

¿Los octógonos respetaron el Derecho Internacional? Análisis de compatibilidad de la Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes del Perú y sus disposiciones reglamentarias con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial del Comercio

Alejandro José Velásquez Barrionuevo*

Resumen. - El presente artículo presenta un análisis jurídico acerca del cumplimiento del Perú del Acuerdo OTC de la OMC al elaborar una serie de reglamentos técnicos en materia de salud aplicables a alimentos conocidos como "los octógonos". Se parte del estudio de la normativa interna a la luz de la internacional, apoyado en jurisprudencia y doctrina, para finalmente concluir que no se cumplió cabalmente el Acuerdo.

Abstract. - This article presents a legal analysis of Peru's compliance with the WTO TBT Agreement by developing a series of technical regulations on health applicable to food known as "octagons". It starts from the study of the internal regulations in light of the international one, supported by jurisprudence and doctrine, to finally conclude that the Agreement was not fully complied.

Palabras claves. - Derecho del Comercio Internacional, Organización Mundial del Comercio, Obstáculos Técnicos al Comercio, Reglamentos Técnicos

Keywords. - International Trade Law, World Trade Organization, Technical Barriers to Trade, Technical Regulations

* Abogado con Título de Segunda Especialidad en Derecho Internacional Público y candidato a Magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); Especialista Legal en Seguimiento y Evaluación de Compromisos Internacionales del Ministerio de la Producción; Jefe de Prácticas, Adjunto de Docencia de cursos de Derecho Internacional

I. Introducción

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (en adelante, "Acuerdo OTC") es uno de los anexos al Acuerdo de Marrakech por el cual se constituyó la Organización Mundial del Comercio. En dicho acuerdo se regula la posibilidad de los miembros de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, "OMC") de aprobar normas internas que pueden inclusive restringir el comercio a fin de salvaguardar sus objetivos legítimos bajo la denominación de "reglamentos técnicos".

Sin embargo, esa facultad con la que cuentan los miembros de la OMC no es absoluta, ya que existen ciertos límites que se deben respetar para poder establecer reglamentos técnicos, teniendo en consideración que estos podrían limitar el libre comercio en virtud de las obligaciones de liberalización del comercio ya pactadas y en vigor en el marco de la OMC. Nuestro Estado, como miembro de la OMC, no ha sido ajeno a estas necesidades al momento de adoptar sus propios reglamentos técnicos.

El presente artículo tiene como fin determinar el cumplimiento del Estado peruano de las normas de la OMC al momento de adoptar una serie de reglamentos técnicos mediante los cuales impuso la obligación de que determinados alimentos lleven un etiquetado conocido como "los octógonos". Veremos que, por más legítimos que sean los objetivos, el Perú tuvo limitaciones difíciles de superar, dado que el Acuerdo OTC impone varios límites a través de obligaciones necesarias de cumplir para no violar las normas de la OMC al aplicar reglamentos técnicos, cuyo cumplimiento total es difícil.

Iniciaremos definiendo qué se entiende por "reglamento técnico" en el marco del anexo del Acuerdo OTC y presentaremos las normas de los octógonos para determinar si son o no calificables como reglamentos técnicos, concluyendo que sí lo son. Procederemos a listar determinadas críticas a esta regulación para realizar el análisis correspondiente al cumplimiento del Perú de determinadas normas previstas en el Acuerdo OTC notando que son limitaciones difíciles de superar para el Estado al momento de elaborar sus reglamentos técnicos. Se concluirá que existe dificultad para demostrar la necesidad de las medidas y el incumplimiento de determinadas obligaciones secundarias.

II. Los reglamentos técnicos en el marco de la OMC y las normas sobre los octógonos

El Acuerdo OTC cuenta con un anexo en el cual define qué se entiende por "reglamento técnico". Sobre el particular, otorga la siguiente definición:

"Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de

terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas”¹.

