

# ¿Y cómo se come la “Ley de Comida Chatarra”?

## Análisis de sus ingredientes (Razonabilidad y conflicto con las normas que regulan la publicidad)



**ALEX SOSA \* \*\***

Abogado Summa Cum Laude por la Universidad de Lima,  
Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia  
Universidad Católica del Perú.  
Especialista en Derecho de la Competencia por el Instituto de Estudios Bursátiles de Madrid.  
Secretario Técnico de la Comisión Permanente de Ética del CONAR  
Asesor Legal en el Instituto Pro Competitividad y Consumo  
Docente del curso “Temas de Propiedad Industrial y Derechos de Autor” en la Maestría de  
Derecho de los Negocios de la Universidad San Martín de Porres  
Docente del curso “Legislación y Ética Publicitaria” en el Instituto Peruano de Publicidad.

### SUMARIO

- I. Introducción.
- II. El test de razonabilidad (o proporcionalidad).
- III. Críticas a las restricciones establecidas en la Ley de comida chatarra en virtud del test de razonabilidad:
  1. Fin público e idoneidad:
    - 1.1. Educación y promoción de alimentación saludable;
    - 1.2. Restricciones a la publicidad;
    - 1.3. Eliminación gradual de alimentos con contenidos de grasas trans.
  2. Necesidad o análisis de medidas menos gravosas;
  3. Proporcionalidad en sentido estricto;
  4. Apuntes sobre las restricciones que establece la Ley en el ámbito publicitario;
  5. Alternativa a la regulación de promoción de alimentación saludable como medida menos costosa: la autorregulación.
- IV. Comentarios finales.

\* Las opiniones vertidas en el presente artículo son personales y no comprometen de modo alguno a las instituciones de las que el autor forma parte.  
- El autor agradece el apoyo de Álvaro Ocampo Grey en la revisión del presente artículo.

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se realiza un análisis exhaustivo de la Ley 30021 – Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes (Ley de la comida chatarra) sobre la base del test de razonabilidad que no siguieron nuestros “padres de la patria” al momento de elaborarla.

Con este trabajo se pretende demostrar que dicha Ley restringe la libertad empresarial de modo injustificado, pues las medidas adoptadas no son susceptibles de lograr los objetivos que ésta se propone y que por el contrario, generará sobre costos al Estado, barreras de entrada en el mercado y reducirá las alternativas de alimentación de los consumidores con menos recursos.

Asimismo, analizaremos las disposiciones relacionadas con el contenido de los anuncios publicitarios, confrontándolas con la doctrina y las normas que regulan la publicidad en el país. Además, examinaremos si la autorregulación publicitaria es un mecanismo alternativo, menos costoso y más eficiente para lograr el mismo propósito contenido en la Ley.

Antes de empezar con el análisis es importante precisar que dicha Ley aún no es aplicable según su Segunda Disposición Transitoria, pues su plazo de implementación rige desde la promulgación de su Reglamento, el cual hasta el día de hoy se sigue “cocinando”.

## II. EL TEST DE RAZONABILIDAD (O PROPORCIONALIDAD)

Para que un sistema de mercado funcione de modo adecuado es importante determinar una correcta aplicación de políticas de competencia. Estas deben tener como propósito delimitar el alcance de la intervención del Estado a fin de evitar que sea excesiva, pues ha quedado demostrado

que el desarrollo económico se consigue en la medida en que los mercados funcionen libremente. De este modo, una política de competencia bien aplicada será la orientada a fortalecer el mercado, no la que pretenda sustituirlo<sup>1</sup>.

Para lograr ello, se requiere de un marco institucional que permita y fomente la decisión libre y autónoma de los agentes económicos y la competencia en los mercados. Es importante recalcar que el adecuado funcionamiento del sistema dependerá de la intervención que realice el Estado en el mercado.

El equilibrio en la intervención es de suma importancia, pues si la autoridad interviene poco, se podrían generar incentivos en algunos agentes económicos para distorsionar la competencia, lo cual tendría como consecuencia que los mercados no generen los resultados esperados. Pero por otro lado, si el Estado interviene de manera excesiva, se estaría socavando las bases mismas del sistema que son la libertad de actuar y competir. Eyzaguirre señala al respecto que:

*“una gran ironía es que las normas de competencia mal entendidas pueden ser un vehículo muy peligroso a ser utilizado para reducir la competencia en los mercados; un vehículo útil para aquellos que tienen una visión negativa del mercado y de la competencia y también para aquellos que quieren utilizar al Estado con fines mercantilistas”<sup>2</sup>.*

Como se puede apreciar, la intervención no es una acción sencilla como muchos políticos suelen pensar. La economía es un sistema en movimiento y el intervencionismo estatal puede generar consecuencias costosas para la sociedad y en muchos casos, generar efectos totalmente opuestos a los deseados.

Por ello se debe determinar cuándo es absolutamente necesario que el Estado intervenga,

1. EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. Políticas de competencia y su aplicación. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). 2011, pp. 17-19.
2. *Ibid.*

evaluar las opciones y tener en claro no solo los beneficios, sino también los potenciales costos derivados de esta intervención. Asimismo, debe considerarse cómo se afectarán los incentivos de los agentes privados y, por tanto, su comportamiento y con qué consecuencias para la economía<sup>3</sup>. Así, el objetivo debe ser encontrar las alternativas menos costosas y que, al mismo tiempo, procuren el mayor nivel de bienestar social e individual. La medición debe tomar en cuenta circunstancias empíricas de la actividad que se pretende regular (de ser posible, mediante estudios de campo) y solo será aceptable como medida en el entendido de que sus costos esperados no superen sus beneficios esperados<sup>4</sup>.

El Estado está compuesto por personas y éstas pueden cometer errores. Es por esta razón que a nivel nacional e internacional las cortes requieren hacer un análisis de razonabilidad de las medidas públicas que puedan afectar a las personas (consumidores o competidores)<sup>5</sup>. La doctrina y el Tribunal Constitucional establecen que toda norma que pretenda intervenir en el mercado debe pasar por un test de razonabilidad con la finalidad de demostrar que la regulación se encuentra justificada. A través de este

test se debe evaluar la idoneidad (si puede o no cumplir su propósito), la necesidad (si no existe una medida que también logre el propósito pero a menor costo) y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida (si sus costos son menores que sus beneficios)<sup>7</sup>.

El test de razonabilidad busca que las regulaciones, además de legales, no sean arbitrarias. Asimismo, busca evitar que la regulación favorezca intereses particulares en vez de solucionar problemas públicos, que sea incoherente, que haya sido adoptada por funcionarios desinformados sobre las características del problema, los costos y los beneficios de su decisión, o que limite los derechos de los particulares de forma innecesaria<sup>8</sup>.

### III. CRÍTICAS A LAS RESTRICCIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY DE COMIDA CHATARRA EN VIRTUD DEL TEST DE RAZONABILIDAD

#### 1. Fin público e idoneidad

Toda limitación de los derechos fundamentales debe perseguir un fin público constitucionalmente legítimo. Así, debe acreditarse que

3. Ibid.

4. Eyzaguirre comenta al respecto que "las buenas intenciones no solo pueden llevar a desperdiciar recursos sino incluso generar consecuencias graves, empeorando la situación que se quería mejorar. Esa visión de poder fácilmente intervenir y lograr resultados deseados todavía prevalece; la carencia en el Perú de un análisis adecuado del impacto de las normas es una muestra de esta visión." (Op. cit. p. 25). Sobre el particular, de Soto, Gherzi y Ghibellini ya mencionaban hace muchos años lo siguiente: "(...) podemos afirmar que las leyes peruanas son predominantemente malas, porque quienes las elaboraron no tuvieron en cuenta los costos que ellas entrañaban y la manera en que sofocaban la actividad económica. La prueba más palpable de la inconveniencia de estas leyes consiste en que una gran mayoría de la población económicamente activa ha optado por la informalidad y una minoría por la fuga de talentos y capitales; es decir, por operar al margen de estas malas leyes que imponen costos muy altos y requisitos injustificadamente complicados." DE SOTO, Hernando, GHERZI, Enrique y MARIO GHIBELLINI. *El otro sendero*. Lima: Grupo Editorial Norma, 2009. p. 219.

5. SUMAR, Oscar y AVELLANEDA, Julio. *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico, 2012. pp. 30-31.

6. CALDERÓN, Andrés. "Luz verde para el Estado, luz roja para la competencia: crítica desde el análisis económico del Derecho y el public choice a la reciente jurisprudencia del Indecopi". En: Themis N° 62. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. pp. 150-151.

7. SUMAR, Oscar y AVELLANEDA, Julio. Op. cit. pp. 36.

8. PASQUEL, Enrique. "Ruleta regulatoria. La importancia del análisis de la razonabilidad de las regulaciones". Lima: Advocatus No. 24. Universidad de Lima, p.116.

realmente existe un problema que afecte a un interés público, que dicho problema no sea una mera suposición y que detrás de la regulación no haya realmente un interés privado. Además, se tiene que demostrar que la medida adoptada debe ser idónea para solucionar el problema público identificado. De este modo, lo que se le exige a la entidad pública es que acredite que existe un problema que afecta a un interés público y una conexión lógica entre la medida propuesta y la finalidad perseguida<sup>9</sup>.

La Ley bajo análisis tiene por objetivo lo siguiente<sup>10</sup>: la promoción y la protección del derecho a la salud pública de los niños, niñas y adolescentes a través de la educación, fomento de actividades físicas, implementación de comedores saludables en centros de educación y la supervisión de todo tipo de información dirigida a dicho público objetivo con la finalidad de reducir y eliminar las enfermedades vinculadas con el sobrepeso, la obesidad y las enfermedades crónicas conocidas como no transmisibles<sup>11</sup>.

De un análisis del proyecto de Ley 138/2011-CR que expone los motivos que sustentan su pro-

mulgación (en adelante, el proyecto de Ley), podemos apreciar que se cumple con acreditar que existe un problema de sobre peso (en un 34.7%) y obesidad infantil (15.7%) a nivel nacional<sup>12</sup>. Sin embargo, este problema es solo uno de los factores relacionados con la mal nutrición de los niños y adolescentes a nivel nacional (que quede bien claro que no cuestionamos que la obesidad infantil constituya un problema público).

En efecto, según el Patrón Internacional de Crecimiento Infantil (Patrón de la OMS), se registra que en el año 2012, el 18.1% de niños menores de 5 años se encontraba en situación de desnutrición crónica<sup>13</sup>. Asimismo, la anemia por déficit de hierro afectó a nivel nacional a 45 de cada cien niños menores de tres años (44.5%)<sup>14</sup>.

