

EL DERECHO A LA SALUD Y LA PUBLICIDAD INFANTIL. ANÁLISIS EN BASE A LA NORMATIVA VIGENTE EN ARGENTINA

RIGHT TO HEALTH AND CHILD ADVERTISING. ANALYSIS BASED ON CURRENT LEGISLATION IN ARGENTINA

MARÍA VICTORIA GERBALDO¹, MAGA MERLO VIJARRA², AGUSTINA MOZZONI³

Fecha de recepción: 31/10/2017

Fecha de aceptación: 11/11/2017

RESUMEN

El presente artículo plantea la conexión existente entre el régimen protectorio del derecho a la salud, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y el régimen del Consumidor.

En Argentina, la protección a la salud dentro de las relaciones de consumo es una prioridad, así, pues, el resguardo de los intereses económicos del “consumidor”, como su salud tienen jerarquía constitucional. El carácter tuitivo se justifica en la asimetría que caracteriza a la “relación de consumo”; situación que se agrava cuando personas que ya son vulnerables forman parte de ella. Lo expresado cobra mayor relevancia al analizar la publicidad dirigida al público infantil, específicamente la de alimentos no saludables. Esto último, ha sido limitado en varios países y ha sido objeto de pronunciamientos judiciales en Latinoamérica.

Realizando la interpretación de todo el ordenamiento jurídico se pueden ofrecer razones para prohibir la publicidad de alimentos no saludables dirigida a un público infantil.

¹ Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC), Abogada (UNC), Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional (UNC), Encargada de Proyectos del área de Gobernabilidad Global de la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS).

² Abogada (UNC), Integrante del Programa de Ética y Teoría Política del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC), Integrante del área de Gobernabilidad Global y del área de Salud de FUNDEPS.

³ Abogada (UNC), Coordinadora del Área de Salud de la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS). Meritorio en Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Asistente de investigación del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC).

ABSTRACT

This article analyzes the connection between the regulations to the right to health, the right of children and adolescents and consumer`s regime.

The protection to the health within the norms that regulate the consumption is a priority. In Argentina the protection of the economic interests of the “consumer”, as well as, his/her health has a constitutional hierarchy. The tuitive character is justified by the asymmetry that is intrinsic to the “consumption relationship”. This is even worse when people who are already vulnerable are involved in this relationship. This becomes more relevant when children`s advertising is analyzed, specifically unhealthy food advertising. This has been limited in several countries and has been subjected to judicial pronouncements in Latin America. By making an adequate interpretation of the entire legal system, good reasons can be offered to prohibit the advertising of unhealthy food addressed to a child audience.

Palabras clave: Derecho a la salud, Derecho del consumidor, Publicidad abusiva, Niños, niñas y adolescentes, Doble vulnerabilidad.

Key words: Right to health, Consumer Law, Abusive advertising, Children and adolescents, Double vulnerability

I. Introducción

Las normas que regulan el “Derecho del Consumidor” han sido la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas. Así es que el “Derecho del Consumidor”, actualmente, abarca aspectos fundamentales en la vida de las personas.

Nuestra Constitución Nacional (CN) en su artículo 42, establece que *“todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud (...)”*. Así es como se incorpora de manera expresa el derecho a la salud al texto constitucional. Las normas del sistema protegen los intereses económicos del “consumidor” así como también su salud y su integridad.

En este contexto los niños, niñas y adolescentes (NNA) “consumidores” son un importante descubrimiento del marketing: las empresas advirtieron que podían aprovecharse de su vulnerabilidad, inexperiencia y credulidad para generar conciencia de marca, preferencia y lealtad y así lograr las ventas de sus productos.⁴ En el caso específico de la publicidad de alimentos, numerosos estudios⁵ dan cuenta que las estrategias de comercialización de la industria alimentaria han favorecido la preferencia de los NNA por los alimentos no saludables; contribuyendo así al desarrollo de enfermedades crónicas no transmisibles como la obesidad, el sobrepeso y la diabetes.

Así es que de los principios Favor Minoris e In dubio Pro Consumidor, se desprende un doble estándar tuitivo hacia este grupo. Los NNA gozan de una protección mayor a la que la Ley de Defensa del Consumidor le reconoce al resto de las personas que están en el polo vulnerable de la relación jurídica. En razón de lo expuesto, ante el hecho ineludible de que los NNA sean personas destinatarias de publicidades y demás estrategias del

⁴ CHAMATROPULOS, Pablo (2014): “Cómo proteger a los niños consumidores”, (<https://www.diariopopular.com.ar/como-protger-los-ninos-consumidores-n190221>)

⁵ Organización Mundial de la Salud y Organización Panamericana de la Salud (2015): Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas, (http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/7698/9789275318645_esp.pdf), Pag 8 y 9.

mercado, deberían erigirse en favor de aquellos una protección complementaria. Dicha “supraprotección” debe responder adecuadamente a las necesidades y características que los NNA tienen por su condición de sujetos de derecho “hipervulnerables”.