Esta definición ha sido además desarrollada por la jurisprudencia de la OMC emanada del actualmente inoperativo Órgano de Apelación, desagregando así algunos elementos que deben encontrarse presentes para poder entender que se está frente a un reglamento técnico. Así, por ejemplo, en el caso Comunidades Europeas – Amianto, el mencionado órgano desarrolló qué se entiende por cada uno de los términos que se encuentran presentes en la definición de reglamento técnico:

- **Características:** “cualesquiera "calidades", "atributos", "peculiaridades" u otras "marcas distintivas" de un producto que sean objetivamente definibles. [...] composición, tamaño, forma, color, textura, dureza, resistencia a la tensión, inflamabilidad, conductividad, densidad o viscosidad de un producto”
- **Observancia obligatoria:** “de forma vinculante o imperativa [...] tiene el efecto de prescribir o imponer una o varias "características".” y “pueden [...] prescribirse o imponerse [...] de forma afirmativa o negativa”.
- **Prescripciones:** “no sólo las peculiaridades y calidades intrínsecas del propio producto, sino también características conexas tales como los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto.”
- **Tratar exclusivamente de ellas:** “puede limitarse a establecer solamente una o unas pocas "características de un producto”².

Así, vemos que básicamente un reglamento técnico establece obligatoriamente cuáles son las características que debe tener un determinado producto para ser comercializado, las cuales pueden ser intrínsecas o conexas (prescripciones) al producto. Con respecto a la obligatoriedad, esta es sumamente importante en tanto es dicho elemento el que diferencia a un reglamento técnico de una “norma” (no vinculante) en los términos del mismo anexo del Acuerdo OTC³.

Por su parte, al hacer referencia a los octógonos nos referimos a un conjunto de normas que surgieron a partir de la preocupación respecto al aumento de

¹ Organización Mundial del Comercio. Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. Anexo I “Términos y su definición a los efectos del presente acuerdo”, punto 1.

² Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto”, WT/DS135/AB/R, 2001, párrafos 67-69.

³ Organización Mundial del Comercio. Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. Anexo I “Términos y su definición a los efectos del presente acuerdo”, punto 2.

sobrepeso en el Perú y las enfermedades relacionadas con este. Al respecto, de 2013 a 2018 el sobrepeso tuvo un crecimiento en mayores de 15 años de 33,8 a 37,3%; junto a la obesidad que pasó del 18,3 al 22,7% en el mismo periodo. Sumando las cifras, en 2018 el 60% de la población tenía sobrepeso⁴. Las normas referidas son las siguientes cuatro en orden cronológico:

- Con fecha 10 de mayo de 2013, el Congreso de la República del Perú emitió la Ley N° 30021, "**Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes**" (en adelante, "la Ley"), la cual sería promulgada por el Presidente de la República con fecha 16 de mayo de 2013 y finalmente publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 17 de mayo de 2013.
- Posteriormente, el Presidente de la República con el refrendo del Ministerio de Salud emitió el Decreto Supremo N° 007-2015-SA, de fecha 17 de abril de 2015, mediante el cual se aprobó el "**Reglamento que establece los parámetros técnicos sobre los alimentos y bebidas no alcohólicas procesados referentes al contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas**", el cual contendría los parámetros técnicos originales a ser aplicados en los alimentos y bebidas a regularse.
- El "**Reglamento de la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable**" fue aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA, de fecha 15 de junio de 2017, el cual sería la norma reglamentaria directa de la Ley y contendría más disposiciones reglamentarias que el reglamento anterior, el cual además derogaría.
- Dos meses después, mediante Resolución Ministerial N° 683-2017-MINSA, de fecha 17 de agosto de 2017, se publicó el proyecto de **Manual de Advertencias Publicitarias en el portal institucional del Ministerio de Salud**, para finalmente aprobarse el Manual definitivo mediante Decreto Supremo N° 012-2018-SA, de fecha 14 de junio de 2018, el mismo que empezaría a regir desde el 17 de junio de 2019 a nivel nacional en el Perú. A partir de entonces, los alimentos procesados que superen el umbral permitido por la norma de grasas saturadas, azúcar y/o sodio, o que contengan grasas trans, deberán llevar el octógono correspondiente en su empaquetado siguiendo los modelos presentes en el siguiente gráfico⁵:

⁴ Boza, Sofia; Polanco, Rodrigo y Saco, Víctor. *Front-of-package nutrition labelling in Latin America: review of the cases of Chile and Peru*. En Instituto de Saúde, Brazil. *Boletim do Instituto de Saúde (BIS)* Vol. 21 (1), pp. 141-150, 2021, p. 145.