Consideramos que una Ley que busca la promoción de alimentación saludable no solo debió preocuparse del sobrepeso u obesidad de menores, sino también de modo integral de la desnutrición crónica y la anemia<sup>15</sup>. Lamentablemente, se importaron acciones y dispositivos legales desarrollados en otros países sin apreciar primero nuestra realidad nacional. Sin

9. *Idem*, pp. 118-119.

10. Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto la promoción y protección efectiva del derecho a la salud pública, al crecimiento y desarrollo adecuado de las personas, a través de las acciones de educación, el fortalecimiento y fomento de la actividad física, la implementación de kioscos y comedores saludables en las instituciones de educación básica regular y la supervisión de la publicidad, la información y otras prácticas relacionadas con los alimentos y bebidas no alcohólicas dirigidas a los niños, niñas y adolescentes para reducir y eliminar las enfermedades vinculadas con el sobrepeso, la obesidad y las enfermedades crónicas conocidas como no transmisibles.

11. Las enfermedades no transmisibles (ENT), también conocidas como enfermedades crónicas, no se transmiten de persona a persona. Son de larga duración y por lo general evolucionan lentamente. Los cuatro tipos principales de enfermedades no transmisibles son las enfermedades cardiovasculares (como ataques cardíacos y accidentes cerebro vasculares), el cáncer, las enfermedades respiratorias crónicas (como la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y el asma) y la diabetes. (Organización Mundial de la Salud - <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs355/es/> página visitada el 3 de junio de 2013).

12. El proyecto cita un Documento técnico denominado "lineamiento de gestión de la estrategia sanitaria de alimentación y nutrición saludable" elaborado por Wilfredo Salinas Castro - Ministerio de Salud, Instituto Nacional de Salud. 2011. p. 32.

13. Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. Condiciones de vida en el Perú. Número 1. Enero 2013. pp. 44.

14. *Idem*, pp. 45.

15. En esa misma línea, el MINCETUR mediante Informe del 30 de mayo de 2012, señaló que es positivo atacar el problema de la mala nutrición, ya sea por exceso o por déficit, pero de un modo integral, pues actualmente el Perú cuenta con un índice de 18% de desnutrición infantil y la anemia infantil con un 37.2%.

perjuicio de ello, para efectos de este análisis, vamos a considerar que el proyecto cumple con acreditar que existe un problema público, este es, el sobrepeso y la obesidad infantil. Por lo tanto, corresponde determinar si las medidas adoptadas en la Ley son idóneas para solucionar el problema identificado. Dichas medidas las podemos dividir en 3 grupos:

- Los relacionados a la promoción y educación de alimentación saludable.
- Restricciones a la publicidad.
- Eliminación gradual de alimentos con contenidos de grasas trans.

### 1.1. Educación y promoción de alimentación saludable

El primer grupo de medidas lo conforman los artículos 4º, 5º, 6º y 7º de la Ley. Los artículos 4º y 7º establecen como política pública la promoción de la educación nutricional y el fomento del deporte y actividad física (a través de campañas de información en medios de comunicación y programas de educación en los propios centros de estudios), lo cual en nuestra opinión es positivo pues son disposiciones que en lugar de restringir, muestran una actitud proactiva del Estado en lo que es el difundir información acerca de una alimentación saludable y la promoción del ejercicio, pues el sedentarismo es uno de los factores que contribuyen a la obesidad y el sobrepeso.

De acuerdo a la Ley de la comida chatarra, estas políticas públicas serán supervisadas por un Observatorio de Nutrición y de Estudio del Sobrepeso y de Obesidad (ONESO), el cual además recabará y suministrará información respecto del sobrepeso y obesidad (artículo 5º).

Si bien en principio consideramos que dicha medida es positiva por su carácter proactivo, en el proyecto de Ley no se demuestra su idoneidad para solucionar el problema público identificado. Dicho proyecto debió incorporar estadística que demuestre que las políticas públicas que se propone implementar puedan combatir efectivamente estos problemas. Y es que el hecho de que las personas consuman comida chatarra no es un problema de falta de información, ellos saben que no es saludable. La explicación de que no dejen de consumirla no está en una presunta falta de información, sino que en muchos casos no tienen recursos para comprar mejor comida, pues está demostrado que la mala alimentación se encuentra asociada a menores niveles de ingresos. En efecto, las personas antes de preocuparse en su nutrición, primero lo hacen por tener suficiente comida para subsistir. De este modo, la existencia de comida chatarra muchas veces puede ser la mejor alternativa para una persona con pocos recursos<sup>16</sup>.

Ahora bien, de este grupo de disposiciones, genera especial preocupación el que dispone la creación de kioscos y comedores escolares saludables para las instituciones de educación básica regular pública y privada. Según la Ley, dichos kioscos y comedores escolares brindarán **exclusivamente** alimentos y bebidas saludables **conforme a los estándares que establece el Ministerio de Salud, a través de un listado de alimentos adecuados para cada edad, basado en el reglamento** (artículo 6º).

Como es de imaginarse, el proyecto de Ley (que como hemos dicho contiene la exposición de motivos de la misma) carece de toda documentación o datos científicos que establezcan que la creación de estos kioscos o comedores saludables tengan una conexión lógica con la

De otro lado, COMEX PERÚ también se ha pronunciado señalando que el problema de la alimentación infantil y de adolescentes debió de verse de modo integral, esto es, incluyendo los problemas de desnutrición crónica y anemia infantil. Ver: <http://gestion.pe/empresas/comex-prohibir-publicidad-comida-chatarra-no-coincide-preocuparse-salud-2065240> (consulta realizada el 5 de enero de 2014).

16. SUMAR, Oscar. "Cinco errores frecuentes en la justificación de proyectos legislativos: una perspectiva económica". En Themis Nº 62. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2012. pp. 31-32.

finalidad perseguida<sup>17</sup>, pues los menores de edad si bien no podrán adquirir alimentos "poco saludables" en sus centros de estudios, si lo harán a las afueras de los mismos, toda vez que es de público conocimiento que a los alrededores de los establecimientos educativos, son muchos los comerciantes que expenden comidas altas en grasas y/o azúcares. Asimismo, esta medida no garantiza que los padres de los niños y adolescentes no les envíen alimentos procesados en sus loncheras o que los alimenten con comida poco saludable en casa<sup>18</sup>. Y esto último nos lleva al principal cuestionamiento a la idoneidad de esta medida: el Estado a través de una Ley no puede decirle a los padres de familia qué darles de comer a sus hijos<sup>19,20</sup>.

En efecto, de qué sirve que el menor coma saludable en su colegio si cuando llegue a casa, sus padres harán pedidos de comidas altas en grasas. El Estado no va a fiscalizar lo que los niños coman en sus hogares. Por ello, creemos que una buena campaña de información que eduque a nivel nacional acerca de buenos hábitos de alimentación (a pesar de que estos productos no se consumen por "falta de información") sería menos malo que el erradicar los alimentos "poco saludables" de los centros de educación<sup>21</sup>.

## 1.2. Restricciones a la publicidad

El proyecto de la Ley y el Dictamen de la Comisión de defensa del consumidor y organismos

17. Los estudios que se muestran, incluso en el Dictamen de fecha 16 de mayo de 2012, lo único que demuestran es que en muchos kioscos escolares en el Perú, Chile y Argentina se expenden comidas altas en grasas y azúcares, así como gaseosas.
18. Un estudio de Jennifer Van Hook y Claire Altman realizado en Estados Unidos presenta los resultados de un análisis de 20,000 estudiantes entre pre-escolar y penúltimo año de educación básica de 1,000 escuelas públicas y particulares. Su investigación concluye que los niños con acceso a la comida chatarra no eran más gordos que los que no tenían acceso. Las autoras señalan que "las escuelas puede que no sean buenas para combatir las profundas causas de la obesidad infantil, las cuales originan en los hogares y las comunidades de los niños" (CALDERÓN, Gabriela. 2012. Ver: <http://www.elcato.org/ecuador-la-guerra-contra-la-comida-chatarra>, página visitada el 7 de junio de 2013). Como podemos apreciar, no hay indicios de que la intervención estatal en los establecimientos expendedores de comida en los colegios aparte a los niños de la comida chatarra.
19. CALDERÓN citando a Radley Balko: "los gobiernos de personas libres no están autorizados para asegurarnos una buena salud, están encargados de asegurar la libertad, que seguramente incluye la libertad de tener malos hábitos." (CALDERÓN, Gabriela. *Ibid.*).
20. BREYER sobre la regulación por paternalismo: "aunque en algunos casos la información completa y adecuada para alcanzar una decisión racional puede estar disponible para aquellos que toman las decisiones en el mercado, hay quienes sustentan que, pese a ello, estos toman una decisión equivocada y, por ello, se requiere regulación gubernamental. Esta justificación nace del paternalismo puro: el gobierno sabe mejor que quiere el individuo y lo que es bueno para él. La desconfianza en la habilidad del comprador puede basarse en la inhabilidad de las personas comunes para evaluar la información, como en el caso de la adquisición de servicios profesionales, o en la creencia de que, aunque la información puede ser evaluada correctamente por la persona, las tendencias humanas irracionales lo evitan. Este último puede ser el caso en que están involucradas bajas probabilidades, como los pequeños riesgos de daño o cuando están implicadas cuestiones de vida o muerte, como sucede cuando aquellos que sufren de cáncer compran una medicina, incluso si toda la información disponible y confiable indica que su utilización es inútil o, incluso, que es dañina. Es cuestionable que el paternalismo, cuya base es la desconfianza en la racionalidad del consumidor (que parece jugar un papel muy importante en algunas decisiones del Gobierno), sea consistente con las nociones de libertad de elección, las cuales, a su vez, son el fundamento de la presunción del libre mercado". BREYER, Stephen. "Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma". En *Themis* N° 52. PUCP. p. 10.
21. GALARZA señala sobre el particular: "Medidas complementarias para incentivar el consumo de alimentación saludable incluyen: campañas publicitarias no prohibitivas, que apelen al yo reflexivo y presenten de forma contundente los riesgos del exceso de peso (por ejemplo, la pérdida de años de vida saludable y el mayor riesgo de enfermedades no transmisibles debiera pesar más que el beneficio cortoplacista de ceder a la tentación de consumir productos ricos en calorías); la exigencia de la publicación de información nutricional de todos los productos vendidos; y la promoción de la actividad física en las escuelas y colegios". GALARZA, Francisco. "Desincentivando el consumo de comida chatarra". En: *Comida chatarra estado y mercado*. Lima: Universidad del Pacífico. 2013. p. 125.

reguladores de los servicios públicos del Congreso<sup>22</sup> (en adelante, el Dictamen), cuentan con una sección en la cual se analiza la incidencia de la publicidad en los hábitos alimenticios (apartado IV), lo cual nos permitiría entender en principio que se realizó un análisis de idoneidad de las restricciones adoptadas por una presunta conexión entre la publicidad comercial y los hábitos alimenticios de los niños, sin embargo, esta premisa no es correcta.