El presente artículo pretende ofrecer argumentos de derecho internacional de derechos humanos y de derecho nacional, que permitan sostener que la publicidad de alimentos no saludables dirigida a NNA es abusiva y que configura una violación al sistema jurídico vigente. Asimismo, busca evidenciar la necesidad de normas claras y taxativas y el acompañamiento de las mismas a través de políticas públicas en el mismo sentido; todo ello con el fin de asegurar una infancia libre de publicidad.

Para ello, se seguirá la metodología propia de la ciencia jurídica: el análisis normativo. En primer lugar, se realiza una descripción de la sistematización del derecho a la salud, de la protección de los NNA y del Régimen del Consumidor. En segundo lugar, se analiza y se diferencia la regulación de la publicidad y de la información, para pasar a caracterizar la publicidad de alimentos no saludables y cuándo esta se dirige a un público infantil. En tercer lugar, se hace un breve análisis al caso judicial “Recurso Especial N° 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)” de la República de Brasil. De lo que se desprende lógicamente la posibilidad de plantear ante órganos legislativos y jurisdiccionales una efectiva y real protección a los derechos de los NNA (grupo doblemente vulnerable). Analizando al sistema jurídico argentino de manera integral se podría exigir una prohibición de publicidad de alimentos no saludables dirigida a un público infantil por considerarla abusiva.

II. Regulación en el sistema jurídico argentino: el derecho a la salud en la infancia y adolescencia, y su vinculación con el derecho del consumo

1. El Derecho a la Salud y a una Alimentación Adecuada. El sistema jurídico argentino.

En principio, es necesario remarcar que el derecho a la salud y el derecho a una alimentación adecuada se encuentran unidos, siendo derechos básicos e inalienables sin los cuales es imposible aspirar a alcanzar una vida digna. Ambos presentan una íntima vinculación con el derecho a la vida y el derecho a la integridad.

El derecho a la salud puede ser definido “*en un sentido positivo o en un sentido negativo*”⁶. Nuestra Constitución Nacional (CN)⁷ garantiza el derecho a vivir en un medioambiente sano en el artículo 41, el cuidado de la salud en la norma destinada a la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 42), y una acción expedita y rápida para la defensa de los derechos de los consumidores (art 43). El alcance y contenido del derecho a la salud está dado a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁸ de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22): el artículo 12 del PIDESC define el derecho a la salud como “*el derecho que toda persona tiene al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”. Siguiendo al Dr. Rosatti se puede expresar que “*esto último significa que el estado argentino tiene la obligación de adoptar las siguientes medidas a fin de asegurar la efectividad de este derecho: a) prevención y tratamiento de las enfermedades y lucha contra ellas, y b) creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*”⁹

⁶ ROSATTI, Horacio Daniel (2010): “Tratado de Derecho Constitucional” Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni pág. 251.

⁷ La Constitución de la provincia de Córdoba, una de las más completas en consagración de derechos, contempla dentro del Título referido a las políticas especiales del estado el artículo 59 que recepta el derecho a la salud expresamente.

⁸ Este derecho también se encuentra reconocido en otros instrumentos internacionales receptados en el artículo 75 inciso 22 CN.

⁹ ROSATTI, H (2010): Op Cit., pág. 254.

Por otro lado, el derecho a una alimentación adecuada no refiere solamente a la protección contra el hambre, se refiere también a la calidad nutricional de los alimentos que se debería tener al alcance para consumir. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la ONU, señaló que el derecho a la salud abarca una amplia variedad de factores determinantes que incluye la alimentación adecuada. En su Observación General N° 12 (1999), el CDESC sostuvo que el concepto de alimentación adecuada comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada; así como la sostenibilidad del acceso a los alimentos de las generaciones presentes y futuras. Además, determinó que los deberes que recaen sobre los Estados en relación al derecho a una alimentación adecuada son: las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar.

Es precisamente la obligación de realizar la que implica que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Asimismo, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de realizar (hacer efectivo) ese derecho directamente¹⁰.

En segundo lugar, encontramos que la protección a la salud dentro de las normas que regulan el consumo es una prioridad frente al enfoque economicista del derecho¹¹, que prioriza el aumento de la riqueza y de la eficiencia con el máximo beneficio. En respuesta a esto, en la convención constituyente de 1994 no se han querido resguardar solamente los intereses económicos de quienes consumen sino también la protección a su salud e integridad física y a través de la tutela preventiva (reduciendo los riesgos de los productos o servicios que se ofrezcan en el mercado). Tal es así que el sistema impone a quien provee bienes y servicios, la obligación de suministrarlos en condiciones previsibles o normales de uso, de las que quienes consumen deben tener conocimiento a través de la adecuada satisfacción del derecho a la información. En este mismo sentido, se estipula que van a ser consideradas abusivas las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños de quienes provean bienes y/o servicios.