⁵ Ministerio de Salud del Perú. *Aprueban Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA, Decreto Supremo N° 012-2018-SA, 14 de junio de 2018, gráfico 1 del Manual.*

Gráfico 1: Advertencias publicitarias



(Fuente: Ministerio de Salud)

El Perú es miembro de la OMC desde su fundación, ya que se hizo parte del Acuerdo de Marrakech el 1 de enero de 1995 (fecha en que comenzó a operar la OMC) tras haberlo aprobado internamente mediante Resolución Legislativa N° 26407 y haber depositado su respectivo instrumento de ratificación el 21 de diciembre de 1994⁶. En ese sentido, el Acuerdo de Marrakech es un tratado en vigor para el Estado peruano, por lo que, por disposición constitucional, forma parte del derecho nacional⁷, lo cual implica que, pese a su origen internacional, se convierta automáticamente también en una norma interna con rango de ley⁸ y de obligatorio cumplimiento para los sujetos de derecho peruano⁹.

En ese sentido, al ser el Acuerdo OTC uno de los anexos del Acuerdo de Marrakech, el cumplimiento de sus disposiciones aplicables a los reglamentos técnicos es obligatorio, no solo en virtud de ser una norma internacional, sino también interna. En ese sentido, en el caso de calificar las normas mencionadas como reglamentos técnicos, y de que no se haya cumplido con las disposiciones del Acuerdo OTC, habría un doble incumplimiento, tanto de las normas

⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Ficha de tratado bilateral N° 0839-d, "Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay.", Dirección General de Tratados, Archivo Nacional de Tratados Embajador Juan Miguel Bákula Patiño, 2014, aprobación, fecha de entrada en vigor para el Perú, información adicional.

⁷ Constitución Política del Perú, 1993, artículo 55.

⁸ *Ibid.*, Artículo 200.4.

⁹ Novak, Fabián. Artículo 55. *Tratados*. En Gutiérrez, Walter. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. 3ª ed, Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 256.

internacionales como nacionales. Como consecuencia, se generaría responsabilidad internacional en el Estado, así como interna, pudiendo generarse una situación de ilegalidad por parte de las normas reglamentarias.

Siendo así, de calificar las normas relativas a los octógonos como reglamentos técnicos, tendrían que haberse cumplido las normas del Acuerdo OTC pertinentes, por lo que resulta de importancia, en un primer momento, determinar si las normas relativas a los octógonos constituyen o no reglamentos técnicos a la luz del Acuerdo OTC.

i. La Ley como reglamento técnico

La Ley establece que los alimentos y bebidas no alcohólicas que superen los parámetros técnicos a ser establecidos en un reglamento deben contar con una advertencia publicitaria que indique que son altos en sodio, azúcar o grasas saturadas recomendando evitar el consumo excesivo de estos o que indique que contienen grasas trans, recomendado evitar su consumo, según corresponda¹⁰. Esta entonces sería una clara prescripción en los términos del Acuerdo OTC, en particular, una relativa al etiquetado de los productos (prescripción prevista expresamente).

Podría discutirse, tal vez, que el hecho de que la Ley remita a un reglamento que aún no existía al momento de ser publicada con el fin de determinar, siguiendo una serie de parámetros técnicos, a qué alimentos y bebidas se aplicaría el etiquetado y a cuáles no, en todo caso ello sería aplicable a los productos sobre los cuales se sugeriría evitar el consumo excesivo. Sin embargo, en todo caso, con respecto a los alimentos con grasas trans, es claro que el etiquetado aplicaría a la totalidad de los productos que las contengan al recomendar su no consumo pleno.

Teniendo en consideración que un reglamento técnico podría inclusive tratar exclusivamente de prescripciones (sin contemplar la necesidad de que los productos cuenten con características intrínsecas específicas), no hace falta continuar el análisis sobre otras posibles características reguladas por la Ley, en tanto resulta evidente que regulando una característica conexas a los productos se cumple con este elemento. Además, en todo caso, es la señalada la que resulta de interés para el análisis a ser realizado en el presente artículo.