El primer estudio en el que se sustenta la presunta incidencia de la publicidad en los hábitos alimenticios de los menores es uno realizado por el CPI en el año 2007, el cual luego de varias operaciones matemáticas realizadas con diversas variables concluye que entre las 1100 a 1500 horas de TV que verían los niños al año, 397 anuncios fueron de publicidad de "alimentos chatarra". A este estudio se le suma las conclusiones de uno realizado por CONCORTV acerca del consumo de televisión de los niños que como su nombre lo dice, expresa la cantidad de tiempo (en porcentaje) que los niños le dedican a la televisión. Así, con los resultados de ambos estudios, el proyecto concluye lo siguiente: *"se advierte la gran influencia que asume la publicidad en el establecimiento de hábitos alimenticios, al estar diariamente los niños expuestos a los anuncios publicitarios"*<sup>23</sup>.

Como podrá apreciar estimado lector, es imposible llegar a esa conclusión con la suma de los resultados de los estudios antes mencionados. Si un estudio concluye que se difunde determinada cantidad de anuncios de "comida chatarra" al año y otro contiene indicadores de cantidad de niños que ve TV de lunes a viernes, no entendemos cómo se puede llegar a determinar la "gran influencia" que asume la publicidad en el establecimiento de hábitos alimenticios. Estos estudios solo pueden acreditar que los niños están expuestos a una determinada (significa-

tiva o mínima) cantidad de anuncios de "comida chatarra". Nada más. Ello, evidentemente, no acredita la influencia que ésta pueda tener en sus receptores, **máxime, si ninguno de los dos estudios citados contiene expresamente dicha conclusión.** En ese sentido, como primer paso, podemos ir descartando ambos estudios en lo que respecta a acreditar la conexión lógica de la restricción con el objetivo de la norma.

Luego, el proyecto cita algunas conclusiones de las "Recomendaciones de la Consulta de Expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños en la Región de las Américas" (edición 2011) en las que se señala que *"el efecto de la publicidad televisiva es independiente de otros factores que influyen en los hábitos alimentarios entre los niños, como la edad y la influencia de los padres; además, tiene un efecto a nivel de las marcas (es más probable que los niños soliciten la compra de una marca de refrigerio anunciada) y las categorías (es más probable que los niños soliciten la compra del tipo de refrigerio anunciado)."*

Las conclusiones a la que llega este documento tampoco demuestra la supuesta influencia determinante de la publicidad en los hábitos alimenticios. Por el contrario, estas solo acreditan que (i) no solo la publicidad influye en los hábitos alimentarios de los niños sino también la edad y los padres, y (ii) que los niños solicitan a sus padres las marcas y categorías publicitadas.

Como se puede apreciar, estas consecuencias lógicas y obvias de la difusión de la publicidad comercial en lugar de acreditar la influencia de este tipo de anuncios en menores, únicamente demuestra que son los padres los llamados a educar a sus hijos respecto a sus hábitos alimenticios, pues si el principal efecto de este tipo de anuncios va a ser que los niños soliciten esos

22. De fecha 16 de mayo de 2012.

23. Cabe señalar que consideramos que este estudio se encuentra desfasado, toda vez que no toma en consideración el tiempo que los niños pasan haciendo uso del Internet (a través de redes sociales, blogs o páginas web), el cual estamos seguros que a la fecha es mucho mayor que el consumo de televisión.

productos a sus padres, son estos últimos los que decidirán si se los compran o no. Concluir algo distinto sería aceptar que los padres no pueden educar a sus propios hijos y que por ello el Estado debe hacerlo<sup>24</sup>.

En su apartado 4.1, el proyecto muestra los resultados de algunos estudios sobre la promoción y la publicidad de alimentos dirigida a los niños en América Latina, dividiéndolos por países. Sin embargo, del mismo modo que los estudios antes cuestionados, los resultados mostrados demuestran únicamente lo siguiente:

- ♦ Se difunde determinada cantidad de anuncios de comida alta en azúcares, sal y grasas (estudios realizados en Brasil y México).
- ♦ Los **padres dicen** que la publicidad influye en los hábitos alimenticios de sus hijos (estudios realizados en Brasil, Argentina y México).
- ♦ Los **niños dijeron** que consumieron productos dulces o salados que vieron en la publicidad y que se vieron inducidos a consumir productos en los que se ofrecía premios o promociones (estudios realizados en Chile).
- ♦ Los empaques de los cereales hacen uso de figuras animadas (estudios realizados en Argentina, Brasil, Chile y Perú).

- ♦ La publicidad de bebidas gaseosas patrocina eventos deportivos y musicales. Asimismo, hace uso de vínculos emocionales como la diversión (aunque usted no lo crea, se menciona que el estudio se realizó en "muchos países")

Como vemos, ninguno de estos resultados acredita la supuesta influencia que genera la publicidad en los hábitos alimenticios de los niños y adolescentes. De este modo queda demostrada la falta de idoneidad de los estudios detallados en el proyecto de Ley, pues ninguno de ellos cumple con demostrar la presunta conexión lógica entre la restricción de la difusión de la publicidad de "comida chatarra" y el objetivo de la norma.

A este punto consideramos importante detallar los resultados de un estudio realizado por VARGAS BIANCHI, **los cuales evidenciaron que existe una correlación poco significativa entre el recuerdo de la publicidad y las preferencias de marca en menores de edad pertenecientes a la etapa de Operaciones Concretas** (grupo que cubre los rangos de edades comprendidos entre 7 y 11 años)<sup>25</sup>. Es decir, no se observó una relación fuerte entre el recuerdo publicitario espontáneo y las marcas que conformaban los conjuntos de consideración de marcas entre los niños estudiados. Este estudio deja en claro que la gama de factores

24. Sobre el particular, CALFEE señala que: "En términos generales, aquí se describe cómo la publicidad parece funcionar para niños pequeños y sus padres. La publicidad interactúa con otros numerosos factores que moldean las crecientes preferencias del niño y su habilidad para articular esas preferencias. La información y persuasión de la publicidad también contribuyen a que los niños incrementen su conocimiento y apreciación de lo que el mundo tiene para ofrecerles. Por lo tanto, la publicidad se mezcla con otras influencias mucho más numerosas y efectivas en niños en crecimiento.

*Algunas de estas otras influencias están vinculadas al conflicto con los deseos, controles y limitaciones financieras de los padres. Esto hace que sea más fácil culpar a la publicidad de las inevitables tensiones de criar niños en un mundo imperfecto. Pero estos son problemas con los que los padres pueden y deben lidiar directamente, sin importar si existe o no publicidad. Estos problemas son, además, principalmente intrafamiliares y están sujetos a la influencia directa de los padres. Hay pocas razones para creer que prohibir la publicidad aligeraría sustancialmente la tarea de criar a un niño.*" CALFEE, Jhon. Miedo a la Persuasión. Una nueva perspectiva de la publicidad y sus reglas. Lima: Asociación Civil Themis. 2013 pp. 86-87.

25. Los estudiosos de psicología evolutiva sustentan que los niños pertenecientes a esta etapa ya han desarrollado la capacidad de distinguir un mensaje no –comercial de otro cuyos intereses sí lo son (por ejemplo la publicidad). Asimismo, pueden elaborar criterios de juicio y principios de toma de decisión que, en este sentido, les permiten una autonomía como consumidores. (VARGAS BIANCHI, Lizardo. "Publicidad en niños y conjuntos de consideración de marca basados en la memoria". Cuadernos de Información, 32. 2013. p. 22.)

que intervienen en la dinámica de predisposición y decisión de compra de estos niños es amplia. El estímulo publicitario es solo uno de una amplia variedad de elementos, algunos de los cuales pueden tener mayor fuerza motivacional, como, por ejemplo, la experiencia personal de consumo o la habituación de compra hacia marcas determinadas<sup>26</sup>. Dicho autor establece como conclusión: *"parece que los niños podrían mantener sus conjuntos de preferencia y predisposición de compra de bebidas, snacks o golosinas aún en la ausencia de estimulación publicitaria, sino basándose en interacciones y experiencias de consumo con los productos"*<sup>27</sup>.

Por su parte, CALFEE sostiene que:

*"se puede observar que aproximadamente a los diez años, los niños desarrollan un completo entendimiento del propósito de la publicidad, así como una activa suspicacia sobre lo que dicen los publicistas. (...) Uno de estos trabajos, publicado en 1978, encontró que los adolescentes conceden poca credibilidad a la publicidad. Los investigadores quedaron sorprendidos con un resultado adicional: el nivel de escepticismo no tenía correlación con la cantidad de televisión consumida. Un estudio de 1982 en niños entre doce y trece años, encontró un profundo escepticismo en la publicidad en general y en especial en las alegaciones publicitarias específicas (...). Una reciente revisión de la literatura de investigación, en un volumen publicado por el Instituto Nacional sobre el Abuso del Alcohol y Alcoholismo del gobierno de los Estados Unidos (...) concluyó que: [...] la aversión y escepticismo generales respecto a la publicidad pueden resultar en el rechazo por parte de los adolescentes hacia la*

*publicidad a la que están expuestos, así como en mayor cautela respecto a las afirmaciones publicitarias. Esto puede tener como consecuencia que los adolescentes estén menos influenciados por la publicidad en comparación con los adultos."*<sup>28</sup>

Coincidimos plenamente con las conclusiones de los autores citados. Que se restrinja la publicidad de determinados productos considerados no saludables no va a generar como efecto la reducción de su consumo, toda vez que la mayoría de estos se comercializan identificados con marcas de importante implantación en el mercado, como bien lo demuestra un estudio de Arellano Marketing en el que se detalla que entre las marcas más recordadas para los peruanos se encuentran dos marcas de gaseosas y una de helados<sup>29</sup>.

Estamos convencidos de que una restricción de este tipo únicamente reforzará la cuota de mercado que puedan tener las marcas ya implantadas, con el efecto negativo de constituir una barrera legal de acceso al mercado de nuevas marcas, pues los agentes que pretendan ingresar no van a poder publicitar sus productos. De este modo, esta Ley recorta la posibilidad del consumidor de conocer nuevas ofertas y protege a las empresas que ya se encuentran en el mercado comercializando este tipo de productos al reducirles el riesgo de que ingresen más competidores. Y es que como señala CALFEE: *"(...) Lo esencial aquí es que la prohibición de la publicidad protege a la manufactura (especialmente a la local) de la competencia, y sobre todo de nuevos competidores. Menos competencia siempre significa precios más altos y menos variedad de productos"*<sup>30</sup>.

