

En el siguiente artículo, los autores realizan un análisis en torno a la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes, la cual restringiría la publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas procesados, en función a su contenido de azúcar, sal y grasas saturadas. Ello, con la finalidad de mejorar la alimentación de los consumidores y reducir los riesgos de obesidad. Sin embargo, ¿es eficaz, esta norma, para cumplir con dicha finalidad?

La última cena publicitaria: análisis de la regulación alimenticia en el Perú



Carlos Rojas Klauer* / Ximena Goytizolo Silva**

Palabras clave: Publicidad, consumidor, niños, salud, obesidad.

I. Introducción

La publicidad no es un medio de contratación, en todo caso, resulta arbitrario que un consumidor afirme que contrató sólo a partir de lo informado en la publicidad, ya que con ello se desconoce la labor realizada por la fuerza de venta de una Empresa y se centra en lo realizado por la pre-venta, que es donde se diseña y se establece la estrategia publicitaria.

No podemos entonces extrapolar el concepto de publicidad al proceso de venta, sin observar que la configuración de un anuncio pertenece al proceso de pre-venta, es decir, a la estrategia comunicacional de persuadir y captar la atención del consumidor, la cual, luego de lograr la atención del consumidor, se somete a un proceso de venta en la que se establece la relación de consumo.

Dicha premisa es distinta al hecho que un consumidor, luego de observar un anuncio publicitario, exija el cumplimiento de las condiciones informadas y el proveedor se niegue a contratar bajo dicho supuesto. Ello constituye un conflicto en el proceso de venta, ya que si bien puede sustentarse en lo informado en el anuncio publicitario, el deber de tutela de las normas de protección al consumidor, debe darse sobre la propia relación de consumo y no sobre la publicidad, ya que ésta no determina de forma exclusiva la contratación.

No es el contenido de la publicidad el que impide o frustra una relación de consumo y por lo tanto infringe el Deber de Idoneidad. El incumplimiento de dicha obligación no se genera por lo señalado u omitido en un anuncio publicitario, sino por un error en el proceso de

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios en Psicología del Consumidor en la Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Neuromarketing en BIIA LAB. Asociado Senior de Lazo, De Romaña & Gagliuffi Abogados.

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada de Lazo, De Romaña & Gagliuffi Abogados.

venta, ya sea de tipo operativo, informativo o de calidad del producto o servicio. La publicidad es una técnica para competir y permitir captar la atención de los consumidores¹, lo cual opera en un momento previo y distinto a la contratación o formación de la relación de consumo.

La información sobre un producto o servicio forma parte del proceso de elección, sin embargo, ésta no es una variable determinante para la decisión de consumo; la valoración y el estudio de los mecanismos psicológicos que utiliza la mente de los consumidores para tomar decisiones pueden llegar a sorprendernos respecto de su comportamiento (racionalidad) y a como son evaluados o vistos externamente (razonabilidad).

Pese a que existe una distinción teórica sobre el alcance de la regulación de la publicidad y la protección a las relaciones de consumo, actualmente la Directiva N° 002-2014/TRI-INDECOPI aprobada por la Sala Plena del Tribunal del INDECOPI con fecha 09 de julio de 2014 (en adelante, la “Directiva”), dispone una delimitación de la competencia funcional de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y los órganos resolutivos en materia de Protección al Consumidor, en los casos en los que la publicidad comercial confluye en el análisis de sus procedimientos.

La Directiva introduce el análisis de legalidad de un anuncio publicitario en una denuncia por infracción al Deber de Idonei-

dad, lo cual significa asumir de forma errónea que la publicidad es el único medio para contratar y que el consumidor tiene la potestad -arbitraria por cierto- de indicar que fue por el anuncio que contrató con el proveedor, cuando ello puede generarse por otro tipo de factores.

En ese sentido, si bien la publicidad puede ser una prueba que verifica una expectativa no cumplida, las consecuencias del mensaje publicitario son evaluadas por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI en el campo abstracto de protección de la publicidad, como técnica confiable de competencia y en el marco de una estrategia de prevención, mientras que un órgano resolutivo de protección al consumidor, debe evaluar el alcance de una relación de consumo, a efectos de observar las medidas tomadas en el proceso de venta y post-venta.

Cabe indicar que desde nuestra perspectiva, la protección al consumidor, forma parte del Derecho de la Competencia, toda vez que resguardar la eficiencia de las relaciones de consumo permite que los consumidores tengan una oferta diversa, dinámica y sostenible, en virtud de tutelar el proceso competitivo, ya que la opción punitiva y la cultura del reclamo únicamente genera mayores barreras de ingreso al mercado y menor competencia.

La Directiva es un ejemplo de un error conceptual y de cómo la sobre-regulación genera una serie de normas que no logran comprender y generar mecanismos eficientes para atender los problemas sobre los que supuestamente han sido creadas, incluso se formulan normas que podrían resultar innecesarias y que intervienen en una esfera en la que el propio ciudadano puede tomar mejores decisiones². En ese orden de ideas, es que

1 La decisión de compra es un proceso cognitivo de elección y varía conforme al tipo de consumidor (impulsivo, prudente, inseguro, sabelotodo, comunicativo, poco comunicativo, aprovechador y disconforme), los cuales afrontan tres clases de variables que influyen a todos los consumidores: (i) las del marketing (precio, producto, promoción y plaza); (ii) las internas o endógenas (motivación, percepción, experiencia, características personales y actitudes); y (iii) las externas o exógenas (entorno socioeconómico, cultural, grupos sociales, familia, influencias personales y situaciones).