2. Protección de la infancia y los derechos de niños, niñas y adolescentes. El interés superior del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incluye un amplio abanico de derechos humanos en favor de los NNA. Asimismo, su sanción importó el establecimiento de un nuevo paradigma de la infancia y de la adolescencia. Los NNA comenzaron a ser concebidos como sujetos de derecho y ya no como simples destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado o por personas mayores de edad. Al poco tiempo de su elaboración, la CDN fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 23.849 y, tras la reforma constitucional de 1994, pasó a tener jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 CN). A partir de allí, existieron múltiples empeños y abordajes para una adecuada reforma legislativa que considerara a la minoridad en su debida dimensión. El patrón diferente que surge de la Convención reemplaza los derechos de los progenitores sobre el descendiente por una conciencia de

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999): Comentario General No. 12 El derecho a una alimentación adecuada, (<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf>), párr. 15, pág 4 y 5.

¹¹ AMAYA, Jorge Alejandro (2004): Mecanismos Constitucionales de Protección al Consumidor, Bs. As., La Ley, pág. 61.

responsabilidad en la dirección de las acciones de los niños y niñas de conformidad a sus aptitudes. El concepto de “niño” utilizado en la Convención, responde a una noción sociológica, biológica y psicológica, más que a un concepto jurídico.¹²

Estos fundamentos son la base a la sanción la ley 26.061 de Protección y Promoción Integral de los Derechos de NNA, que se encargó de recoger este paradigma tuitivo y profundizarlo. Los nuevos lineamientos establecidos por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), llevan estos principios y derechos de manera explícita al derecho común. Expresamente se disponen normas dirigidas a la consagración de una autonomía progresiva en favor de los NNA, así, pues, se les reconocen aptitudes a medida que se desarrollan, pues la noción de que a partir de un momento concreto la persona pase de no tener capacidad a tenerla plenamente, no se ajusta a la realidad.

El Interés Superior Niño (ISN)¹³ es susceptible de ser entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que le son reconocidos por ley de acuerdo a su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, etc. Este principio importa, en caso de conflicto de derechos, la preeminencia del NNA por sobre cualquier otro derecho o interés igualmente legítimo. El ISN está vinculado con necesidades psicológicas, sociales, culturales, jurídicas, educativas, medioambientales y de recursos que deberán ser evaluadas en cada caso en concreto. De esta manera, se erige como una pauta de decisión ante un conflicto de derechos y también, se constituye como un criterio para la intervención institucional destinada a proteger a la infancia¹⁴.

En este orden de ideas, es necesario destacar que, en la CDN, también se encuentra consagrado el derecho a la salud (artículo 24). En ella se dispone que los NNA tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de la salud. Del mismo modo se ha expresado el Comité por los Derechos del Niño que trabaja constantemente la temática de la obesidad infantil. En este sentido, en sus Observaciones Generales, el Comité ha interpretado que el derecho a la salud no sólo comprende la prevención y curación de enfermedades, sino que incluye el derecho de los NNA a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades, y vivir en condiciones que les permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud. Para ello, los gobiernos tienen el deber de crear programas que atiendan los factores subyacentes que la determinan. Bajo esta premisa, el mencionado Comité entiende que los Estados están obligados a prevenir la obesidad infantil. Puntualmente, ha recomendado que los Estados deberían limitar *“la exposición de los niños a la “comida rápida” de alto contenido en grasas, azúcar o sal, que es muy energética pero carece de suficientes micronutrientes, y a bebidas de alto contenido en cafeína u otras sustancias de posibles efectos nocivos”*¹⁵.

En este sentido, también se ha pronunciado la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) estableciendo recomendaciones directas y concretas con el objetivo de reducir el impacto de enfermedades crónicas no transmisibles y más precisamente planteando estrategias para la prevención de la obesidad infantil. Entre ellas se incluye la restricción del marketing de alimentos de bajo contenido nutricional con un enfoque en la protección de NNA.

Estas recomendaciones, si bien no son jurídicamente vinculantes para los Estados, fijan un estándar apoyado por evidencia científica desarrollada y sistematizada por organizaciones gubernamentales especializadas en la materia. Además, implican compromisos inter-

¹² HIGHTON, Elena I. (2015): Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, pág. 2.

¹³ Este principio encuentra recepción legislativa en el artículo 3 inc. 1 de la CDN, en el artículo 3 de la ley 26.061 y en el artículo 639 inc. a del CCCN.

¹⁴ HIGHTON, Elena I. (2015): Op. Cit., pág. 3.

¹⁵ Comité de Derechos del Niño (2013), Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), (<https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>), pág. 288, Cfr. parágrafo 47.

nacionales para los representantes gubernamentales de la comunidad internacional que participaron en su desarrollo. Y el seguimiento de las mismas hacen efectivo el principio de progresividad de los derechos humanos (artículo 26 CADH y artículo 2.1 PIDESC).