26. VARGAS BIANCHI, Lizardo. Op. cit. pp. 27-29.

27. Lizardo Vargas Bianchi. Estudio sobre preferencias de productos alimenticios e influjo publicitario. Blog Marcas & Mentes. Ver: <http://blogs.gestion.pe/marcasymentes/2013/05/estudio-sobre-preferencias-de.html?hraf=nwsltr> (Consulta realizada el 27 de mayo de 2013).

28. CALFEE, Jhon. Op. cit. pp. 82-83.

29. Ver: <http://elcomercio.pe/economia/1581694/noticia-cuales-son-marcas-mas-recordadas-consumidores-peruanos> (página consultada el 23 de julio de 2014).

30. CALFEE, Jhon. Op. cit. p. 86.

### 1.3. Eliminación gradual de alimentos con contenidos de grasas trans

Esta medida carece de justificación probatoria científica alguna en el proyecto. Si bien hemos podido apreciar que el referido proyecto dedica apartados a justificar –de modo infructuoso– el fomento de la alimentación responsable y las restricciones a la publicidad, con esta disposición no sucede lo mismo. El proyecto no contiene apartado alguno en el cual se justifique la necesidad de eliminar gradualmente los alimentos con contenidos de grasas trans. Por lo tanto, previamente a seguir con el análisis del presente punto, está más que claro que esta restricción no cumple con el fin público e idoneidad del test de razonabilidad.

Dicha restricción (o mandato de eliminación) que coloca increíblemente a los alimentos con contenidos de grasas trans en un grado de riesgo mayor para la sociedad que la comercialización de cigarrillos y bebidas alcohólicas, no es otra cosa que una medida pública sustentada en el “Principio Precautorio” que justifica el actuar “conservador” o “cauteloso” de un gobierno frente a los riesgos que amenacen a la salud humana y el medio ambiente<sup>31</sup>.

A través de este principio algunos Estados justifican las regulaciones o restricciones a determinadas sustancias, productos o actividad así no exista evidencia certera sobre la relación de causalidad con el daño que se teme puedan causar<sup>32</sup>. En pocas palabras, regulación por “precaución”.

Consideramos que no puede haber algo más arbitrario que el utilizar este principio para la adopción de políticas públicas, pues en la medida que no se haga uso de ningún criterio o parámetro cualitativo o cuantitativo para determinar cuándo un riesgo es relevante o cuando la evidencia puede considerarse o no certera, es muy probable que, dependiendo de los intereses o ideología de quien lo aplique, el principio precautorio pueda llevarnos a conclusiones totalmente distintas a las reales. En efecto, regular sobre la base de este principio genera como riesgo que algunos políticos – como sujetos maximizadores de beneficios que son – promulguen disposiciones o restricciones populistas que les permitan obtener votos en futuras elecciones<sup>33 34</sup>.

Las posiciones frente a los daños o beneficios de los alimentos que contienen grasas trans puedan ocasionar se encuentran divididas, por lo que no es posible conocer de modo certero sus efectos en la salud. Sin embargo, ello no debería justificar la eliminación de su comercialización sin considerar los costos y beneficios –por lo menos aproximados– que puede ocasionar una restricción tan radical, pues se corre el riesgo de eliminar un riesgo para crear otro, porque el regular o prohibir un producto no solo tiene efectos sobre el riesgo que causa, sino también tiene una serie de efectos sobre los incentivos de las personas que los comercializan, las que las consumen, sobre otras actividades complementarias o sustitutas, y muchos de estos efectos no son apreciables a primera vista ni de inmediato<sup>35</sup>.

31. Es importante precisar que el proyecto de la Ley cuestionada no cita dicho principio.

32. ZÚÑIGA, Mario. “¿Más vale prevenir que lamentar? repensando el denominado «principio precautorio»”, Working Paper presentado a la XVI Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Economía y Derecho ALACDE, 18 de junio de 2012. pp. 8-9. Ver: <https://decomunsentido.files.wordpress.com/2012/06/mzp-principio-precautorio-v-2-1.pdf>.

33. Sobre el particular, STIGLITZ señala que “(...) el interés personal de los políticos –su deseo de ser reelegidos– desempeña una importante función al menos en cierta medida: los induce a tratar de conocer exactamente las preferencias de su electorado y a votar a favor de las medidas que reflejen esas preferencias.” STIGLITZ, Joseph. *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch S.A. 2000. p. 209.

34. Para mayor información sobre el problema que implica la aplicación del Principio Precautorio desde los aportes del Behavioral Law & Economics y del Public Choice ver: ZÚÑIGA, Mario. Op. cit. pp. 25-31.

35. *Ibid.*

Como vemos, el proyecto no cumple con demostrar que los alimentos que contienen grasas trans constituyen un problema de interés público y menos que la medida adoptada (su eliminación) tenga conexión lógica alguna con el objetivo de la norma. En ese sentido, nos queda claro que esta medida es una de sentido populista carente de justificación que solo tendría como propósito generar beneficios electorales a los funcionarios que la elaboraron.

## 2. Necesidad o análisis de medidas menos gravosas

En este paso del análisis de razonabilidad se debe verificar que la limitación impuesta sea necesaria. Es decir, que no exista entre las alternativas idóneas para conseguir el fin perseguido una que afecte en menor medida los derechos de los particulares<sup>36</sup>. Este paso del análisis involucra responder dos preguntas: (i) ¿existen alternativas que afecten en menor medida a los particulares?; y, (ii) ¿alguna de esas alternativas es igualmente idónea para solucionar el problema que se busca resolver<sup>37</sup>?

Desarrollaremos el presente análisis de necesidad o de existencia de medidas menos gravosas dividiendo – tal como lo hicimos en el apartado anterior – los 3 tipos de medidas contenidas en la Ley. Estas son: (a) los relacionados a la promoción y educación de alimentación saludable; (b) restricciones a la publicidad; y, (c) eliminación gradual de alimentos con contenidos de grasas trans.

Respecto de los primeros, consideramos que al ser medidas que se pretenden concretar a través

de campañas de información y educación (nos referimos a las contenidas en los artículos 4º y 7º de la Ley), no afectan directamente a particulares con restricciones a su libertad, por lo tanto, cumplen con esta etapa del test. Cabe señalar que si bien tenemos reparos frente a la idoneidad en el cumplimiento del objetivo de la disposición relacionada con la implementación de kioscos y comedores escolares saludables, consideramos que se trata de una restricción menor que si bien disminuye la libertad comercial de estos kioscos (sobre todo en las instituciones privadas), podría no existir una medida menos costosa. En ese sentido, esta medida no tendría mayor problema en aprobar esta etapa del test.

El problema empieza con las restricciones aplicables a la publicidad y la eliminación gradual de alimentos con contenidos de grasas trans, pues consideramos que son innecesarias en la medida que ya contábamos con regulación sobre el particular antes de la promulgación de la Ley de comida chatarra.

En efecto, en lo que respecta a la materia publicitaria, el Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD) a través de los actos de engaño dispone –en síntesis– que todo anuncio no debe ser susceptible de inducir a error a los consumidores respecto de las características y cualidades anunciadas. A través de dicha disposición se pueden reprimir muchos de los deberes establecidos en el artículo 8º de la Ley de comida chatarra<sup>38</sup>, como por ejemplo, las siguientes prohibiciones:

- (i) inducir a error respecto de los beneficios nutricionales del producto anunciado (inciso c),

36. Según SIEGAN: “la ley debe perjudicar tan poco como sea posible la libertad en cuestión, por lo que tiene que ser precisa y específica. Cuando la aplicación de una ley más moderada lograra un resultado similar, significa que el gobierno ha elegido un medio que restringe la libertad de manera innecesaria. De este modo, una ley reguladora será generalmente mucho menos perjudicial para la libertad que una ley prohibitoria. La regulación es preferible a la prohibición cuando ambas rinden beneficios similares.” (SIEGAN, Bernard. *Reforma Constitucional. Esbozando una constitución para una república que emerge a la libertad*. Atlas Economic Research Foundation. CITEL. 1993. p. 61)

37. PASQUEL, Enrique. *Op. cit.* p.19.

38. Artículo 8º.- Publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas.

La publicidad que esté dirigida a niños, niñas y adolescentes menores de 16 años y que se difunda por cualquier soporte o medio de comunicación social debe estar acorde a las políticas de promoción de la salud, no debiendo:

- (ii) la referida a establecer sugerencias a que se puede sustituir la nutrición diaria de comidas principales como el desayuno, almuerzo o cena (inciso k); y,
- (iii) la relacionada con mostrar imágenes de productos naturales si estos no lo son (inciso m)<sup>39</sup>. Lo mismo sucede con la obligación establecida al final de dicho artículo que dispone que las afirmaciones publicitarias deban estar sustentadas en evidencia científica, pues ello se encuentra establecido en el artículo 8.4 de la LRCD<sup>40</sup>.

gida a menores de edad. En efecto, el artículo 16 de la Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC) establece que:

*"La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores. Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido."*

Asimismo, la Ley objeto del presente análisis parece obviar que desde el año 2010 contamos con regulación específica a la publicidad diri-

Con ello podemos apreciar que era totalmente innecesario establecer en el mismo artículo 8º

- a) Incentivar el consumo inmoderado de alimentos y bebidas no alcohólicas, con grasas trans, alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas, conforme a lo establecido en la presente Ley.
- b) Mostrar porciones no apropiadas a la situación presentada ni a la edad del público al cual está dirigida.
- c) Usar argumentos o técnicas que exploten la ingenuidad de los niños, niñas y adolescentes, de manera tal que puedan confundirlos o inducirlos a error respecto de los beneficios nutricionales del producto anunciado.
- d) Generar expectativas referidas a que su ingesta proporcione sensación de superioridad o que su falta de ingesta se perciba como una situación de inferioridad.
- e) Indicar como beneficios de su ingesta la obtención de fuerza, ganancia o pérdida de peso, adquisición de estatus o popularidad.
- f) Representar estereotipos sociales o que originen prejuicios o cualquier tipo de discriminación, vinculada con su ingesta.
- g) Crear una sensación de urgencia o dependencia por adquirir el alimento o la bebida no alcohólica, ni generar un sentimiento de inmediatez o exclusividad.
- h) Sugerir que un padre o un adulto es más inteligente o más generoso por adquirir el alimento o bebida que el que no lo hace; tampoco hacer referencia a los sentimientos de afecto de los padres hacia sus hijos por la adquisición o no del producto.
- i) Promover la entrega de regalo, premio o cualquier otro beneficio destinado a fomentar la adquisición o el consumo de alimentos o bebidas no alcohólicas.
- j) Utilizar testimonios de personajes reales o ficticios conocidos o admirados por los niños y adolescentes para inducir a su consumo.
- k) Establecer sugerencias referidas a que se puede sustituir el régimen de alimentación o nutrición diaria de comidas principales, como el desayuno, el almuerzo o la cena.
- l) Alentar ni justificar el comer o beber de forma inmoderada, excesiva o compulsiva.
- m) Mostrar imágenes de productos naturales si estos no lo son.