2 Al respecto, el profesor Súmar desarrolla el análisis de los clásicos errores de generar sobre-regulación concluyendo que “[e]n primer lugar, los

nos permitimos analizar el impacto de la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes, en virtud de observar las motivaciones, y alcance de la referida norma, a efectos de analizar si existe una clara percepción sobre lo que pretende regular, que no es otra cosa, que mejorar la alimentación e incluso nutrición de los consumidores.

II. Medidas regulatorias impuestas por la Ley N° 30021 a la industria alimentaria en materia publicitaria y de protección al consumidor

En enero de 2012 los congresistas Jaime Delgado³, Segundo Tapia, Rennan Espinoza

motivos para regular muchas veces coinciden con demandas de la población, pero no están orientados a solucionar problemas económicos reales. En segundo lugar, la redistribución que es consecuencia de toda norma, muchas veces es confundida con costos o beneficios. Dado que el costo o beneficio que medimos es "social" y no "privado", la redistribución es irrelevante. En tercer lugar, cuando la norma no importa gastos dinerarios directos por parte del Estado, se entiende que la norma no produce costos. Esto es un error en dos sentidos. La disposición dineraria es solo redistribución, no costo. Además, una norma que no produce este tipo de distribución igual puede generar costos. En cuarto lugar, muchas veces se cree que las normas que lidian con temas como la vida o la salud no pueden ser analizadas usando valores. En quinto y último lugar, las normas son solo analizadas de manera superficial, donde un análisis más detallado y concienzudo, nos llevaría a apreciar sus costos ocultos y verdaderos efectos. **SÚMAR**, Oscar, "Cinco errores frecuentes en la justificación de proyectos legislativos: una perspectiva económica" En: Revista THEMIS N° 62, Lima, 2012 pág. 42.

- 3 El debate para la aprobación en el congreso de la Ley 30021 comenzó con un discurso del Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos, Jaime Delgado, quien parece haber impactado en un sector mayoritario del congreso, consiguiendo la aprobación de la norma; la muerte del cantante Mc Francia como consecuencia de la diabetes que padecía, la amputación de una pierna del cantante criollo Pepe Vásquez y de Lucía Campos se debieron fundamentalmente a la falta de regulación restrictiva del expendio de alimentos en quioscos escolares y publicidad y etiquetado de alimentos no saludables cuando éstos tenían menos de 16 años de edad. "Es decir, no es posible que estando el año 2012, el Estado o los estados ha-

y Gustavo Rondón pusieron sobre la mesa de debate del Congreso de la República, el Proyecto de Ley "Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Comidas o Alimentos con Altos Contenidos de Nutrientes y Exceso de Calorías" así como el Proyecto de Ley que "Prohíbe la Venta de Comida Chatarra en los Colegios Públicos y Privados". En abril del mismo año se acumuló un proyecto adicional al debate, consignado como "Promoción de la Salud para la Protección de los Consumidores Niños, Niñas y Adolescentes".

El resultado de dicha discusión fue que en mayo de 2013, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes. Posteriormente en abril de 2015, se emitió el Decreto Supremo N° 007-2015-SA, Reglamento que Establece los Parámetros Técnicos sobre los Alimentos y Bebidas No Alcohólicas Procesados, referentes al contenido de Azúcar, Sodio y Grasas Saturadas.

Cabe indicar que dicha normativa aún no se encuentra vigente, pues nos encontramos a la espera de la aprobación del Reglamento de la Ley N° 30021, para lo cual se ha establecido una Comisión Sectorial del Ministerio de Salud y una Comisión Multi-sectorial que además de Salud incluye a los

yan abandonado este rol de promoción de la salud de las políticas públicas en materia alimentaria y las hayan dejado simplemente a expensas de las empresas que obviamente legítimamente quieren hacer su negocio vendiendo sus productos, pero es que todas las políticas de salud y la orientación publicitaria, 45 mil millones de dólares orientados a que la gente como ellos quieren que comamos y las consecuencias que están generando son estas, están matando más gente que el tabaco, seis veces más gente que el tabaco"- señaló Delgado. Diario de Debates del Congreso en la sesión conjunta de las comisiones de Salud y Población y Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores del Servicio Público de fecha 15 de mayo de 2012. Recuperado el 27 de octubre de 2015 del sitio web del Congreso de la República del Perú: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/7bb977a1fd7c7e6905257a240049cb10/\\$FILE/CSP01038150512.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/7bb977a1fd7c7e6905257a240049cb10/$FILE/CSP01038150512.pdf)

sectores de Producción, Agricultura, Educación e INDECOPI.

Sin perjuicio de que la referida reglamentación que aún se encuentra pendiente, la polémica sobre la denominada '*Ley contra la Comida Chatarra*' continúa.