En esta misma línea se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos son ampliamente reconocidos e influyentes para todos los Estados que se han sometido a su jurisdicción. En el caso “Villagrán Morales y otros C/ Guatemala” sentencia de 1999, la Corte por primera vez se expidió sobre la violación del artículo 19 de la CADH¹⁶. La Corte expresó que el derecho del niño *“hace recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”*¹⁷. Por un lado, el tribunal enfatizó la omisión del Estado de cumplir con la obligación de adoptar medidas especiales de protección para los niños. Y por el otro intenta definir el contenido de las *“medidas de protección”* en donde se incluye *“el derecho a un nivel de vida adecuado”*¹⁸

Lo valioso de esta sentencia es que se interpreta el artículo 19 como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial. La Corte reconoce por primera vez la vulnerabilidad e incapacidad de los niños y niñas para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos¹⁹. Esto motivó a la Opinión Consultiva N° 17 de año 2002 donde la Corte interpreta la condición jurídica y los derechos humanos de los niños/as. En esta oportunidad se reafirma la vigencia del ISN como paradigma desde el cual se deben interpretar las normas, y que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos²⁰. De lo anteriormente expuesto se desprende que el NNA es titular de derechos humanos que las constituciones, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, pero además gozan de una protección específica a sus derechos. Estamos frente a un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supraprotección, o protección complementaria. El sistema normativo agrega nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas²¹.

3. Derechos de niños, niñas y adolescentes expuestos a relaciones de consumo. La doble vulnerabilidad

El “Derecho del Consumidor” actualmente abarca aspectos fundamentales en la vida de las personas. Al consumir se procura satisfacer necesidades básicas y alcanzar una calidad de vida adecuada. En la relación de consumo (entendida como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario), se encuentran involucrados bienes jurídicos tutelados como el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad.

Resulta relevante para este análisis el artículo 42 CN, pues es el que expresamente establece que *“todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud (...)”*. Esta norma incorpora de manera expresa el derecho a la salud al texto constitucional, que hasta entonces se consideraba

¹⁶ “Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999): Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf), párr. 146, pág. 40.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999): Op. Cit., párr. 196, pág. 51

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999): Op. Cit., párr. 185, pág. 48.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002): Opinión Consultiva 17 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, (http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), párr. 56, pág. 61.

²¹ TORRES SANTOMÉ, Natalia E (2016): “Los niños, niñas y adolescentes como usuarios y consumidores” en BAROCELLI, Sergio Sebastián (coord.): Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios, PROYECTO DE INTERÉS INSTITUCIONAL, Buenos Aires, Facultad de derecho, UBA, pág 269-280.

constitucionalmente comprendido dentro de los derechos implícitos (artículo 33 CN). Las normas que regulan el “Derecho del Consumidor” han sido la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas. *“En ese contexto de procesos de globalización, de producción tecnificada y masificada, de estandarización y despersonalización de las condiciones de comercialización de bienes y servicios, de agresivas campañas de publicidad y moda, de construcción del “poder de la marca”, de masificación del crédito y de situaciones de monopolio y oligopolio, las relaciones entre quienes adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas y quienes proveen bienes y servicios en el mercado, se dan en un marco de desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad en un acto de confianza máxima depositada por parte de quienes consumen y usan servicios”*.²²

La doctrina entiende que el *“derecho del consumidor se erige como un sistema de normas y principios, de orden público y fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable”*²³. Y es entonces cuando a la desigualdad natural se la pretende corregir mediante desigualdades jurídicas.

De los principios del Favor Minoris y del In dubio Pro Consumidor, se desprende un doble estándar tuitivo. Los NNA gozan de una protección mayor a la que la LDC le reconoce al resto de las personas que están en el polo vulnerable de la relación jurídica. Así las cosas, ante el hecho de que los NNA sean personas destinatarias de publicidades y demás estrategias del mercado, deberían erigirse a su favor una protección complementaria. Dicha “supraprotección” debe responder adecuadamente a las necesidades y características que los NNA tienen en razón de su condición de sujetos de derecho “hipervulnerables”.

De la misma forma, a través de una interpretación armoniosa del texto constitucional, el artículo 75 inciso 23 establece que le corresponde al Congreso Nacional *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*. Lo que faculta al poder legislativo a tomar medidas específicas a los fines de garantizar la protección a los derechos de los NNA y a interpretar todo el ordenamiento jurídico de manera integral.