Las afirmaciones y terminología referida a la salud o a la nutrición deben estar sustentadas en evidencia científica y pueden ser requeridas en cualquier momento por la autoridad, de oficio o a pedido de cualquier ciudadano.

- 39. En efecto, este presunto acto ilícito tipificado expresamente en la Ley de la comida chatarra, viene actualmente siendo fiscalizado por el INDECOPI aplicando el artículo 8º de la LRCD, es decir, el Principio de Veracidad o Actos de Engaño. Pueden revisar las siguientes Resoluciones: 1225-2013/SDC-INDECOPI y 725-2013/SDC-INDECOPI.
- 40. Además, es importante precisar que a través del principio de adecuación social (artículo 18º de la LRCD) se puede reprimir la prohibición referida a representar en la publicidad estereotipos sociales o que originen prejuicios o cualquier tipo de discriminación, vinculados con su ingesta (inciso f).

de la Ley las siguientes prohibiciones:

- (i) generar expectativas referidas a que su ingesta proporcione sensación de superioridad o que su falta de ingesta se perciba como una situación de inferioridad (inciso d);
- (ii) indicar como beneficios de su ingesta la obtención de fuerza, ganancia o pérdida de peso, adquisición de estatus o popularidad (inciso e);
- (iii) crear una sensación de urgencia o dependencia por adquirir el alimento o la bebida no alcohólica, ni generar un sentimiento de inmediatez o exclusividad (inciso g).

En lo que respecta a la eliminación progresiva de alimentos con contenidos de grasas trans, consideramos que esta medida es totalmente innecesaria pues el CPDC en sus artículos 36º y 37º ya establecía las siguientes obligaciones a los proveedores de estos productos:

**Artículo 36.- Etiquetado de grasas trans**

Cuando un alimento contenga un tipo de grasa considerada trans debe advertirlo en su etiqueta, así como su porcentaje.

**Artículo 37.- Etiquetado de alimentos genéticamente modificados**

Los alimentos que incorporen componentes genéticamente modificados deben indicarlo en sus etiquetas.

Al no haberse justificado en el proyecto de Ley la necesidad de eliminar los alimentos que contengan grasas trans, consideramos que la medida menos costosa es la que tenemos actualmente en los artículos antes señalados del CPDC, pues traslada información a los consumidores, quienes sobre la base de la misma, elegirán si adquieren el producto o no.

En efecto, las obligaciones contenidas en los artículos 36º y 37º del CPDC son conocidas como "regulación para revelar información", la cual no restringe la influencia de la elección individual en el mercado como si lo hacen muchos de los modelos regulatorios clásicos que busca dirigir el comportamiento de los agentes económicos.

Cuando este tipo de regulación es usada para propósitos de regulación económica, la divulgación típicamente contribuye a que los compradores tomen decisiones mucho más informadas. De este modo, este tipo de regulación no evita que los consumidores puedan adquirir productos o que los agentes los produzcan, por el contrario, exige revelar información (como es que los productos consignen en sus etiquetas si sus productos contienen grasas trans o componentes genéticamente modificados) para que sean los consumidores quienes decidan si adquieren el producto o no<sup>41</sup>.

Lamentablemente, con esta Ley sobre la comida chatarra, nuestros legisladores decidieron ordenar la eliminación de los alimentos que contienen

41. BREYER sobre la regulación para revelar información señala lo siguiente: "(...) hay una importante diferencia entre los estándares para revelar información y los estándares comunes que buscan dirigir el comportamiento mismo de los agentes. Cuando los estándares comunes prohíben o definen el tipo de producto que debe ser vendido o el proceso que debe ser usado, interfieren con la elección del consumidor e impiden la flexibilidad del productor. Cuando dichos estándares se desvían del "ideal planeado por los creadores de política pública" (como inevitablemente sucede), estas restricciones en la elección y la conducta resultan claramente indeseables. En cambio, los estándares que exigen revelar información no restringen la conducta más allá de exigir que dicha información se brinde. La libertad de acción que permite la regulación para revelar información reduce notoriamente el costo de las desviaciones del "ideal planeado por los creadores de política pública". En el peor de los casos se habría exigido que se revele demasiada información o una que es equivocada. Esto no evita que los compradores obtengan los productos, o que los productores los produzcan. Así, cuando los reguladores eligen establecer obligaciones de revelar información no necesitan elaborar estándares tan meticulosos.

En efecto, requieren menos información de la industria, hay menores problemas para la exigibilidad, hay menos riesgo de daño a los competidores y hay una mayor probabilidad de superar la revisión judicial." (BREYER, Stephen. Op. cit. pp. 26.)

grasas trans, ignorando que ya contábamos con regulación menos costosa (como es el exigir el revelado de información) con la que se podía lograr el mismo objetivo, si es que lo que se quiere es evitar el consumo de este tipo de productos.

Habiéndose demostrado la falta de necesidad de la promulgación de esta Ley al existir con anterioridad regulación al respecto, conviene resaltar que el proyecto no analizó la posibilidad de establecer medidas menos costosas como la autorregulación, la cual descartó de plano señalando que "(...) la autorregulación no es suficiente, para reducir el impacto de la promoción comercial de los alimentos y bebidas dirigidas a niños y adolescentes"<sup>42</sup>. Como era de esperarse, esta afirmación no se apoyó en sustento estadístico alguno.

Para cerrar este apartado, nos parece interesante transcribir la opinión de Brennan y Buchanan sobre las muchas veces ineficiente intervención del Estado:

*"los llamados fallos de mercado –ya sean atribuidos a bienes públicos, externalidades, factores monopolísticos en la oferta de bienes privados-, aunque suficientes para resaltar la presencia de ganancias no explotadas en el proceso de intercambio, son sin embargo (tal como ahora se le reconoce ampliamente) una guía normativa inadecuada para apoyar la intervención del gobierno en el proceso. Basta simplemente con advertir que no porque el mercado lo haga mal el gobierno lo va a hacer mejor. Por el contrario, como nos recuerda la teoría de la "elección pública", hay buenas razones para dudar de la capacidad de los procesos políticos para alcanzar el óptimo de Pareto. La*

*comparación normativa apropiada es la que parte de la imperfección de ambas instituciones. La mera comprobación de que una y otra institución es imperfecta –fallo de los mercados– no es suficiente para justificar la "intervención" del gobierno. Aunque en principio esto parece bastante claro, la verdad es que tenemos que repetirlo una y otra vez"* (BRENNAN, Geoffrey y James BUCHANAN. *La razón de las normas. Economía Política Constitucional*. Madrid: Unión Editorial, S.A. 1987. P. 157)

### 3. Proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, en esta etapa se debe comparar el grado con el que se alcanza la finalidad perseguida con el grado en el que se afectan los derechos de los particulares. Para efectos de un correcto análisis, debe analizarse que el costo de la regulación no sea mayor que sus beneficios. De este modo, debería exigirse a la Administración demostrar que analizó que los costos totales de la regulación son menores que los beneficios que la misma supone<sup>43</sup>.

Sobre el particular, PASQUEL señala que los costos escondidos de las regulaciones pueden ser enormes y si no se hace un esfuerzo por encontrarlos y cuantificarlos se pueden causar más problemas de los que se solucionan. Por ello, obligar a las agencias públicas a hacer explícitos los costos y beneficios involucrados en su análisis ayuda a volver el proceso regulatorio más transparente, a controlar la corrupción, a brindar más elementos para discutir las políticas públicas y a forzar a la Administración a tomar decisiones más responsables<sup>44</sup>. De ahí que resaltamos la importancia de la realización de un análisis costo-beneficio en los proyectos de Ley<sup>45</sup>.

42. Proyecto de Ley N° 1038/2011-CR (2012). p. 4.

43. PASQUEL, Enrique. Op. cit. pp. 120-124.

44. *Ibid.*

45. Sobre el particular, Posner señala que "(...) cuando las regulaciones se basen en el análisis de costo-beneficio, quienes deseen cuestionarlas en los tribunales podrían señalar en cuáles sentidos fueron irrazonables los supuestos empleados en el análisis costo-beneficio. Resulta más difícil cuestionar una regulación que descansa por entero en nebulosas bases de equidad." POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. 2007. p. 611.

De este modo, el impacto de la limitación de la libertad no debe ser desproporcionado con el objetivo que se busca alcanzar. Mientras más graves sean los efectos restrictivos de una medida, de mayor significación social debe ser el objetivo. Para SIEGAN, este análisis debería incluir una determinación acerca de si la legislación es sobre inclusiva (demasiado amplia en su impacto en la gente) o sub inclusiva (de insuficiente amplitud como para alcanzar a las diversas personas o acciones que causan el problema). En ninguno de los dos casos la regulación sería válida<sup>46</sup>.

Para determinar que el proyecto de la Ley de comida chatarra no cumplió con esta etapa, basta con echarle un vistazo a su sección de "análisis costo beneficio" en el que se concluye que *"la propuesta del proyecto de ley no ocasiona ningún costo para el Estado Peruano"*<sup>47</sup>.

No es necesario ser un economista o matemático para darse cuenta que la creación del ONESO generará una serie de gastos al Estado que pagarán todos los contribuyentes. Dentro de estos costos están: los procesales, sueldos de funcionarios y el costo de oportunidad de destinar los recursos a priorizar esta actividad.

Del mismo modo, el proyecto no analiza el impacto de esta regulación en el mercado al disponer la eliminación de los productos que contienen grasas trans. Un correcto análisis costo - beneficio hubiese evaluado y ponderado los posibles riesgos a la salud con los beneficios no relacionados a la salud que pueden causar los alimentos que contienen grasas trans. Así, en el caso que nos ocupa, si bien la eliminación de estos productos podría evitar ciertos problemas a la salud (que aún no han sido determinados científicamente), lo cierto es que encarece la producción de alimentos, aumentando sus precios, lo que a su vez elevará las tasas de desnutrición, entre otros problemas.