Resulta oportuno agradecer a nuestros congresistas que preocupados por nuestra alimentación tuvieron esta iniciativa y decidieron tomar cartas en el cuidado de nuestra salud. Sin embargo, parece ser que los padres de la patria -con la literalidad que implica dicha paternidad- con la intención de proteger a todos los peruanos de los problemas de salud que ocasiona una mala alimentación, omitieron investigar que la alimentación y las decisiones de consumo alrededor de ella, responde a hábitos, ritos, educación o las propias costumbres, creando una norma cuya sostenibilidad y eficacia nos resultan cuestionables.

En tal sentido, si bien la Ley N° 30021 tiene el ímpetu de promover la enseñanza de la alimentación saludable y del deporte a través de instituciones educativas, ésta no establece el cómo, cuándo y con qué fondos se llevarán a cabo los programas de enseñanza, y traslada los costos al sector privado imponiendo una serie de restricciones publicitarias a los alimentos y bebidas no alcohólicas procesados, en función a su contenido de azúcar, sal y grasas saturadas.

De acuerdo con la "Exposición de Motivos" del Proyecto de la Ley N° 30021, para poder alcanzar mejores niveles de salud, es necesario atacar el problema de la obesidad infantil. Así, el referido proyecto expone que el 8.2% de los niños menores de 5 años a nivel nacional padecen de problemas de obesidad, siendo que la mayor prevalencia de sobrepeso en estos, se encuentra en los niños menores de 1 año, ascendente a 15.3%.

En este sentido, la ex ministra de salud, Midori de Hábich⁴, señaló que la referida norma busca prevenir que enfermedades como la diabetes generen un elevado costo para el Estado y puedan convertirse finalmente en una crisis para el sistema. En otras palabras, el costo para el Estado de asegurar el acceso al servicio público de salud a personas con problemas de obesidad o enfermedades en torno a los desórdenes alimenticios -causadas por el consumo indebido de alimentos con alto contenido en sal, azúcar y grasas *trans*- es muy alto; las personas con sobrepeso son más costosas que los consumidores delgados, o incluso, que los desnutridos.

Al respecto, no deja de sorprendernos que el Estado, en su afán por cuidar la salud y la alimentación de los peruanos decidiera avocar sus recursos en reducir el sobrepeso de los niños en lugar de primero enfocarse en solucionar o mitigar la Desnutrición Crónica Infantil que actualmente enfrenta nuestro país, que de acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS) asciende a 18.2%⁵. Bajo esta perspectiva, más valdría entonces que este 18.2% de niños tenga acceso restringido a alimentos que podrían nutrirlos, a que el Estado tenga que cargar con el costo de problemas de salud que afectan a las personas obesas.

En tal sentido, el orden de prioridades para una correcta nutrición aún no ha sido delimitado. Sobre este punto, debemos detenernos a reconocer la grandiosa labor del

4 *Gobierno insiste en que Ley de la Comida Chatarra no es una prohibición.* Diario El Comercio Digital (en línea). 20 de mayo de 2013. (Visitado el 28 de octubre de 2015). Disponible en: <http://elcomercio.pe/politica/gobierno/gobierno-insiste-que-ley-comida-chatarrano-prohibicion-noticia-1578825>

5 MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL. Desnutrición Crónica Infantil (en línea). 2013 (fecha de consulta: 28 de octubre de 2015) Disponible en: http://www.midis.gob.pe/images/direcciones/dgpye/reporte_peru.pdf

Estado en la promoción de programas como Qali Warma, a través de los cuales ha logrado contribuir con la reducción de los niveles de Desnutrición Crónica Infantil casi en un 10%. Sin embargo, lamentamos que todos los alimentos procesados que han venido siendo la base del referido programa -bajo los parámetros establecidos por la nueva normativa alimenticia- ya no podrán formar parte de los referidos programas asistenciales, pues productos esenciales como la avena y la quinua procesada, superan los límites impuestos por la regulación.

Para justificar la intervención de la nueva regulación alimentaria, la citada ex ministra manifestó que la finalidad de la Ley N° 30021 es reducir la denominada asimetría informativa. *“Esto es información al consumidor, no es prohibición. Y ya en el Código de Protección al Consumidor indicaba que lo que se quiere es un consumidor informado. La ley no prohíbe la venta*

ni la producción, pero sí pide información para el consumidor”.

En suma, Ley N° 30021 se sostendría en la necesidad de proveer al consumidor de información suficiente y correcta para que pueda “elegir adecuadamente” (toma de decisiones) cómo tener una alimentación saludable, evitando que la publicidad pueda inducir a error a los consumidores respecto de cómo debe alimentarse, debiéndose resaltar los altos contenidos de componentes que pueden resultar nocivos para la salud.

II.1 Orientación de la Ley N° 30021

Frente a lo expuesto, cabe preguntarnos a qué alimentos se aplican las restricciones contempladas en la citada norma. Pues exclusivamente a los productos que tienen un control sanitario como los industriales y envasados cuyos contenidos superen los siguientes límites:

ALIMENTO	RECOMENDABLE
Azúcar	Igual o menor a 2.5g por 100ml de bebida Igual o menor a 5g por 100g de alimento sólido
Sal*	Igual o menor a 300mg por 100ml de bebida o 100g de alimento sólido
Grasas Saturadas	Igual o menor a 0.75g por 100ml de bebida Igual o menor a 1.5g por 100g de alimento sólido.

