términos, su vigencia, para el plano virtual, comenzó el pasado 1 de julio de 2013.

Por lo que respecta a las entidades activamente comprometidas con su articulado, debemos resaltar que, a fecha de hoy, ha sido aceptado por veintisiete de las más significativas empresas de alimentación que existen en España (gran parte de ellas son notables multinacionales). Desde septiembre de 2009, el código PAOS también ha sido aceptado por varias cadenas de televisión<sup>149</sup>. Este último convenio es especialmente sugerente, sobre todo a nuestros efectos, ya que las cadenas de televisión asumen el deber de observar el código de buenas prácticas citado, exigiéndose su cumplimiento a todos los anunciantes –sin excepción–, con independencia de que hayan o no firmado el acuerdo al que nos referimos. Interesa destacar que no es aplicable a Televisión Española, ya que, desde enero de 2010, dejó de difundir publicidad.

## 2. Contenido: análisis de su articulado

El código deontológico que analizamos, representa un elenco de reglas, claras y precisas, sobre materias tan diversas como: la presentación e información de los productos; presión de ventas; limitación a la promoción en virtud de personajes famosos y de determinados programas en los que el menor tenga depositada una especial confianza; identificación de la publicidad; sorteos, concursos y clubes de carácter infantil; seguridad; educación e información nutricional; marketing viral; tratamiento de datos personales o privacidad; y salvaguarda frente a contenidos inapropiados.

---

pues la inversión comercial ha pasado de 100 millones de dólares por año en 1983 a más de 15000 millones de dólares por año en el 2007. Sobre este particular, Batada, A. y Wootan, M.G. "Nickelodeon markets nutrition – poor food to children", *American Journal of Preventive Medicine* (2007), 33 (1), 48-50; Linn, S. y Novosat, C. "Calories for sale: food marketing for children in the twenty-first century", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* (2008), 615, 133-155.

148 La modificación esencialmente perseguía, entre otros aspectos, elevar la edad del público destinatario a los 15 años de edad en el caso de que se trate de publicidad digital, tratamiento de datos de carácter personal y marketing viral.

149 Se trata de un acuerdo celebrado por parte de FORTA, UTECA el Ministerio de Sanidad de España, FIAB y Autocontrol de la Publicidad.

Respecto a las normas que han servido de fundamento al código PAOS, pueden agruparse en dos grandes bloques. Por un lado, las normas deontológicas imperantes, a nivel internacional y comunitario, sobre el particular<sup>150</sup>. Y, por otro, las normas legales que presentan tanto carácter nacional<sup>151</sup> como comunitario<sup>152</sup>. Igualmente, como dispone el código de buenas prácticas, el articulado del mismo se revisará periódicamente con la finalidad de adaptarlo a las modificaciones legales operadas. Las reformas que, en su caso, se efectúen a las reglas deontológicas serán anunciadas convenientemente para su conocimiento público.

Antes de entrar en materia, propiamente dicha, interesa detenerse en el ámbito subjetivo del código de conducta que comentamos. En este sentido, el mismo resulta aplicable a la publicidad de alimentos y bebidas, efectuada por parte de empresas adheridas, dirigidas a menores de 12 años con carácter general –en el ámbito físico, concretamente medios audiovisuales e impresos (con la excepción del embalaje y etiquetado de los productos)- y, en el plano digital, a los menores de 15 años<sup>153</sup>. Como puede colegirse, se tutela a los menores frente a los efectos eventualmente nocivos que puede presentar la publicidad digital. En este sentido, ha de repararse que se amplía la salvaguarda de los menores desde los 12 hasta los 15, pues, como la práctica pone de relieve, los niños hacen uso de las nuevas tecnologías cada vez a edades más tempranas. Parece plausible la ampliación de este último límite de edad.

Como se recordará, el art. 46 de la Ley española 17/2011 de 5 de julio persigue fomentar la aprobación de instrumentos de autorregulación que incrementen la protección de los menores de 15 años. Al hilo de cuanto comentamos, debe manifestarse que cuanto menor es la edad del individuo al que se dirige el anuncio, lógicamente, más alto es el grado de credulidad y, por tanto, el legislador, pero, también, el propio sector, debe garantizar su salvaguarda, pues ello redundará en

---

150 Nos referimos a los Principios de la Publicidad de Alimentos y Bebidas aprobados en febrero de 2004 por la Confederación de Industrias Agro-alimentarias de la UE y el ICC *Framework for Responsible Food and Beverage Communications* de la Cámara de Comercio Internacional de julio de 2004, aunque se modificó en agosto de 2012.