De otro lado, en el "análisis" costo-beneficio que supuestamente se realiza en el Dictamen (no en el proyecto de Ley), encontramos algunos aspectos curiosos cuando se refiere a los presuntos beneficios que esta Ley generaría en las empresas. Estos serían:

- a) Mejora en la imagen corporativa y la reputación de la empresa frente a sus clientes o consumidores.
- b) Rentabilidad de sus negocios por cuanto los productos que ofrecen ventajas para la salud generan mejores resultados financieros a las empresas.
- c) Reducción de costos de publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigidas a los niños, niñas y adolescentes.
- d) Reducción del costo por absentismo laboral (ausencia o abandono del puesto de trabajo) generado por los problemas de salud derivados de la obesidad de los trabajadores.

Con el primer punto nos queda claro que los que suscribieron dicho documento creen que todas las empresas que comercializan productos altos en grasas, azúcares o que contengan grasas trans carecen de buena reputación comercial. Totalmente falso, pues como hemos podido apreciar del informe elaborado por Arellano Marketing, las marcas más recordadas por los peruanos distinguen productos que no calzan dentro de la concepción de "comida saludable" que nuestros padres de la patria tienen. Respecto al punto b) no nos queda más que sonreír, pues dicho beneficio carece de sustento técnico o económico alguno.

El beneficio detallado en el punto c) parece una broma de mal gusto: ¿la reducción en costos de publicidad que detallan es porque ya no se podrá realizar una vez la Ley surta efectos? Creemos que no hay peor daño a las empresas y

46. SIEGAN, Bernard. *Op. cit.* p. 60.

47. Proyecto de Ley 1038/2011-CR (2012). p. 24.

a los consumidores que el restringirles o ponerle trabas a la difusión de publicidad. En el caso de las empresas les recorta una de sus principales herramientas para informar acerca de sus productos y competir en el mercado; y en el caso de los consumidores, les reduce las posibilidades de informarse acerca de las ofertas existentes, así como el poder gozar de menores precios<sup>48</sup>.

Respecto del beneficio detallado en el punto d), creemos que fue ubicado en el lugar incorrecto<sup>49</sup>, pues no resulta ningún beneficio para la empresa, a lo mucho, será un beneficio para el trabajador. Nos explicamos. Si el trabajador decide tener una mala alimentación y como consecuencia de ello presenta problemas de salud, tiene que asumir las consecuencias de tal decisión. Si por dichos problemas de salud esta persona deja de ir o abandona su puesto de trabajo, el único perjudicado va a ser él. Estamos seguros que la empresa prescindirá de sus servicios al no resultarle eficiente su desempeño y no se le puede culpar de ello, pues lo razonable es que dicha empresa sea un maximizador de

beneficios. Por el contrario, si es que este trabajador decide llevar una alimentación saludable, lo más probable es que no se ausente, rinda bien en su trabajo y con ello reduzca el riesgo del despido.

Por todo lo expuesto en este punto, queda claro que los funcionarios que estuvieron detrás de esta Ley no cumplieron con el requisito de proporcionalidad en sentido estricto del test.

#### 4. Apuntes sobre las restricciones que establece la ley en el ámbito publicitario

En el presente apartado haremos algunos comentarios a las disposiciones que consideramos que podrían afectar la industria publicitaria. Como podrá apreciar el lector, esta norma no solo no ha pasado por un adecuado test de razonabilidad demostrando con ello que fue promulgada sin tener un mínimo de certeza de su posibilidad de éxito, sino además, carece de tecnicismo en lo que respecta al derecho publicitario.

48. Sobre la importancia de la información que se traslada a los consumidores a través de la publicidad comercial, CALFEE señala que "[...] Para la mayoría de productos, el propio mercado debe proporcionar las conexiones necesarias entre los productos y la información acerca de ellos, sin la ayuda de los monopolios virtuales creados por una regulación detallada. Lo que se necesita es una forma en la que el mercado obtenga una ganancia por difundir información valiosa, incluso cuando sea imposible conseguir que la gente pague directamente por la información.

*Aquí es donde la publicidad ayuda a resolver el problema de la información, un hecho que puede ser percibido donde sea que la publicidad esté permitida. Los vendedores utilizan la publicidad para proporcionar información útil que favorece a sus propias marcas, y cubren los costos con precios más altos y volúmenes más grandes. En efecto, la información y los productos están unidos en un solo paquete por un único precio. Esto permite que la publicidad sea un poderoso instrumento para la distribución de información.*

(...)

*Si la publicidad siempre ofrece un rango tan estrecho de información habría pocos motivos para celebrarla como una solución a los problemas económicos de la información. Pero la publicidad hace mucho más. Normalmente, ofrece inmensas cantidades de información que beneficia principalmente a personas distintas del anunciante. Esto puede sonar extraño, pero es una consecuencia lógica de las fuerzas del mercado y la naturaleza de la propia información.*

*Tan solo la habilidad de utilizar información para vender productos es un incentivo para crear nueva información a través de la investigación. Así el tema sea la nutrición, seguridad, o asuntos más mundanos como la forma de medir la potencia del amplificador, la necesidad de conseguir la credibilidad de los consumidores y críticos requiere que gran parte de esta investigación sea de dominio público, y que además se sustente con credenciales académicas. Generalmente, este tipo de investigaciones obtienen resultados que se aplican a más que la marca vendida por la empresa patrocinadora de la investigación. La falta de derechos de propiedad sobre la información pura asegura que esta información adicional esté disponible sin costo alguno. Tanto los consumidores como los competidores pueden tomar prestada la nueva información para sus propios fines." CALFEE, Jhon. Op. cit. pp. 37-39.*

49. Y en el proyecto incorrecto también, pues se supone que es una Ley dirigida a proteger a los niños y adolescentes, no a adultos.

Empezaremos el análisis del presente apartado con la definición de la “publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes” ubicada en el glosario de la Ley (artículo 3°):

**“Publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes.** Es aquella que, por su contenido, argumentos, gráficos, música, personaje, símbolos y tipo de programa en el que se difunde, es atractiva y está dirigida preferentemente a menores de 16 años.”

Consideramos que el contenido de esta definición es demasiado general, al punto que dentro de ella podría recogerse cualquier anuncio publicitario, incluso si este se encuentra dirigido a un público adulto. Ello debido a que de su redacción no queda claro de qué tipo es el contenido, argumentos, gráfico, música, personajes, etc. que resulten atractivos y que estén dirigidos **preferentemente** a menores de 16 años. ¿Quién va a calificar ello? ¿La Administración luego de iniciado un procedimiento de oficio o por denuncia de parte?

Sin duda, la definición de esta supuesta modalidad publicitaria generará inseguridad jurídica en los agentes económicos, pues no obstante su anuncio se encuentre dirigido a mayores de

edad, el Estado puede calificarlo como publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes si las licencias publicitarias que usó en su diseño resultan atractivas a menores de 16 años.

Ahora bien, sin ánimos de ser alarmistas, también podríamos pensar que esta definición tiene la finalidad de modificar en un futuro el artículo 22° de la LRCD<sup>50</sup> y establecer que el control de la publicidad comercial se realice de modo *ex ante* a través de su supervisión previa, generando con ello (i) barreras de entrada y permanencia al mercado al incrementar los costos de difusión de publicidad comercial, (ii) limitaciones a la libertad de expresión empresarial y (iii) sobre todo, el incremento del riesgo de corrupción del Estado.

Como dato curioso consideramos importante precisar que la definición de esta modalidad publicitaria es la única novedad en dicho artículo, que hace las veces de “glosario”, pues el resto de definiciones (promoción de ventas, publicidad, anunciante, publicidad testimonial, etc.) se encuentran incluidas en el artículo 59° de la LRCD, que tiene a la fecha seis años de promulgada.

A continuación nos centraremos en el artículo 8° de esta Ley de comida chatarra<sup>51</sup>. Como es

50. **Artículo 22°.- Control posterior.-** la publicidad no requiere autorización o supervisión previa a su difusión por parte de autoridad alguna. La supervisión para el cumplimiento de esta Ley se efectúa únicamente sobre la publicidad que ha sido difundida en el mercado.

51. **Artículo 8°.- Publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas.**

La publicidad que esté dirigida a niños, niñas y adolescentes menores de 16 años y que se difunda por cualquier soporte o medio de comunicación social debe estar acorde a las políticas de promoción de la salud, no debiendo:

- Incentivar el consumo inmoderado de alimentos y bebidas no alcohólicas, con grasas trans, alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas, conforme a lo establecido en la presente Ley.
- Mostrar porciones no apropiadas a la situación presentada ni a la edad del público al cual está dirigida.
- Usar argumentos o técnicas que exploten la ingenuidad de los niños, niñas y adolescentes, de manera tal que puedan confundirlos o inducirlos a error respecto de los beneficios nutricionales del producto anunciado.
- Generar expectativas referidas a que su ingesta proporcione sensación de superioridad o que su falta de ingesta se perciba como una situación de inferioridad.
- Indicar como beneficios de su ingesta la obtención de fuerza, ganancia o pérdida de peso, adquisición de estatus o popularidad.
- Representar estereotipos sociales o que originen prejuicios o cualquier tipo de discriminación, vinculada con su ingesta.
- Crear una sensación de urgencia o dependencia por adquirir el alimento o la bebida no alcohólica, ni generar un sentimiento de inmediatez o exclusividad.

un artículo muy "rico" en restricciones, vamos a analizarlo de manera separada procurando de este modo abarcar cada uno de los riesgos que implica.

En el encabezado de dicho artículo se menciona que la publicidad que esté dirigida a los niños, niñas y adolescentes menores de 16 años y que se difunda por cualquier soporte o medio de comunicación social **"debe estar acorde a las políticas de Promoción de la Salud"**. Es evidente que esta disposición trasgrede el derecho constitucional de libertad de expresión empresarial, al impedir a los anunciantes diseñar o establecer sus propias estrategias publicitarias, pues ahora éstas estarán controladas por ciertas "políticas de Promoción de la Salud", las cuales no se definen de manera clara en dicha Ley.

Luego del encabezado, el referido artículo desarrolla diversas prohibiciones mediante incisos. Dichas restricciones las podemos agrupar en dos tipos: (i) las indeterminadas o indeterminables; y las (ii) dirigidas a una marca específica.