* El valor de sal recomendable equivale a 120mg por 100ml de sodio en bebida o 100 g de alimento sólido

Sin embargo, tal como ha podido advertir la Asociación de Consumidores “Elegir”⁶, los límites consignados en el citado Reglamento resultan tan bajos que ni alimentos procesados como la avena o la anchoveta pasarían el examen, pues su contenido en sales, grasas saturadas o azúcares supera el límite máximo establecido por la Ley.



6 Entrevista realizada por ATV a Rosario Sasieta con fecha 15 de junio de 2015 (Visitado el 28 de octubre de 2015). Disponiblen: <https://www.youtube.com/watch?v=obzrIXohe2Q>

Debemos advertir también que la Ley N° 30021 se enfoca en los alimentos procesados. No obstante, un huevo hervido contiene 3,2% de grasa, cuando el límite máximo es 1,5%. Nos preguntamos si ese alimento pasa por alto en la dieta de los peruanos, sólo por el hecho de ser preparado en casa. Pues podríamos llegar al absurdo de que si alguien procesó el huevo y lo puso en un empaque que resulte inocuo u higiénico, su comercialización y la actividad publicitaria sobre el huevo hervido se encontrarían restringidas⁷.

En esta misma línea es preciso advertir que la norma deja de lado a nuestra

afamada y mundialmente reconocida comida o gastronomía peruana, la cual constituye la dieta de la mayoría de los peruanos, y cuyos contenidos de azúcar, grasas y sales, en muchos casos, resultan más elevados y nocivos para la salud que los de los alimentos procesados. Que motiva a que la Ley N° 30021 no resulte aplicable a la comida casera, de restaurantes, carretillas y sólo se enfoque en la denominada comida rápida o chatarra. Para ello una muestra del valor calórico y de los niveles de colesterol que aportan nuestras recetas más representativas⁸:

Plato Peruano	Calorías	Colesterol por miligramos
AjÍ de gallina	1100	213,2
Tacu Tacu montado	1000	150
Pollo a la brasa	920 cada porción	120
Seco de Cabrito	632,5	91,8
Arroz con pollo	834	118
Papa a la huancaína	467	144,6
Carapulcra	592	85,8
Lomo Saltado	540,9	83,7

Fuente: Peru.com

Pues por ejemplo, si bien alimentos procesados como el aceite y el azúcar que se utilizan para hacer picarones, así como para nuestra aclamada “Doña Pepa” o “Sublime” superan los límites establecidos, la norma omite comentario o disposición respecto de la venta de picarones o del pan con chicharrón en la carretilla ubicada en la esquina más cercana a un centro educativo. Así, si bien la comida criolla que consumimos habitualmente puede resultar más peligrosa para la salud que los alimentos procesados, la ‘educación alimenticia’ propuesta por la norma no es coherente al intentar disuadir

que las personas dejen o limiten alimentarse con cualquier insumo que contenga los parámetros permisibles identificados.

II.2 Los riesgos publicitarios

El principal parámetro establecido por la norma bajo comentario, son las restricciones impuestas respecto de la publicidad de alimentos -dirigida a menores de 16 años- que superen los límites establecidos para la sal, azúcar y grasas saturadas. En tal sentido, la publicidad de dichos alimentos, ya sea en empaques, escrita o publicidad audiovisual,

7 Entrevista realizada por el Diario El Comercio a Luis Salazar con fecha 13 de mayo de 2013 (Visitado el 28 de octubre de 2015) Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/peru/restringir-venta-algunos-alimentos-acabara-obesidad-noticia-1575901>

8 Estadística obtenida en <http://peru.com/2011/12/02/actualidad/nacionales/cuantas-calorias-tienen-platos-criollos-noticia-32315> (Visitado el 05 de noviembre de 2015)

deberá consignar advertencias publicitarias que disuada a los consumidores de su consumo. Asimismo, la venta de galletas en los kioscos de los centros educativos quedará restringida.

En este punto es interesante observar cómo el congresista Jaime Delgado manifestó que para contrarrestar lo terrible que resulta que los niños opten por jugar *Nintendo* en los recreos del colegio, así como la manipulación de los niños a través de la publicidad en materia alimentaria, el Estado ha decidido establecer que “no se puede tener este tipo de conductas”, y para ello, ha empezado dictando medidas restrictivas a la publicidad.

De acuerdo con un estudio realizado por la Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública - CPI en el año 2007, los niños en Lima, Arequipa, Huancayo, Iquitos y Piura miran un promedio de tres (3) horas diarias de televisión, mientras que el Consejo Consultivo de Radio y Televisión en el año 2014 indicó un promedio de dos (2) horas con veinticinco (25) minutos.

En este sentido, en opinión de los promotores de la Ley N° 30021, los niños se encuentran expuestos a anuncios publicitarios, que resultan ser un estímulo suficiente para determinar sus hábitos alimenticios. En Estados Unidos los niños ven menos televisión –lo cual de acuerdo con la exposición del congresista Delgado- implicaría que se encuentren menos expuestos a publicidad de comida chatarra; sin embargo, los índices de obesidad infantil continúan aumentando.