III. Regulación de la publicidad y publicidad abusiva

1. Derecho a la información y su vinculación con la publicidad

En primer lugar, es necesario diferenciar conceptualmente publicidad de información, sin que ello implique negar la vinculación estrecha que existe entre ambas. De esta manera será posible distinguir los diferentes regímenes que a ellas se aplican. Por un lado, las finalidades son distintas: mientras que el fin de la publicidad es atraer al consumidor para la compra del producto o servicio, la finalidad de la información es dar éste los datos necesarios y suficientes para una decisión válida. En este sentido, Noemí Nicolau sostiene que con la información *“se persiguen dos finalidades primordiales, por un lado, evitar daños (muchas veces a través de una específica aplicación del deber de información entendida como deber de advertencia) y, por otro, evitar la inferioridad comercial que puede generarse, si no se suministran los datos relevantes del negocio o se suministran datos erróneos”*²⁴.

²² ARIAS CÀU, Esteban Javier y BAROCELLI, Sergio Sebastian (2014): Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos, Buenos Aires, La Ley, pág 3.

²³ BAROCELLI, Sergio S. (2014): Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos, La Ley, Buenos Aires, pág. 5.

²⁴ NICOLAU, Noemí L. (2015): “La influencia del marketing y la publicidad en las relaciones de consumo” en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos

La publicidad puede ser definida como todo mensaje dirigido al público con el fin de estimular la demanda de bienes o servicios. Es, por definición de carácter subjetivo y responde a los intereses del anunciante, mientras que la información (al menos teóricamente) debe tender a la objetividad. . La publicidad puede o no tener una faceta informativa. No la tiene cuando la publicidad es una simple manera de hacer conocer un determinado bien, producto o servicio y alentar su consumo, pero sin describir sus esencias ni cualidades.

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el derecho a la información cuenta con una recepción de carácter constitucional (artículo 42). Se establece que “el consumidor” tiene derecho a recibir información adecuada y veraz. Además la ley 24.240 en su artículo 4 indica que la información debe ser cierta, clara y detallada. Este interés del poder legislativo se ve reflejado e intensificado en los lineamientos introducidos por el CCCN, al exigir que, además de que la misma sean recepta las condiciones que ha de tener la información ofrecida: debe ser cierta, detallada y gratuita (art. 1100 CCN), debe ser suficiente (art. 1397 CCCN), específica y comprensible (art. 58 inc. f CCCN), así como clara, precisa y adecuada (art. 59 CCCN). Cuando la publicidad incluya información, ésta deberá respetar todas las exigencias legales anteriormente mencionadas.

2. Regulación de la publicidad de alimentos no saludables

La publicidad de alimentos no saludables es aquella que incita al consumo de alimentos de bajo contenido nutricional con elevados índices de grasas, sal, calorías, azúcares, siendo potencialmente “obesogénicos”, es decir promotores de la obesidad. De acuerdo al Perfil de Nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud²⁵ “*un alimento no saludable es aquel que es susceptible de ser encuadrado dentro de las categorías de alimentos procesados y ultraprocesados*”. El modelo define a los alimentos ultraprocesados como productos alimenticios formulados industrialmente que se caracterizan por contener sustancias extraídas de los alimentos (como la caseína, suero de leche) o sustancias sintetizadas a partir de sus componentes (como almidones modificados y aceites hidrogenados)²⁶.

En cuanto a las formas de publicidad, quedan incluidas no sólo las formas tradicionales, medios de comunicación masivos y redes sociales; sino también, y muy especialmente en el caso de de alimentos, la publicidad que figura en el embalaje, paquete o envase del producto, ya que es también concebido con la intención de despertar en el futuro adquirente las ganas de acceder al bien.

El artículo 1101 del CCCN²⁷ establece cuáles han de ser los requisitos que ha de reunir la publicidad, y en este sentido ha importado la introducción dentro del cuerpo del sistema legal iusprivatista una regulación más precisa respecto a las cualidades que debe reunir la misma²⁸; a la vez que ha identificado y diferenciado los tipos de publicidad prohibidas: la publicidad engañosa, la comparativa y la abusiva.

La publicidad engañosa es aquella que incita al consumo sobre la base de un mensaje total o parcialmente falso que induce o que puede inducir a error a los receptores del

A (dirs): Tratado de derecho del consumidor, La Ley, Buenos Aires, Tomo I, pág. 527-562.

²⁵ Organización Panamericana de la Salud (2016): Modelo de perfil de nutrientes, (http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18622/9789275318737_spa.pdf?sequence=9).

²⁶ Organización Panamericana de la Salud (2016): Op.Cit., pág.26

²⁷ “Artículo 1101. Publicidad. Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

²⁸ NICOLAU, Noemí L.(2015).- Op cit. pág. 527-562

mensaje respecto de la naturaleza, características, calidades, origen, precio o cualquier otra particularidad del bien o servicio²⁹. El engaño del mensaje publicitario, puede provenir ya sea de una exageración sobre las cualidades o calidades que el producto o servicio no posee, o bien, de la omisión sobre determinadas características específicas de estos³⁰. Tanto en uno como en otro supuesto, la inadecuada información vertida en los anuncios publicitarios inhibe al consumidor del ejercicio a su legítimo derecho a una opción razonada, quebrantando sus expectativas al enfrentarlo a resultados diferentes a los que normal y ordinariamente él podía esperar.