Dentro del primer grupo tenemos a las que prohíben incentivar el consumo "inmoderado" de determinados alimentos (inciso a), el mostrar en los anuncios porciones "no apropiadas a la situación presentada ni a la edad del público

al cual está dirigida" (inciso b), y el alentar ni justificar el comer de forma "inmoderada, excesiva o compulsiva" (inciso l). Como se pueden imaginar, disposiciones tan amplias y subjetivas solo pueden generar inseguridad jurídica en el mercado. Nos preguntamos quién calificará qué es un consumo inmoderado o no apropiado y bajo qué criterios se establecerá ello. Lo único que nos queda claro es que ello no se detallará en el Reglamento, pues según la primera disposición complementaria de dicha Ley, éste se limitará a establecer los parámetros técnicos de los elementos que componen los alimentos y bebidas no alcohólicas afectadas con esta Ley.

En el segundo grupo tenemos a las restricciones que se ocupan de marcas en particular, como por ejemplo, la prohibición de la "cajita feliz" de Mc Donald's (inciso i), el uso de Lionel Messi para promocionar papas fritas "Lays" o Paolo Guerrero para las galletas "Oreo" (inciso j)<sup>12</sup>, la marca "Cereal Bar" (inciso k), complementos para la leche como "Milo", "Nesquik", productos como la marca "Maltin Power" (incisos c y e). Es decir, tenemos una Ley hecha con la finalidad de reprimir la publicidad comercial de determinadas empresas sin que se haya acreditado de manera fehaciente que ésta sea determinante en la decisión de consumo de menores de edad.

- 
- h) Sugerir que un padre o un adulto es más inteligente o más generoso por adquirir el alimento o bebida que el que no lo hace; tampoco hacer referencia a los sentimientos de afecto de los padres hacia sus hijos por la adquisición o no del producto.
  - i) Promover la entrega de regalo, premio o cualquier otro beneficio destinado a fomentar la adquisición o el consumo de alimentos o bebidas no alcohólicas.
  - j) Utilizar testimonios de personajes reales o ficticios conocidos o admirados por los niños y adolescentes para inducir a su consumo.
  - k) Establecer sugerencias referidas a que se puede sustituir el régimen de alimentación o nutrición diaria de comidas principales, como el desayuno, el almuerzo o la cena.
  - l) Alentar ni justificar el comer o beber de forma inmoderada, excesiva o compulsiva.
  - m) Mostrar imágenes de productos naturales si estos no lo son.

Las afirmaciones y terminología referida a la salud o a la nutrición deben estar sustentadas en evidencia científica y pueden ser requeridas en cualquier momento por la autoridad, de oficio o a pedido de cualquier ciudadano.

52. Que contraviene lo dispuesto en el artículo 8.2 de la LRCD, pues prohíbe que se realice publicidad testimonial cuando ello se encuentra expresamente permitido por Ley.



En este punto es importante recordar que hemos señalado durante el desarrollo del presente trabajo (en el análisis de necesidad del test de razonabilidad) que todas estas restricciones a la publicidad comercial son innecesarias en la medida que pueden ser reprimidas por los actos de engaño de la LRCD o las restricciones a la publicidad dirigida a menores del CPDC.

Para finalizar el análisis de este artículo, solo nos queda mencionar que su último párrafo es totalmente innecesario<sup>53</sup>, toda vez que la obligación del anunciante de contar previamente a la difusión de la publicidad con las pruebas que sustenten la veracidad de sus alegaciones ya se encuentra recogida en los artículos 8.3 y 8.4 del LRCD (substanciación previa).

De otro lado, como si con todo esto no fuera suficiente, la cuestionada Ley en su artículo 9º desarrolla la figura del "principio de veracidad

publicitaria" colisionando con lo dispuesto en materia publicitaria en la LRCD y la doctrina. Dicho artículo señala lo siguiente:

#### **"Artículo 9º Principio de veracidad publicitaria**

Los mensajes publicitarios deben ser claros, objetivos y pertinentes, teniendo en cuenta que el público infantil y adolescente no tiene la capacidad ni la experiencia suficiente para valorar o interpretar debidamente la naturaleza de dichos mensajes.

Las imágenes, diálogos y sonidos que se utilicen en la publicidad de los alimentos y bebidas deben ser precisos en cuanto a las características del producto y a cualquier atributo que se pretenda destacar, así como su sabor, color, tamaño, contenido, peso, sus propiedades nutricionales, de salud y otros."

53. Este señala lo siguiente: "Las afirmaciones y terminología referida a la salud o a la nutrición deben estar sustentadas en evidencia científica y pueden ser requeridas en cualquier momento por la autoridad, de oficio o a pedido de cualquier ciudadano."

En esta re - definición del principio de veracidad publicitaria, el mensaje publicitario del anuncio simple (es decir, en el que no se alude a otra oferta) **deberá ser claro, objetivo y pertinente**. Al parecer quienes elaboraron esta Ley aún no se han enterado que la exigencia de objetividad en anuncios simples atenta contra la principal característica de la publicidad comercial, **la persuasión**. En efecto, con esta disposición los anunciantes no podrán hacer uso de licencias publicitarias lícitas como la exageración publicitaria, frases altisonantes, juicios estimativos, humor y la fantasía, contraviniendo de este modo la libertad de expresión empresarial y colisionando directamente con el artículo 20º de la LRCD que admite el uso de licencias publicitarias<sup>54</sup>. Con esta nueva definición, la publicidad comercial se rige por el principio de exhaustividad en la información y el deber de imparcialidad, los cuales son claramente rechazados por la doctrina<sup>55</sup> y nuestro desarrollo jurisprudencial (ver "Precedente Metro"<sup>56</sup>) por ser contrarios al fin persuasivo de todo anuncio publicitario.

Ahora bien, la lectura de esta nueva definición del principio de veracidad también permite preguntarnos si la exigencia de claridad y pertinencia tienen alguna relación con los requisitos de licitud de los actos de denigración, comparación y equiparación (*exceptio veritatis*), en los que se exige que estos sean exactos por claros, actuales y pertinentes de forma y fondo<sup>57</sup>. La suma de estas modificaciones al referido principio tiene como resultado un claro exceso restrictivo que convertirá a la publicidad comercial en simples notas informativas difundidas por medios de comunicación. Sin el elemento persuasivo la publicidad comercial no existe, así de simple. Lo anecdótico del asunto es que dicha Ley recoge en su glosario la definición de publicidad comercial reconociendo su elemento persuasivo<sup>58</sup>.

Sin perjuicio de lo antes señalado, quizás nos pueda servir como consuelo el saber que este artículo que modifica el concepto de principio de veracidad (artículo 9º) **no es aplicable a nin-**

54. Artículo 20º.- Uso de licencias publicitarias.

En el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración en la medida en que tales recursos no configuren actos de competencia desleal.

55. Al respecto, DE LA CUESTA señala que *"como regla general el suministro de datos depende de la decisión del anunciante y, en concreto, de sus asesores publicitarios. No puede olvidarse en ningún momento que la publicidad es información persuasiva. Por lo tanto, es el anunciante quien decide lo que su publicidad va a comunicar y cómo va a hacerlo. El anunciante, pues, puede callar o no aludir en su publicidad a las circunstancias que desee. No existe, contra lo que algunos sostienen, una publicidad engañosa por omisión considerando que lo es la que omite datos fundamentales acerca del bien objeto del mensaje. Nada más lejos de la realidad, la omisión de datos, fundamentales o no, no constituye una forma específica de engaño, sino que puede dar lugar a publicidad engañosa en los casos en que lo alegado en la publicidad exija, para que no sea engañoso el anuncio, una explicación que se omite. Luego el anunciante no está obligado a decir mediante su publicidad todo lo que sabe acerca de la oportunidad que ofrece en el mercado, pero sí está obligado, so pena de incurrir en el ilícito publicitario del engaño, a que lo que comunique por medio de lo que, positivamente, expresa y de lo que, negativamente, calla u omite no sea engañoso."* (DE LA CUESTA, José María. Curso de Derecho de la Publicidad. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA). 2002. p. 155.

56. Puntos 21 al 27 de la Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI.

57. 11.2.- (...), estos actos se reputan lícitos siempre que:

- a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
- b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta.
- c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,
- d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

58. Artículo 3. Glosario

**gún anuncio publicitario**, pues de acuerdo al artículo 11º de la misma Ley de comida chatarra, la autoridad encargada del cumplimiento de lo establecido en los artículos 8º y 10º (no se menciona el 9º) es la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi. Ello, visto de manera conjunta con lo señalado en el artículo 24º de la LRCD que impide expresamente que cualquier otra autoridad del Estado (que no sea el Indecopi) realice supervisión o aplique sanciones en materia publicitaria, nos deja claro que **el referido artículo 9º, si bien figura en la Ley cuestionada, solo se trata de una pésima broma, toda vez que no será aplicable a los anunciantes.**

Finalmente, comentaremos el artículo 10º que dispone lo siguiente:

**"Artículo 10º.- Advertencias publicitarias**

En la publicidad, incluida la que se consigna en el producto, de los alimentos y bebidas no alcohólicas con grasas trans y alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas, se debe consignar en forma clara, legible, destacada y comprensible las siguientes frases, según el caso:

"Alto en (Sodio-azúcar-grasas saturadas): Evitar su consumo excesivo"

"Contiene grasas trans: Evitar su consumo"

Dicha advertencia publicitaria será aplicable a los alimentos y las bebidas no alcohólicas que superen los parámetros técnicos establecidos en el reglamento."

El imponer consignar dichas advertencias es un exceso. Si partimos de la premisa que esta Ley reconoce la característica persuasiva de la publicidad comercial (ello porque recoge la definición contenida en el artículo 59º del LRCD), no le encontramos sentido alguno que se le obligue al anunciante a consignar una frase que induzca al receptor del anuncio a no consumir el producto que se promociona en él. Máxime, si no existe evidencia sobre consecuencias negativas para la salud respecto al consumo de grasas trans como lo hemos demostrado a lo largo del presente trabajo. Este artículo contraviene injustificadamente el derecho constitucional de libertad de expresión empresarial.

**5. Alternativa a la regulación de promoción de alimentación saludable como medida menos costosa: la autorregulación**

Un aspecto que sorprende del proyecto de Ley de comida chatarra es que no obstante el CPDC ha establecido en su artículo VI que es política pública del Estado fomentar procedimientos de solución extrajudicial de controversias -como es el sistema de autorregulación<sup>59</sup>- haya afirmado que éste es insuficiente para lograr el objetivo de dicha Ley, sin

(...)

Publicidad. Toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales (el subrayado es nuestro).

59. Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo VI.- Políticas Públicas

(...)