151 Se trata, entre otras, de la Ley General de Publicidad; Ley de Competencia Desleal; TRLGDCU; Real Decreto en virtud del que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios; Real Decreto sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria; Ley General de comunicación audiovisual; Ley de protección de datos de carácter personal; Real Decreto por que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de protección de datos de carácter personal; y la Ley de seguridad alimentaria y nutrición.

152 Reglamento 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos; Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores; Reglamento 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre información alimentaria facilitada al consumidor; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 2 de mayo de 2012, sobre una estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños.

153 La *Union of European Beverages Associations* –UNESDA–, de la que forman parte importantes compañías internacionales de alimentación –como, entre otras, Coca Cola y Unilever–, ideó un código de buenas prácticas dirigido a proteger a los menores de edad frente a la publicidad de alimentos. Todo ello en el marco de los medios audiovisuales, impresos o escritos y electrónicos. Hace relativamente poco tiempo su articulado se modificó para que pudiera ser aplicable a los SMS, juegos y plataformas de mensajería instantánea.

beneficio del interés general, de los consumidores y/o usuarios y del mercado en sentido amplio.

Con carácter general, persigue que la publicidad dirigida a los menores de edad, que se efectúe en televisión, medios impresos y en la Red, no fomente o incluya hábitos de alimentación o formas de vida poco sanas o saludables. Así, por ejemplo, las comunicaciones comerciales que tengan como destinatarios a tal colectivo, no deberán promover la comida o bebida inmoderada, excesiva o compulsiva ni presentar hábitos de vida que puedan reputarse sedentarios<sup>154</sup>. En esta línea, resulta necesario que los anuncios promuevan la conveniencia de mantener una alimentación variada, moderada y equilibrada. Del mismo modo, debe destacarse la utilidad de que los menores realicen actividad física. En suma, deben arbitrarse los instrumentos necesarios para combatir la obesidad infantil.

Su articulado se refiere a sugerentes cuestiones relativas a las nuevas tecnologías<sup>155</sup>. Así, en primer término, en la norma 29, determina que cuando las empresas adheridas acudan a técnicas de marketing viral dirigidas a menores de 15 años de edad –recurriendo a prácticas como “reenvía a un amigo” o postales electrónicas- no captarán, en modo alguno, datos del tercero receptor del marketing viral en el instante del reenvío.

Resulta, igualmente, plausible el apartado XIV del código de conducta, que lleva por rúbrica “Protección frente a contenidos inapropiados”, englobando las normas 30, 31 y 32. *Grosso modo*, alude, por un lado, a la necesidad de preservar al menor de contenidos nocivos e ilícitos en el caso concreto de sitios Web que pudieran perjudicarle y, por otro, de fomentar la educación de este colectivo en esta materia<sup>156</sup>. En el supuesto de que los sitios Web de empresas adheridas al código PAOS incluyan apartados, total o parcialmente, dirigidos a mayores de edad cuya visualización pudiera causarle perjuicio, deberán ser identificados, con carácter previo como tal. Se trata de una cuestión a la que, además, puede coadyuvar, de manera significativa, los filtros que podrán instaurar los progenitores o tutores. Del mismo modo, las empresas adheridas a este documento no deberán efectuar publicidad de esta modalidad de productos en sitios Web dirigidos a adultos o exhiban contenido no apto para el menor.

---

154 Así, no resulta conveniente que el anuncio incluya imágenes que muestren a los menores tirados en el sofá. A *sensu contrario*, sí parece plausible que exhiba al menor realizando deporte y actividades al aire libre.

155 Existen códigos de conducta específicos sobre la materia, como el redactado por BBB y CARU, que, de manera específica, alude a la tutela que debe efectuarse, respecto a los menores de edad, en la Red, *microsites*, teléfonos móviles y otros dispositivos como las PDA. Asimismo, resulta conveniente reseñar que, de forma complementaria, trata la forma en la que deben configurarse determinados juegos interactivos. Igualmente, se disciplina el *licensing*, extremo objeto de ordenación en el código PAOS. El recurso a esta última modalidad no debe, en modo alguno, explotar la vulnerabilidad del menor de edad.

156 En este sentido, cabe referirse a ciertas iniciativas, como el denominado Plan HAVISIA, que buscan fomentar hábitos de vida saludables entre la población española. Se trata de una iniciativa del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, AESAN, y la Fundación Alimentum.