Parece ser que el Estado, en su afán paternalista, espera que los niños se vuelvan fanáticos de la comida presuntamente saludable, y los padres que hoy alimentan irresponsablemente a sus hijos dejen de hacerlo, por el simple hecho de poner trabas publicitarias y restricciones comerciales a los alimentos procesados que considera, podrían traer como consecuencia la obesidad.

En primer lugar, es preciso observar que si bien la información brindada a través de la publicidad de un producto o insumo alimenticio forma parte del proceso de elección, ésta no es una variable determinante para la decisión de consumo, por lo que -sin tener una evidencia fáctica- se ha podido verificar que restringir la publicidad dirigida a menores lograría reducir las tasas de obesidad infantil. Al respecto, no existe evidencia científica⁹ de que las restricciones publicitarias mitiguen el referido problema de salud pública.

Resulta necesario que el Estado se esfuerce por disminuir los riesgos en la salud de las personas, tal y como se indica en la Ley N° 30021, sin embargo, no compartimos con los legisladores la ferviente convicción de que las restricciones publicitarias de los alimentos procesados generarán un cambio de conducta y educación alimentaria.

En este sentido, en mayo de 2013 la nutricionista clínica Adriana Carulla señaló en una entrevista al diario “El Comercio”¹⁰ que “estamos culturalmente acostumbrados a comer así porque nunca hemos recibido instrucción sobre eso”. Así también, diversos médicos señalan

9 **JARLBRO**, Gunilla, *Children and Advertising on Television*. Disponible en http://www.nordicom.gu.se/sites/default/files/kapitel-pdf/34_Jarlb-ro.pdf (Visitado el 05 de noviembre de 2015).

10 *Ley de Alimentación saludable no mejorará hábitos de comida, advierten nutricionistas*. Diario El Comercio Digital (en línea). 17 de mayo de 2013 (Visitado el 28 de octubre de 2015). Disponible en: <http://elcomercio.pe/lima/sucesos/ley-alimentacion-saludable-no-mejorara-habitos-comida-advierten-nutricionistas-noticia-1577574>.

que “La adopción de dietas con alto contenido de grasas saturadas, azúcares, carbohidratos y bajas en grasas polisaturadas y fibras así como la poca actividad física, son algunas características de la transición epidemiológica nutricional; por otro lado, la mayor disponibilidad de alimentos a bajos costos ha permitido que la población pueda acceder a alimentos con alto contenido energético.¹¹”

En suma, el problema no radica en si se permite o no la publicidad y la venta de determinados alimentos, sino en los hábitos alimenticios y eso no lo determina una Ley sino una política pública y la propia autorregulación privada. Del mismo modo, el médico nutriólogo Arnaldo Hurtado aseveró que la comentada Ley N° 30021 tiene un fin interesante, pero está siendo mal dirigida u orientada, ya que está atentando contra la libertad de elección de los consumidores, pues si bien limitar el exceso de comida nociva resulta pertinente, ello depende de la esfera personal de cada persona, por lo que se debe hacer un programa paralelo en el que se brinde información (campañas comunicacionales) a la población en mejorar sus hábitos de consumo.

En segundo lugar, pese a que la Ley N° 30021 establece que las restricciones publicitarias son de aplicación a los anuncios dirigidos a menores de 16 años, los parámetros establecidos en la norma resultan ser tan amplios que prácticamente cierran la posibilidad de seguir haciendo publicidad para todo el segmento de alimentos procesados que superen los límites establecidos, que como ya indicamos, resultan extremadamente bajos o resulta inexactos conforme a cómo se compone una dieta, que es en base a calorías y no porcentajes.

11 ÁLVAREZ DONGO, D, Sánchez-Abanto, J, Gómez-Guizado, G, Tarqui-Mamani, C. *Sobrepeso y Obesidad: Prevalencia y determinantes sociales del exceso de peso en la población peruana (2009-2010)*. En: Revista Perú Med Exp Salud Pública. N° 29(3). Pág. 304.

En este punto, coincidimos con el profesor Súmar¹² en que las restricciones publicitarias podrían dar lugar a un incremento de precios y a empresas con mayor concentración y poder de mercado e incluso monopolios, pues solo sobrevivirán en el mercado las empresas económicamente más sólidas, que puedan operar sin publicidad y con productos que tengan alta recordación entre el público. Del mismo modo, las restricciones publicitarias a la industria alimenticia podría frenar el ingreso de agentes económicos que si bien comercializan alimentos procesados, el valor nutricional no es considerado chatarra.

Recordemos pues, que la publicidad genera efectos tanto en la competencia como en el precio y la calidad de los bienes. Un mercado competitivo tenderá a un incremento de calidad y una disminución de precios.

Así, las trabas publicitarias en un mercado determinado se constituyen como barreras de acceso al mismo para competidores nuevos, especialmente para las pequeñas y medianas empresas que desean ingresar al mercado, o que aún no se encuentran sólidamente posicionadas en la mente del consumidor. En este sentido, lo que las medidas impuestas por la Ley generan en la industria alimentaria en materia publicitaria, es la concentración del poder de mercado, cuyo cuidado respecto de la calidad y oferta de sus alimentos disminuya por falta de competencia en el mercado, y asimismo, aumenten los precios de sus productos.