Por su parte, la publicidad comparativa no ha sido prohibida en el derecho argentino. El CCCN, en principio, tampoco la prohíbe; salvo cuando sea de naturaleza tal que conduzca a error al consumidor. En consecuencia, es posible comparar bienes y productos siempre que no se haga con engaño u omisión que induzca a error. Otra cuestión a considerar, que excede a este análisis, tiene que ver con la incidencia de la publicidad comparativa en la leal competencia comercial.

Por último, la publicidad abusiva es la que induce al consumidor a adoptar conductas perjudiciales o peligrosas para su salud o seguridad. En este sentido, la disposición normativa introdujo como parámetro de abusividad el perjuicio o peligro para la salud y seguridad del consumidor, dejando a un lado las consideraciones relativas a su patrimonio.

Otras regulaciones a la publicidad están dadas por la LDC, las leyes de Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial y con numerosas normas de carácter administrativo nacional, provincial y municipal. Así como con leyes específicas como el Código Alimentario Nacional (ley 18.284) o el Plan Médico Obligatorio (para citar algunos ejemplos relacionados con el derecho a la salud), con normas correspondientes a servicios determinados (hotelería, turismo, transporte, etc.), con las normas generales del CCCN y con los tratados de protección de derechos humanos (Convención sobre los Derechos del Niño).

Son varias las regulaciones que establecen la prohibición de publicidad engañosa en nuestro sistema. Por un lado, la ley 22.802 de lealtad comercial prohíbe en su art. 9 cualquier práctica de promoción que pueda "inducir a error, engaño o confusión", a la vez que tipifica conductas formales de deslealtad tendientes a la protección de la capacidad subjetiva de apreciación de los consumidores. Por su parte, el Código Alimentario Nacional establece en su artículo 222, la prohibición de publicidad engañosa, aunque puede advertirse una limitación de la misma a aspectos sanitario-bromatológicos. Y en el artículo 235 prohíbe indicaciones que se refieran a propiedades medicinales, terapéuticas o aconsejar su consumo por razones de estímulo, bienestar o salud.

En cuanto a publicidad de alimentos, la ley de medios de Argentina n° 26.522 establece en su artículo 81 respecto a la emisión de publicidad, que "*los licenciarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir publicidad conforme a las siguientes previsiones: (...) h) La publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad*". De esta manera, el marco legal establece un criterio general de orientación, pero no se ha avanzado en regulaciones más específicas respecto de las limitaciones concretas que esto conllevaría. Siguiendo con la enumeración normativa la ley de Servicios De Comunicación Audiovisual, su artículo 71 establece también el deber por parte de quien efectúa la publicidad de velar por el cumplimiento, entre otras, de las leyes sobre publicidad de tabacos, la ley Nacional de lucha contra el Alcoholismo, la ley sobre pautas para la difusión de temas vinculados con la salud, la ley sobre protección integral de los NNA.

²⁹ NICOLAU, Noemí L. (2015).: - Op cit. pág. 527-562

³⁰ LOVECE, Graciela (2006): La fuerza vinculante de la publicidad. El daño moral en las relaciones de consumo, Revista jurídica argentina La Ley, Volumen: 2005-F, pág. 734-737.

También la ley de trastornos alimentarios trata la cuestión en el artículo 11 que establece que la publicidad de alimentos no saludables debe incluir la leyenda *“el consumo excesivo es dañino para la salud”*, esta ley si bien tiene un enfoque más adecuado para el abordaje de enfermedades crónicas no transmisibles, aún no ha sido reglamentada, por lo que carece de aplicación.

Además, existen resoluciones administrativas para esta materia. Un ejemplo son las resoluciones de la ANMAT, que a partir de la Disposición 4980/2005 regula la publicidad de una serie de productos e incluye a los alimentos en el Anexo 3 de la misma.

Por otra parte, existe una referencia de regulación voluntaria desde el sector privado. El Código de Autorregulación publicitaria del Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP), también establece pautas en cuanto a la información en general que deben proveer las publicidades, para asegurar la veracidad en cuanto al producto y evitar las publicidades engañosas (art 11 y 12) En cuanto a publicidad de los alimentos, el Artículo 32.1 establece que la publicidad debe sujetarse a la estricta observancia de normas legales vigentes y las establecidas por la propia industria. Y puntualmente, respecto a publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes, el Artículo 33 enuncia que *“toda publicidad deberá tener especial cuidado de la credulidad de los niños y la falta de experiencia de las personas jóvenes”*. Este código da algunas pautas para que las empresas elaboren su publicidad, y si bien no es una norma vinculante, es presentado por la industria como un esquema de regulación efectivo que podría ser interpretado por los tribunales frente a un caso concreto. La industria estaría utilizando una estrategia de auto-regulación o auto-adecuación a un marco normativo en aras de demostrar “buena voluntad” y responsabilidad.³¹