En cualquier caso, si bien el código de conducta que examinamos merece una valoración positiva, por lo que respecta a la tutela del menor de edad, en cuanto a la publicidad de alimentos, incurre en ciertas limitaciones que, en cierta medida, podrían ser criticables. Nos referimos a que debería haberse regulado, de manera más prolija, los diferentes formatos a los que los prestadores de servicios pueden recurrir en toda esta materia. Como ya tuvimos ocasión de advertir, existen otros códigos de buenas prácticas en el Derecho comparado que sí suplen, con acierto, esta suerte de laguna. Nos referimos al instrumento norteamericano redactado por BBB y CARU. Así, a título de ejemplo, podría ser conveniente que discipline, de forma específica, los diversos formatos publicitarios a los que puede recurrirse en la Red, pero también otros afines no presentes en Internet. En concreto, existe uno de ellos que merece una especial consideración. Nos referimos a los *advergames*. En este sentido, debería regularse su contenido y formato. Asimismo, dado que parecen observar el formato del videojuego, deberían ser catalogados en función de la edad que sería más adecuada por parte del usuario. Podría recurrirse, en toda esta cuestión, el formato paneuropeo de PEGI, que además de la edad más conveniente para el usuario, se refiere al lenguaje empleado, si concurre violencia, escenas de sexo, miedo y violencia. Este tipo de elementos pueden ser ciertamente útiles para los padres y/o tutores de cara a valorar si resulta conveniente para el desarrollo mental del menor su uso o, por el contrario, debe prohibirse su utilización.

### 3. Gestión y verificación

La aplicación y control del código de conducta que comentamos se encomienda a Autocontrol de la Publicidad, que, como tuvimos ocasión de contemplar, representa la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

Estamos ante un documento de buenas prácticas que contempla dos tipos de verificación. Por un lado, el sistema de consulta previa que es obligatoria y vinculante. Esta última ha de realizarse al Gabinete Técnico de Autocontrol con carácter previo a la difusión de las campañas dirigidas a menores de hasta 12 años de edad o que bien se emitan en el marco de franjas de protección reforzada de la infancia. Y, por otro, el sistema de resolución de reclamaciones *a posteriori*. En otros términos, estaremos ante una reclamación planteada, por parte de consumidores, empresas o la Administración Pública, en el caso de que se haya vulnerado el articulado del código de buenas prácticas. Las sanciones pecuniarias que, en su caso, podrán imponerse, por parte del Jurado de Autocontrol de la Publicidad, van desde los 6.000 euros a los 180.000.

Existe una materia especialmente sugerente, a nuestros efectos, en sede de consulta previa, que es la monitorización de la publicidad de alimentos dirigida a menores de 15 años de edad que se difunda en Internet. Debido a las peculiaridades de la Red, que, como determina el código PAOS, impiden la concurrencia de un

procedimiento reglado de consulta previa, se decidió implementar un mecanismo concreto de monitorización para la publicidad digital que se opere en esta materia. Todo ello con la finalidad de alcanzar un seguimiento periódico, eficaz y ágil. Esta monitorización se realizará una vez al año por una entidad independiente y externa. En 2013 Autocontrol efectuó la primera.

Desde el momento en que entró en vigor el código de conducta hasta mediados de 2013 –30 de junio de dicho año- el documento de buenas prácticas que comentamos, ha sido objeto de una notable aplicación. En efecto, para tomar conciencia de cuanto planteamos, podemos apuntar que, a título de ejemplo, el Gabinete Técnico de Autocontrol de la Publicidad ha revisado un total de 3.353 proyectos de anuncios o piezas publicitarias, con carácter previo a su difusión, relativos a alimentos y bebidas dirigidos a menores de hasta 12 años de edad –*copy advice* o asesoramiento previo<sup>157</sup>-. En sede de reclamaciones *a posteriori*, o después de la emisión del anuncio, el Jurado de la Publicidad ha tenido ocasión de conocer de 21 supuestos de infracción del código PAOS. De ellas, 3 fueron estimadas por completo, 3 lo fueron de manera parcial, 7 desestimadas, 5 fueron aceptadas y 3 fueron resueltas por mediación.

Finalmente, debe reseñarse que se creó una Comisión de seguimiento del código PAOS con representantes de los anunciantes, del consejo de consumidores y/o usuarios y de la AESAN. Dicha comisión está encargada de verificar la eficacia del sistema. Asimismo, cabe destacar que, en su caso, puede acordar la presentación de eventuales reclamaciones.