En tercer lugar, la norma bajo comentario podría generar una afectación a la libertad de expresión de las empresas que comercializan alimentos procesados, bloqueando además uno de los canales más importantes para que los consumidores puedan ejercer su libertad informativa, como lo es la publicidad.

12 SÚMAR, Oscar. *Ley Chatarra sobre Alimentación Saludable*. En: Revista Forseti N° 1, Lima, 2013, pág. 157.

En cuarto lugar, las restricciones a la venta snacks, galletas, entre otros, podría generar un incremento en el contrabando de estos productos al interior de los colegios o que sean los propios padres de familia quienes le entreguen dichos productos en las loncheras. Dichas medidas podrían motivar el incremento del consumo de alimentos de corte artesanal (sin registro sanitario, sin

marca, sin componentes, hechos en el mismo quiosco), cuyo contenido de grasas, sales o azúcares pudiera ser más alto que el de un paquete de galletas, y que incluso, podría generar infecciones de salud al no estar bajo el control sanitario previo.

En suma, podemos resumir los argumentos de cada perspectiva analizada:

Argumentos a favor de restringir la publicidad de alimentos industrializado y reducir las tasas de obesidad en la población.	Argumentos que desestiman la regulación o restricción de la publicidad de la comida chatarra para reducir las tasas de obesidad de la población.
➤ Intentar reducir la tasa de obesidad infantil.	➤ La publicidad comercial como ejercicio de la libertad de elección.
➤ La protección integral del niño para evitar que reciba contenido presuntamente inadecuado que estimula el consumo de alimentos chatarra.	➤ El establecimiento de barreras de entrada y monopolios en la industria alimentaria
➤ La asimetría de información, en miras de las políticas de protección del consumidor.	➤ El aumento de la informalidad y falta de fiscalización de los productos no industrializados.
➤ Incentivo a la producción y venta de productos agrícolas par la apertura de mercados y consumo de insumos verdes.	➤ Debe analizarse los hábitos de consumo y cómo se estructura la dieta de las personas.
➤ Se omite referencia a la industria culinaria y tradicional.	➤ La educación nutricional y fomento del deporte son indicadores más eficientes y eficaces a largo plazo.

En virtud de dichas consideraciones, nuestros legisladores debieron evaluar los casos de países que han dispuesto implementar medidas similares, para poder tener una idea respecto de la efectividad de las mismas. Países desarrollados como Canadá, Noruega o Suecia han implementado medidas similares; sin embargo, luego de varios años, las tasas de sobrepeso infantil no han disminuido significativamente¹³. En tal sentido, de qué forma se logra mitigar las tasas de obesidad infantil, nos resulta pertinente apreciar que las restric-

ciones a la publicidad no es un mecanismo sostenible, eficiente y eficiente, siendo que las normas sobre alimentación saludable deben someterse a un paso previo, debiendo realizar un estudio sobre el comportamiento del consumidor peruano y de qué forma el futuro de la alimentación se encuentra en el cambio de paradigmas en el estilo de vida, la apuesta por el deporte, la educación nutricional, así como aspecto cognitivos que no están siendo evaluados.

III. Cambio de paradigmas: evitar la confrontación de categorías

Es ampliamente aceptado que el consumo de comida denominada chatarra genera costos

13 JARLBRO, Gunilla, *Children and Advertising on Television*. Disponible en http://www.nordicom.gu.se/sites/default/files/kapitel-pdf/34_Jarlb-ro.pdf (Visitado el 05 de noviembre de 2015).

al sistema de salud, sin embargo, somos de la opinión de que la restricción a la publicidad no es el camino que debe seguir la regulación, por el contrario, la prohibición genera más deseos, ello ha sido estudiado por las neurociencias tanto en el consumo del tabaco como del alcohol.

En tal sentido, vemos que la lucha contra la comida *chatarra* únicamente genera que dichos alimentos sean encasillados dentro de una categoría, como sucede con lo *dietético, light, orgánico, molecular, novoandino*, por citar más categorías, modas, metodologías o corrientes alimenticias. Lo relevante es observar los ritos de consumo, de cómo se compone una dieta y que factores intervienen en la decisión de consumo.

Ahora bien, qué elementos intervienen en las decisiones de consumo de las personas respecto de su alimentación. Al respecto, Costell y Barrios anotan que *“es evidente que ni el contenido nutritivo ni las razones estrictamente hedónicas pueden justificar totalmente las tendencias de consumo ni los hábitos alimentarios de distintos grupos o poblaciones y menos todavía, los de los individuos que los integran. Por un lado, las características del alimento (composición química y nutritiva, estructura y propiedades físicas); por otro, las de cada consumidor (genéticas, etarias, estado fisiológico y psicológico) y las del entorno que le rodea (hábitos familiares y geográficos, religión, educación, moda, precio o conveniencia de uso), influyen decisivamente en la respuesta del consumidor. Cuando el cerebro del hombre procesa conjuntamente la información procedente de las sensaciones que experimenta al observar, manipular y consumir el alimento, la información obtenida de los efectos fisiológicos (placer, saciedad, desagrado, malestar etc.) que experimenta al ingerir y después de ingerir un determinado alimento y las compara con la información almacenada en la memoria de experiencias anteriores y las interpreta en función de sus opiniones, actitudes y expectativas, se produce la aceptación o el rechazo del*

*alimento. Cualquier variación temporal en alguno de los factores que contribuyen a ello puede, y de hecho lo hace, modificar el sentido de la respuesta”*¹⁴.