3. Publicidad y NNA

Los datos de la realidad no hacen más que evidenciar la revolución que está experimentando el mundo publicitario, dada la necesidad de hacerse con nuevos públicos. El público infantil, más fácil y vulnerable a la persuasión, es un objetivo innegable de esa necesidad de ampliar el espectro hacia el que se dirige la publicidad. Tanto en televisión como en lo audiovisual en general (Internet), se están aplicando nuevas técnicas para cautivar y llamar la atención de los niños e introduciendo nuevas formas de manipulación a través de la publicidad³². De lo que se desprende la urgente necesidad de tomar medidas que protejan y enseñen a la infancia a separar lo que es publicidad de lo que es información, y a descifrar la intención persuasiva de cualquier forma de publicidad. De acuerdo a la OMS, la publicidad está dirigida a niños y niñas cuando el “poder/potencia” de la publicidad del envase a través de diversas técnicas atraen a la audiencia que es su objetivo³³. Las técnicas pueden incluir el uso de personajes famosos y deportistas, convocatorias a eventos y festivales, premios, etc.

³¹ FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE POLÍTICAS SUSTENTABLES y FUNDACIÓN INTERAMERICANA DEL CORAZÓN (2016). Recomendaciones de FUNDEPS y FIC Argentina al informe del Relator. (http://www.fundeps.org/sites/default/files/recomendaciones_a_informe_del_relator_fundeps-fic_arg_0.pdf)

³² CROVETTO MATTASSI, MIRTA; COÑUECAR SILVA, SOFÍA (2015): Publicidad alimentaria según grupos y sub-grupos de alimentos en la televisión de Chile. (<http://revista.nutricion.org/PDF/361crovetto.pdf>) - FUNDACIÓN INTERAMERICANA DEL CORAZÓN ARGENTINA. Informe de investigación: publicidad de alimentos dirigida a niños y niñas en la tv argentina. (http://www.paho.org/arg/images/gallery/150814_publicidad_infantil_alimentos.pdf?ua=) - ALIANZA POR LA SALUD ALIMENTARIA (2014): Publicidad de alimentos y bebidas dirigida a la infancia: estrategias de la industria. (http://alianzasalud.org.mx/wp-content/uploads/2014/04/Publicidad-de-Alimentos-y-Bebidas-Dirigida-a-la-Infancia_Estrategias-de-la-Industria.pdf)

³³ WORLD HEALTH ORGANIZATION (2012): A framework for implementing the set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children. (http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80148/1/9789241503242_eng.pdf?ua=1)

4. Análisis comparado: buenas prácticas en otros países

Es de destacar la sentencia brasileña del 10 de marzo de 2016 en la causa “Recurso Especial N° 1.558.086-SP (2015/0061578-0)”. El caso versa sobre una acción civil interpuesta por PANDURATA ALIMENTOS LTDA. contra una sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo en donde se categoriza como doblemente abusiva la publicidad efectuada por la empresa. En primer lugar, por tratarse de un un anuncio o promoción de venta de alimentos direccionada, directa o indirectamente, a los niños. Y en segundo lugar, por una evidente “venta cruzada”, ilícita en el negocio jurídico entre adultos y con mayor razón, en un contexto de marketing que utiliza o manipula el universo lúdico infantil. Esta venta cruzada se configuraba toda vez que para adquirir o comprar un reloj, que era publicitado como “obsequio”, era necesario que el consumidor también compara 5 (cinco) productos de la línea “Gulosos”. El tribunal rechaza el recurso confirmando la sentencia apelada. Los magistrados entienden que es abusivo el marketing utilizado por la empresa para publicitar o promocionar la venta del alimento dirigido, directa o indirectamente a niños. Se manifiesta que la decisión de la compra y consumo de géneros alimenticios, sobre todo en épocas de crisis de obesidad, debe ser de los padres, y en este punto se siguen las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y de la OMS en la materia. Que de estas acciones proviene la ilegalidad de las campañas publicitarias que manipulan y utilizan el universo lúdico infantil. De este modo, el tribunal entiende que los responsables por los niños son obligados a comprar determinados productos que efectivamente no desean.

IV. Conclusión

Actualmente las normas relativas a la regulación del consumo y a la protección de quienes consumen constituyen un objeto de estudio que se materializa a diario. A la tarea de consumir acudimos muchas veces sin darnos cuenta. Y en esto el proceso comunicacional que se entabla a partir de la producción y comercialización de bienes y servicios, el marketing y, en especial, la publicidad, tienen un rol central. Esta “relación de consumo” es asimétrica, y tal como se expuso, el ordenamiento normativo tuitivo pretende recomponer esa desigualdad fáctica con una desigualdad jurídica. Es por ello que podemos considerar al grupo de “consumidores” como vulnerable.