## V. CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías han irrumpido en nuestras vidas relativamente hace muy poco tiempo. Aunque la razón de su concepción obedece a motivos de carácter positivo, cuya finalidad, dicho en términos coloquiales, es hacernos la vida más fácil, existen ciertos colectivos que, en cierta medida, pueden verse perjudicados. Nos referimos a los menores de edad. Estos últimos, en ocasiones, efectúan un uso no demasiado adecuado de los nuevos instrumentos tecnológicos, entre los que ocupa una posición de primer orden Internet.

Para la protección de los menores de edad en los nuevos escenarios tecnológicos, en el que cabe destacar la Red con carácter general, se han aprobado un elenco de normas legales, si bien no reglamentan, con suficiente grado de detalle y celeridad, todos los extremos susceptibles que, en la práctica, pueden llegar a plantearse.

---

<sup>157</sup> En virtud de la realización de un buen número de *copy advice* sobre alimentación, el Gabinete Técnico de Autocontrol ha ideado un elenco de criterios interpretativos relativos a la normativa publicitaria de alimentos. Estos parámetros aseguran, por un lado, una unidad de criterio –que se aplicarían de forma uniforme a todas las empresas que soliciten un asesoramiento previo o *copy advice*-, y, por otro, aportan una cierta seguridad a los prestadores de servicios en cuanto al diseño de los anuncios.

Consciente de tales limitaciones, el legislador comunitario y nacional –este último a impulsos del europeo- busca fomentar, en virtud de la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, la autorregulación del sector. Uno de los instrumentos más paradigmáticos de esta última son los denominados códigos de conducta. Tales documentos suelen integrarse en los sistemas de autodisciplina, cuyos presupuestos necesarios son, además del mencionado código de conducta, un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos para solventar las eventuales controversias acontecidas entre las empresas adheridas y los consumidores o usuarios que, de una u otra forma, acometan con aquéllas la contratación o prestación de un bien y/o servicio, incluyendo las actividades destinadas a la promoción –publicidad interactiva- de los mismos.

Uno de los contenidos en los que los códigos de conducta complementan, de manera plausible, la reglamentación jurídica vigente, es el vinculado con la tutela de los menores de edad, a propósito de la alimentación. No se trata, en modo alguno, de una cuestión baladí. De hecho, se trata de instaurar la necesidad de que los menores tomen conciencia del hecho de la importancia de una alimentación sana y equilibrada. Se trata, entre otros extremos, de prevenir la obesidad y el sobrepeso. Puede afirmarse, en todo este orden de cuestiones, que la obesidad constituye la epidemia del siglo XXI. En este sentido, como la realidad pone de relieve, la obesidad no respeta sexos o grupos étnicos. En otros términos, puede sostenerse que ninguna persona está libre, siendo visible que está presente en la población de los países desarrollados desde etapas ciertamente precoces, ya que afecta a niños a edades sensiblemente cada vez más tempranas.

Uno de los códigos de buenas prácticas más significativos, en la actualidad, es el código PAOS, del que hemos tenido ocasión de ocuparnos. Las estipulaciones presentes en el articulado del mismo son realmente sugerentes para garantizar la salvaguarda de un segmento de consumidores de vital importancia que está todavía constituyendo y forjando su personalidad. Se trata de un colectivo especialmente crédulo y vulnerable ante los mensajes comerciales –en este caso dedicados a la alimentación-, que, dicho sea de paso, les puede hacer que asuman como habituales determinadas conductas que son susceptibles de perjudicar su salud.

En definitiva, la autorregulación jurídicamente relevante es aquella que resulta inteligible y aceptable por el sistema del Derecho, llegando, en ciertos supuestos, a incorporarla como si de una referencia propia se tratara. En el seno de semejante consideración debemos entender incluida la previsión del legislador de promocionar la autorregulación en sectores como la alimentación de los más pequeños de edad. Es, por tanto, patente un relativo proceso de desplazamiento de la producción normativa desde los poderes públicos a las entidades privadas. Resulta, asimismo, significativo poner de manifiesto que esta traslación debe relacionarse con el

creciente papel que, con el transcurrir de los años, han alcanzado diferentes colectivos, como asociaciones empresariales, profesionales, de consumidores, etc., que tienen reconocido un espacio de producción normativa para la defensa de sus legítimos intereses económicos.