Nos preguntamos si antes de elaborar la norma sobre alimentación saludable se han observado los factores que analizan Costell y Barrios. Regresamos a lo señalado en el inicio del presente artículo; ya que se confunde a la publicidad como una forma de contratar y se la subsume como el elemento esencial de una relación de consumo, lo cual, no sólo constituye un error conceptual sino que genera o permite que se distorsione la tutela del proceso competitivo.

Nuestra propuesta es evitar categorías -orgánico, light, dietético o chatarra- sino generar una visión holística o integrada en miras de permitir que vía un proceso de competencia, sea el consumidor el que tome la decisión de alimentarse de forma balanceada o saludable y no se pretenda imponer dicho comportamiento, con normas que en su diseño o arquitectura terminando siendo más perjudiciales que efectivas.

III.1 La Economía conductual como alternativa a la regulación publicitaria

La Economía Conductual expone que la forma en cómo se planifica y estructura la regulación tiene impactos importantes en las preferencias de las personas. Por su parte, el Derecho también permite que los que elaboran y ejecutan políticas públicas tomen buenas decisiones, siendo que el ordenamiento legal brinda una serie de instituciones jurídicas (herramientas de convivencia) que nos permiten regular diversos aspectos de la vida de las personas que giran en torno a las políticas y decisiones de alcance público e incluso privado.

¹⁴ E. Costell y E.X. Barrios. *Los alimentos funcionan ¿qué opinan los consumidores?*, Universidad de Navarra, pág. 84.

En virtud de ello, resulta oportuno observar que por ejemplo, los gobiernos de Gran Bretaña y Estados Unidos vienen trabajando en la incorporación de la Economía Conductual en la regulación y políticas públicas, siendo que la agencia británica *Behavioural Insights Team*¹⁵ (BIT) y la estadounidense *Social and Behavioral Sciences Team*¹⁶ (SBST) vienen trabajando y analizando el comportamiento del consumidor en diversos campos cómo el ahorro y la alimentación.

Un estudio del Departamento de Agricultura de Estados Unidos determinó, por ejemplo, que las personas tienen problemas de autocontrol al elegir la comida, porque prefieren una satisfacción inmediata, o porque están bajo la influencia de un factor instintivo, como sentir hambre. Por ello, implementar políticas que le permitan a las personas tener opciones más saludables y elegir las mismas con anticipación resulta una opción efectiva. Ante ello, se propone permitir que los niños puedan seleccionar las opciones del menú escolar con anticipación, ya sea por teléfono o internet, lo que incrementa la salubridad en sus elecciones alimenticias.¹⁷

Asimismo, dicho estudio también determinó que el consumidor se concentra mucho en la variedad, forma y el volumen del

empaque o contenedor, con lo cual, proveer por ejemplo platos con indicaciones gráficas de las porciones apropiadas o paquetes de cereales que contengan una sola porción, resultan un mecanismo adecuado para la educación alimenticia.

Las neurociencias han logrado identificar que al colocar las alternativas saludables a la vista del consumidor (altura de los ojos) y los menos saludables fuera de ese foco en los supermercados o cafeterías, permite inducir la elección de los primeros frente a los segundos, sin embargo, no se requiere de una norma que restrinja la publicidad para lograr esos efectos.

Otro ejemplo estudiado por la Economía Conductual es el de no colocar el salero en la mesa de los restaurantes sino esperar a que la solicite y cuando ello ocurra entregarla por porciones y no en un envase grande, ya que existe un comportamiento automatizado de verter la sal en el plato, bajo el sesgo de efecto marco bajo un punto de referencia¹⁸ o anclaje, en virtud del cual se asume que existen personas que consumen bajo en sal por lo que resulta necesario elevar dicha referencia o el sabor de los alimentos siempre mejora (referencia) con más sal; lo mismo ocurre con el azúcar.

Un ejemplo final del que debemos tomar atención es el que viene estudiando Giancarlo Palomino¹⁹ respecto al aumento del

15 <http://www.behaviouralinsights.co.uk/>

16 <https://sbst.gov/>

17 JUST, D., Mancino, L., Wansinck, B. *¿Could Behavioral Economics help improve diet quality for nutrition assistant programs participants?*. En: United States Department of Agriculture - Economic Research Report N° 43. Estados Unidos, 2007. Disponible en: http://www.ers.usda.gov/media/196728/err43_1_.pdf.

Traducción independiente de: "People have problems of self-control when choosing food, either because they prefer immediate gratification or because they are under the influence of a visceral factor, such as feeling hungry. Allowing them to preselect more healthful choices may be effective. For example, letting students preselect menu options in the National School Lunch or School Breakfast Programs or giving food stamp participants the option to preorder groceries by telephone or online may improve the healthfulness of their food choices."