El Estado garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y soluciones directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, y **sistemas de autorregulación**; Asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la solución de conflictos y reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos. (subrayado y resaltado nuestros)

citar un solo documento que apoye tal conclusión. Ello solo demuestra el escaso conocimiento que tuvieron los legisladores involucrados en esta Ley respecto del sistema de autorregulación publicitaria. Es por ello que en el presente apartado detallaremos algunas de las principales características de este sistema con la finalidad de demostrar su utilidad en el mercado y el importante ahorro de costos que puede significar para el Estado permitir la colaboración de los agentes privados cuando pretende fiscalizar la actividad económica.

El CONAR es un sistema de autorregulación privado creado por la Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA), la Asociación Peruana de Agencias de Publicidad (APAP) y la Sociedad Nacional de Radio y Televisión (SNRTV). Dicho sistema cuenta con dos órganos resolutivos -Comisión Permanente de Ética (primera instancia) y Junta Directiva (segunda instancia)- que son los encargados de pronunciarse sobre las denuncias que los asociados, no asociados y consumidores puedan interponer por presuntas infracciones a lo dispuesto en sus normas deontológicas.

Como todo sistema de autorregulación, la propia industria publicitaria ha creado un código de conducta denominado Código de Ética Publicitaria, el cual es compatible con las normas que regulan la publicidad en el Perú. Este código se encuentra elaborado conforme los principios de la publicidad comercial establecidos en la doctrina (veracidad, lealtad, autenticidad, legalidad y adecuación social). Sin perjuicio de ello, una de

las características de los códigos de conducta en estos sistemas es que pueden ser más restrictivos que las normas que regulan la materia. Por ejemplo, en el caso peruano, el código deontológico del CONAR cuenta -además de sus disposiciones compatibles con la LRCD y CPDC- con disposiciones relacionadas con el uso adecuado de la sexualidad y erotismo en la publicidad comercial.

El CONAR tiene como una de sus principales características el alto grado de cumplimiento de sus decisiones, toda vez que los medios de comunicación que lo conforman (estos son, todos los medios asociados a la SNRTV) son los encargados de asegurar el cumplimiento de las mismas. En efecto, el artículo 22º del Código de Procedimientos del CONAR dispone que las resoluciones emitidas por sus órganos resolutivos son notificadas tanto a las empresas infractoras como a los medios de comunicación, con lo que la responsabilidad del cumplimiento de lo dispuesto por el sistema de autorregulación es compartida<sup>60</sup>.

La importancia del uso de los medios de comunicación en el cumplimiento de las resoluciones radica en que -incluso sin autorización de las empresas infractoras- pueden retirar inmediatamente el anuncio infractor del aire, logrando con ello que lo dispuesto por el CONAR tenga un riesgo de incumplimiento mínimo o casi nulo. Es por ello que se sostiene que la participación de los medios de comunicación hace que el CONAR sea un sistema eficaz, incluso sin poseer la fuerza coercitiva del Estado. Gracias a este mecanismo,

60. En la doctrina se resalta la eficacia como una de las principales características de los sistemas de autorregulación. Se dice que la autorregulación constituye el método más eficaz para ordenar una determinada actividad. Así, DARNACULLETA señala lo siguiente: "los economistas son, obviamente, quienes mayoritariamente manejan este argumento, amparándose en consideraciones basadas en la mayor eficiencia comparativa de la autorregulación. Así destacan la rapidez, la simplicidad y la flexibilidad operativas de la autoregulación, frente a la rigidez de los trámites y formalidades propios de los procedimientos públicos de regulación. Y destacan también la reducción de costes que comporta la autorregulación, señalando, en especial: la disminución de los costes de información y de los costes de supervisión y sanción -como consecuencia del mejor conocimiento por parte de los organismos de autorregulación de la materia regulada-; la reducción de los costes de modificación de normas -debido a la mayor flexibilidad de los procedimientos de autorregulación-; y la minoración de los costes de relación entre los participantes del mercado y el regulador- por cuanto, en esta línea de pensamiento, y particularmente en determinados sectores, tales relaciones están presididas por la confianza mutua, frente al recelo y la sospecha que suscitan los reguladores estatales". DARNACULLETA, Mercè. "La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía". En MUÑOZ MACHADO, Santiago y José ESTEVE PARDO (editores). *Derecho de la regulación económica*. 2009. Madrid: Portal Derecho S.A. pp. 665.

el CONAR cuenta con un promedio de 91% de resoluciones cumplidas<sup>61</sup>.

Otra característica relevante del sistema de autorregulación peruano es la rapidez con la que se resuelven sus procedimientos. De acuerdo a su Código de Procedimientos, en primera instancia el trámite de un procedimiento dura un promedio de 15 días útiles y en segunda, 17 días útiles. Asimismo, las medidas cautelares solicitadas se resuelven en un plazo de 3 días útiles. Esta celeridad en sus pronunciamientos parte de la importancia de la aplicación de las disposiciones del Código de Ética a los anuncios infractores cuando aún siguen siendo difundidos y así poder disponer su cese en caso sea necesario.

Es en virtud de estas características (eficacia en el cumplimiento de resoluciones y celeridad en pronunciamientos) que actualmente se considera al sistema de autorregulación publicitaria peruano como un sistema eficaz de solución de controversias extrajudiciales. Pero sus características no se limitan únicamente a ello, pues el CONAR promueve la conciliación entre las partes en conflicto así como también brinda servicios de asesoría previa a la difusión de los anuncios publicitarios a fin de que estos no infrinjan las normas legales aplicables a la publicidad comercial y las deontológicas.

¿Por qué no dejar que sea la propia industria la que se imponga reglas de obligatorio cumplimiento? ¿Por qué no trabajar de manera conjunta con las empresas privadas para la difusión de campañas de información? Evidentemente ello no sería un acto populista que permita a los políticos ganar votos importantes, pues es preferible mostrar a las empresas privadas como "monstruos desalmados" que como aliados para conseguir un fin común. Al parecer siem-

pre es mejor disfrazarse como "defensor de los consumidores" sin importar si las normas que promulgan terminan afectándolos al carecer de un análisis costo beneficio de su impacto.

El trabajo conjunto entre el Estado y los sistemas de autorregulación es una práctica que cada vez se hace más frecuente en diversas partes del mundo. La doctrina denomina a esta figura como "Corregulación". Por mencionar un ejemplo, en Europa, el Acuerdo Interinstitucional "Legislar Mejor" adoptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión a finales del año 2003<sup>62</sup>, define a la Corregulación como: *"El mecanismo por el que un acto legislativo habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones)."*

Así, podemos apreciar que la corregulación en Europa implica un acto legislativo, y es ese acto el que permite encomendar los objetivos marcados por el legislador a las partes representativas con intereses en el ámbito en cuestión<sup>63</sup>. De este modo, el pilar de este tipo de sistema es el reconocimiento estatal de su funcionamiento a través de acto legislativo o convenio y la participación que pueda tener el Estado en el mismo. En pocas palabras, el trabajo conjunto del Estado y las empresas privadas para poder regular de manera más eficiente ciertos sectores del mercado.

Sobre esto último, CALFEE sostiene que si el Estado participa conjuntamente con la autorregulación, ésta *"podría concentrarse en realizar investigaciones de manera no conflictiva sin los costos y retrasos de los litigios y sin las ineficiencias organizativas endémicas a todas las entidades*

61. Cabe hacer la aclaración que no es que el 9% de resoluciones restante nunca se hayan cumplido, sino que su cumplimiento excedió el plazo establecido debido a demoras administrativas.

62. DOCE C 321, de 31 de diciembre de 2003.

63. TATO PLAZA, Anxo, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y HERRERA PETRUS, Christian. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: La Ley. 2010. p. 310.

del gobierno". Para dicho autor, *"las ventajas de la autorregulación son numerosas y convincentes y la más obvia es la eficiencia"*. Así, el uso de la autorregulación reduciría los costos de solución de conflictos (asumidos por el privado) y podría ser útil para resolver conflictos transfronterizos en un mercado globalizado como el actual<sup>64</sup>.

En esa misma línea, M. Mercè Darnaculleta señala que mediante la regulación pública de la autorregulación, los poderes públicos supervisan la correcta aplicación de códigos de conducta y sanciones, pero fundamentalmente, garantiza que la autorregulación sirva efectivamente al cumplimiento de concretos fines públicos o de interés general<sup>65</sup>.

En el caso que nos ocupa, si tanto los legisladores desconfían de los agentes privados, pudieron elegir esta última modalidad y así, a través de un convenio o disposición legal encargar al sistema de autorregulación la fiscalización y la promoción de la alimentación saludable, disponiendo por ejemplo, que dicho sistema envíe información al Estado respecto a las acciones que desarrolla para tales fines. Con ello, el Estado pudo ahorrarse costos importantes en lo que respecta a la fiscalización de este tipo de anuncios publicitarios, evitando la sobrecarga laboral del INDECOPI. Asimismo, con la adopción de este sistema, el Estado pudo evitar los costos que implica crear una entidad como el ONESO.

#### IV. COMENTARIOS FINALES

Con el presente artículo hemos demostrado las graves falencias de la denominada Ley de la comida chatarra. Las cuales parten desde el hecho de no haber pasado por el test de razonabilidad,

no obstante ser exigido por abundantes sentencias del Tribunal Constitucional y la doctrina. Al aplicar dicho test en el presente trabajo hemos podido determinar que la referida Ley no es idónea para combatir el problema de interés público (obesidad y sobrepeso), que no es necesaria por existir con anterioridad disposiciones legales (contenidas en la LRCD y CPDC) que pueden reprimir de manera menos costosa los actos que sanciona; y, que no cumple con el requisito de proporcionalidad en sentido estricto al no haberse realizado un adecuado análisis costo beneficio de su impacto en el mercado.

Asimismo, con el presente trabajo hacemos evidente la falta de tecnicismo en materia publicitaria de la norma, pues entra en conflicto con disposiciones contenidas en la LRCD y CPDC generando con ello inseguridad jurídica en el mercado. Del mismo modo, hemos demostrado que esta Ley elimina la característica más importante de la publicidad comercial como es la persuasión, afectando con ello de manera injustificada la libertad de expresión empresarial.

Por todo lo expuesto, consideramos que de aplicarse esta Ley, se generará un grave impacto en el mercado nacional pues se incrementarán los costos de transacción de los anunciantes y consumidores, siendo estos últimos los que llevarán la peor parte, pues se les reducirá la información que puedan obtener de la publicidad y se les eliminará alternativas de alimentación a los de menos recursos. Y todo ello gracias a ese afán de nuestros políticos de importar normas que se promulgan en otros países sin realizar un correcto análisis costo-beneficio para medir las consecuencias de su aplicación en nuestro país.

64. CALFEE, John. Op. cit. pp. 121-123.

65. DARNACULLETA, M. Mercè. Op. cit. pp. 648-655