Por otro lado, el grupo del NNA también es caracterizado como vulnerable, siendo el ISN el principio rector en esta materia para interpretar y aplicar la norma al caso concreto. Ante el hecho ineludible de que los NNA sean personas destinatarias de publicidades y demás estrategias del mercado, debe erigirse en favor de aquellos una protección complementaria. Dicha “supraprotección” necesaria para lograr el efectivo goce de los derechos reconocidos en la constitución, debe responder adecuadamente a las necesidades y características que los NNA tienen en razón de su condición de sujetos de derecho “hipervulnerables”.

La situación se complejiza cuando estamos ante casos de publicidad de alimentos no saludables, que por un lado condicionan la voluntad de los NNA y de los responsables por estos. Y por el otro, su consumo es en detrimento de la alimentación adecuada, los estándares de calidad de vida y el derecho a la salud en general. La publicidad dirigida de manera directa o indirecta al público infantil es manipuladora y se convierte en abusiva. Si se toman los derechos en serio y se procura la satisfacción de ellos, siguiendo las argumentaciones expresadas en el presente artículo es posible concluir que en Argentina necesitamos una reforma legislativa, así como decisiones judiciales. La publicidad de alimentos no saludables dirigida a NNA es abusiva, y por esta razón debe prohibirse expresamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALIANZA POR LA SALUD ALIMENTARIA (2014): Publicidad de alimentos y bebidas dirigida a la infancia: estrategias de la industria, (http://alianzasalud.org.mx/wp-content/uploads/2014/04/Publicidad-de-Alimentos-y-Bebidas-Dirigida-a-la-Infancia_Estrategias-de-la-Industria.pdf) (Fecha de consulta: 30 de octubre 2017)
- AMAYA, Jorge Alejandro (2004): Mecanismos Constitucionales de Protección al Consumidor, Bs. As., La Ley.
- ARIAS CÀU, Esteban Javier y BAROCELLI, Sergio Sebastian (2014): Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos, Buenos Aires, La Ley.
- BAROCELLI, Sergio S. (2014): Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos, La Ley, Buenos Aires.
- CROVETTO MATTASSI, MIRTA; COÑUECAR SILVA, SOFÍA (2015): Publicidad alimentaria según grupos y sub-grupos de alimentos en la televisión de Chile, (<http://revista.nutricion.org/PDF/361crovetto.pdf>) (Fecha de consulta: 30 de octubre 2017) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).
- CHAMATROPULOS, Pablo (2014): “Cómo proteger a los niños consumidores”, (<https://www.diariopopular.com.ar/como-proteger-los-ninos-consumidores-n190221>) (Fecha de consulta: 30 de octubre 2017).
- Comité de Derechos del Niño (2013), Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), (<https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechos-DelNino-WEB.pdf>), (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999): Comentario General No. 12 El derecho a una alimentación adecuada, (<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf>) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999): Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002): Opinión Consultiva 17 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, (http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).
- FUNDACIÓN INTERAMERICANA DEL CORAZÓN ARGENTINA: Informe de investigación: publicidad de alimentos dirigida a niños y niñas en la tv argentina. (http://www.paho.org/arg/images/gallery/150814_publicidad_infantil_alimentos.pdf?ua=) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017).
- FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE POLÍTICAS SUSTENTABLES y FUNDACIÓN INTERAMERICANA DEL CORAZÓN (2016): Recomendaciones de FUNDEPS y FIC Argentina al informe del Relator. (http://www.fundeps.org/sites/default/files/recomendaciones_a_informe_del_relator_fundeps-fic_arg_0.pdf).
- HIGHTON, Elena I. (2015): Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley.
- LOVECE, Graciela (2006): La fuerza vinculante de la publicidad. El daño moral en las relaciones de consumo, Revista jurídica argentina La Ley, Volumen: 2005-F.
- NICOLAU, Noemí L. (2015): “La influencia del marketing y la publicidad en las relaciones de consumo” en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A (dirs): Tratado de derecho del consumidor, La Ley, Buenos Aires, Tomo I.
- Organización Mundial de la Salud y Organización Panamericana de la Salud (2015): Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre

la obesidad e implicaciones para las políticas públicas, (http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/7698/9789275318645_esp.pdf) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017)

- Organización Panamericana de la Salud (2016): Modelo de perfil de nutrientes. (http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18622/9789275318737_spa.pdf?sequence=9) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017)
- ROSATTI, Horacio Daniel (2010): "Tratado de Derecho Constitucional" Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- TORRES SANTOMÈ, Natalia E (2016): "Los niños, niñas y adolescentes como usuarios y consumidores" en BAROCELLI, Sergio Sebastián (coord.): Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios, PROYECTO DE INTERÉS INSTITUCIONAL, Buenos Aires, Facultad de derecho, UBA.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2012): A framework for implementing the set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children. (http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80148/1/9789241503242_eng.pdf?ua=1) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017)