18 Un punto de referencia a partir del cual los individuos perciben a un determinado evento como ganancia o pérdida tiene una íntima relación con el efecto marco. Éste, como ya hemos hecho mención, se basa en la idea que nuestras preferencias pocas veces son completamente ajenas al contexto dentro del cual decidimos (es decir, no son puramente exógenas). La mayor parte de veces es muy difícil (aunque no imposible) "acontextualizar" las preferencias, ya que estas están construidas sobre la base de una carga situacional (experiencias, miedos, creencias, etcétera) que sesga al individuo al momento de elegir.

19 Bachiller de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villareal que se encuentra realizando una investigación sobre la publici-

consumo de la kiwicha, el cual hace algunas décadas era asociado como un alimento utilizado sólo por migrantes de la sierra peruana –sesgo de polarización de grupos²⁰–, sin embargo, la propia industria alimenticia cambió el paradigma y permitió introducir al conocido “Kiwigen” de la empresa INCASUR en el desayuno de todos los peruanos. Este es un claro ejemplo de cómo la revalorización de un insumo o alimento que sólo era apreciado por un sector de nuestra sociedad y que gracias a la publicidad y la tutela del proceso competitivo permitió acercar el campo a la mesa de más personas. Lo mismo viene ocurriendo con otros insumos, sin embargo, no debemos caer en categorías, impulsando la alimentación desde una visión integrada u holística.

Por dichas consideraciones, más allá del marco legal que regula la información que el consumidor debe recibir sobre el efecto de los alimentos, el éxito del consumo de lo saludable depende de la respuesta del consumidor, lo cual, aún resulta incipiente, dado el alto costo que genera establecer categorías y no una concepción integrada, es decir, no comprar lo dietético, orgánico o light, sino preocuparnos por el hábito y el estilo de vida de cada persona. En tal sentido, coincidimos que se debe impulsar una alimentación sustentable para los consumidores y su entorno (medio ambiente), sin embargo, existen algunos sesgos, que en merito de crítica constructiva, deben ser evaluadas, a efectos de tener un mercado competitivo –conforme a las tendencias globales de promoción de la sostenibilidad alimentaria–.

Finalmente, resulta pertinente evaluar si la estrategia de comunicación y certificación

dad y la industria alimenticia para la obtención de su licenciatura.

20 Ello ocurre cuando los individuos que comparten ideas similares discuten sobre ellas, tienden a reforzar aún más sus creencias y convicciones originales, lo que a la larga se traduce en una mayor posibilidad de rechazo a cualquier otra posición que contradiga su forma de pensar.

de los productos saludables conducen a incrementar el consumo de categorías alimentarias o si en realidad, la propuesta de valor de los proveedores ha generado una percepción de una alimentación muy costosa y parte de una moda de un sector elite de nuestra población. Al respecto, resulta conveniente observar que el marketing sensorial ha tenido una gran influencia en la comunicación y posicionamiento de las llamadas categorías ecológicas, saludables u orgánicas, no obstante ello, resulta conveniente observar el comportamiento del consumidor ante ese tipo de estímulos.

IV. Conclusiones

La Ley N° 30021 si bien incluye definiciones sobre alimentación saludable y complementa las definiciones ya contenidas en el Decreto Legislativo N° 1044, *Ley de Represión de la Competencia Desleal*, incorporando la definición de publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes, como aquella que por su contenido, argumento, personajes, símbolos, están dirigidos preferentemente a menores de 16 años; establece una serie de restricciones guiada por errores conceptuales, sin proponer mecanismos eficaces para mitigar los riesgos de la obesidad.

Así pues, la publicidad que esté dirigida a los niños, niñas y adolescentes menores de 16 años debe estar de acorde a las Políticas de Promoción de la Salud, no debiendo: (i) incentivar el consumo de alimentos y bebidas no alcohólicas, con grasas *trans*, alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas; (ii) usar argumentos que exploten la ingenuidad de los niños; (iii) promover expectativas de superioridad o inferioridad, ni estereotipos sociales; (iv) promover la entrega de regalos o premios destinado a fomentar su adquisición; (v) utilizar testimonios de personas admirados por niños para inducir su consumo; (vi) alentar el consumo y bebida de forma inmoderada; y, (vii)

mostrar imágenes de productos naturales si éstos no lo contienen.

En virtud de ello, resulta oportuno investigar si los menores de edad peruanos son totalmente vulnerables a los contenidos audiovisuales o publicitarios, en la medida que existe evidencia neurocientífica²¹ de que la publicidad no es determinante o es el único elemento que influye en las decisiones de los menores de edad.

Resulta evidente que no se han tomado en cuenta las funciones de la publicidad al momento de diseñar una política regulatoria, ya que no se aprecia una justificación técnica o evidencia fáctica para restringir dicha

actividad. Por el contrario, esta clase de medidas como indica el profesor Sumar podrían permitir una concentración del mercado en pocos agentes o en nuestra opinión generar mayores barreras de entrada. Del mismo modo, no se realiza una evaluación de los costos en los que debe incurrir el Estado para la implementación de las medidas regulatorias.

En suma, existen varios elementos del comportamiento de los consumidores que pueden ser estudiados, a efectos de generar políticas que rescaten de forma positiva los insumos, en lugar de limitar o establecer prohibiciones a la industria alimentaria y en especial a la publicidad.

21 LINDSTROM, Martin, "Compradición (buyology)", Editorial Norma, Bogotá, 2009.