Por otro lado, respecto a la observancia obligatoria, las leyes aprobadas por el Congreso de la República y promulgadas por el Presidente de la República son jurídicamente obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano", salvo que la ley misma postergue su vigencia en todo o en parte¹¹. Este último es el caso del artículo 10, el cual, según la propia Ley, entraría

¹⁰ Congreso de la República del Perú. *Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes*, Ley N° 30021, 16 de mayo de 2013, artículo 10.

¹¹ Constitución Política del Perú, 1993, artículo 109.

en vigencia 120 días después de la vigencia del respectivo reglamento¹². Si bien la Ley no sería obligatoria propiamente hasta su vigencia, entendemos que su naturaleza es la de ser vinculante jurídicamente (una vez entre en vigencia), al ser esta una fuente del derecho del ordenamiento jurídico peruano¹³, por lo que consideramos que la Ley cumple también con este elemento.

Es importante precisar que, si bien la Ley no contempla una lista de productos específicos que se verán afectados por lo dispuesto en el artículo 10, no es necesario que los productos que se verán afectados se encuentren nombrados explícitamente, sino que basta con que los productos sean identificables. Los productos en ese sentido pueden no estar ya plenamente identificados en un reglamento técnico, sino que pueden solo ser identificables en sentido general revisando las características que se establezcan¹⁴. Esto facilita la aplicación de la normativa incluso a nuevos productos que entren al mercado con las características que son producto de regulación.

ii. La múltiple reglamentación de la Ley como reglamentos técnicos

Con respecto al Reglamento que estableció los parámetros técnicos originales a ser aplicados en los alimentos y bebidas a regularse (Decreto Supremo N° 007-2015-SA), si bien el mismo no establece directamente características con las que deben contar determinados productos, sí hace lo propio con los parámetros técnicos que son exigidos en la disposición de la Ley, que ya hemos identificado como constitutiva de un reglamento técnico.

En ese sentido, este reglamento no puede ser leído aisladamente, sino que debe entenderse en concordancia con la Ley cuando expresa que una advertencia publicitaria “será aplicable a los alimentos y las bebidas no alcohólicas que superen los parámetros técnicos establecidos en el reglamento”¹⁵. Cabe señalar que, de la revisión de los parámetros técnicos, se constata que estos solo aplican para determinar si el contenido de azúcar, sal o grasas saturadas es alto, mas no para efectos de los alimentos con grasas trans¹⁶, los cuales, leyendo la Ley y el reglamento en conjunto, siempre serán merecedores de advertencia publicitaria, confirmando lo señalado en el punto anterior.

¹² Congreso de la República del Perú. *Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes*, Ley N° 30021, 16 de mayo de 2013, segunda disposición complementaria transitoria.

¹³ Rubio, Marcial. *El sistema Jurídico*. 10ª ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 126-127.

¹⁴ Wolfrum, Rudiger, Stoll, Peter-Tobias y Seibert-Fohr, Anja (Editores), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Volumen 3 de la serie *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 187-188.

¹⁵ Congreso de la República del Perú. *Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes*, Ley N° 30021, 16 de mayo de 2013, artículo 10 (último párrafo).

¹⁶ Ministerio de Salud del Perú. *Aprueban el Reglamento que establece los parámetros técnicos sobre los alimentos y bebidas no alcohólicas procesados referentes al contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas*, Decreto Supremo N° 007-2015-SA, 17 de abril de 2015, artículo 4 del Reglamento.

En relación con el reglamento de la Ley propiamente (Decreto Supremo N° 017-2017-SA), el mismo establece nuevos parámetros técnicos para determinar cuándo los alimentos y bebidas deberán llevar advertencia publicitaria por ser altos en azúcar, sodio o grasas saturadas. Por otro lado, sí menciona a las grasas trans, pero se limita a remitir a la normativa vigente en la materia¹⁷. Con ello, es evidente que este reglamento sí cumple con el elemento de establecer características de productos, siendo merecedoras de prescripciones (advertencias publicitarias) los productos que no superen los parámetros técnicos en virtud de lo estipulado en la Ley que regula. Además, resulta más fácil identificar esta característica en cuanto este reglamento derogó al anterior¹⁸.

El Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley y su reglamento (Decreto Supremo N° 012-2018-SA), por su parte, replica los mismos parámetros técnicos del reglamento de la Ley¹⁹ y regula todo lo relativo a las advertencias publicitarias con las que deberán contar los productos que no los superen (contenido, formato, ubicación, tamaño y formas, entre otros)²⁰. Queda claro que la regulación contenida en el Manual está destinada a generar prescripciones para determinados productos, por lo cual, cumple con ese elemento.

Finalmente, respecto a la obligatoriedad de toda la reglamentación mencionada, teniendo en cuenta que dicha reglamentación fue aprobada en su totalidad mediante Decretos Supremos, es menester señalar que estos representan las normas con rango reglamentario de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, las cuales son aprobadas por el mismo Presidente de la República con refrendo ministerial. Es entonces el instrumento enfocado a crear normas jurídicas por la voluntad del Presidente y sus Ministros según corresponda²¹.

Por ello, se puede concluir que, al igual que lo ocurrido con las leyes del Congreso de la República, los Decretos Supremos están destinados a ser jurídicamente vinculantes, con lo cual toda la reglamentación bajo análisis cumple con el requisito de obligatoriedad de los reglamentos técnicos. Siendo así, la conclusión respecto a la reglamentación de la Ley es que constituyen también reglamentos técnicos.

¹⁷ Ministerio de Salud del Perú. *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable*, Decreto Supremo N° 017-2017-SA, 15 de junio de 2017, artículo 4 del Reglamento.

¹⁸ *Ibid.*, disposición derogatoria final única.

¹⁹ Ministerio de Salud del Perú. *Aprueban Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA*, Decreto Supremo N° 012-2018-SA, 14 de junio de 2018, punto 1 del Manual.

²⁰ *Ibid.*, puntos 2 a 8 y anexo 1 del Manual.

²¹ Rubio, Marcial. *Op. Cit*, pp. 140-141.

III. Principales críticas y controversias a nivel nacional e internacional sobre el uso de los octógonos

Pese a la preocupación detrás de estas normas, los octógonos no han estado exentos de críticas y controversias, tanto a nivel nacional como internacional. Es justamente en ese contexto que surge nuestra propia preocupación respecto al cumplimiento del Estado peruano de las normas pertinentes del Acuerdo OTC, ya que algunas de las principales críticas que se han realizado respecto a los octógonos parecerían apuntar a que no se han cumplido cabalmente estas obligaciones en relación con determinados aspectos.

Así, por ejemplo, las primeras críticas que surgieron ante la iniciativa de establecer un etiquetado obligatorio para los alimentos empaquetados que superen ciertos niveles de azúcar, sodio o grasas en el Perú, fueron relacionadas a que se dieron como producto de un trasplante normativo del país vecino de Chile, en tanto, solo un año después de que Chile aprobara un etiquetado similar, en el Perú se aprobó la Ley bajo el mismo objeto²². Sin embargo, a diferencia de lo realizado en países como Ecuador, no hubo propiamente una evaluación a la luz de las necesidades específicas de la sociedad peruana²³. Además, no se consideraron los eventuales conflictos con las normas preexistentes en el Perú²⁴.

Pese a ello, se encontraron diferencias que podrían valorarse como propositivas para el consumidor, tales como incluir la indicación de evitar el consumo excesivo o el consumo a secas en el caso de los alimentos con grasas trans²⁵. No obstante, también se ha criticado esta innovación de la normativa peruana en comparación a la chilena en tanto se puede considerar de carácter paternalista asustando y generando miedo al consumidor²⁶. Por otro lado, la inclusión del etiquetado específico para grasas trans también dista de la ley chilena, pero a cambio de no contemplar un etiquetado relativo a las calorías²⁷, lo cual termina limitando la efectividad del etiquetado en relación con este aspecto importante.

Por otro lado, durante las discusiones normativas, surgió un amplio debate respecto a qué tipo de etiquetado utilizar, comparando a los octógonos con otro modelo conocido como el etiquetado semáforo, utilizado poco tiempo después en Ecuador²⁸. Finalmente, el legislador peruano se decantó por utilizar octógonos, descartando que lleven el color rojo, pero luego de haber sostenido una larga

²² Ferrante, Alfredo. *El etiquetado frontal en los alimentos y la iconografía jurídica: un ejemplo para la comprensión del trasplante jurídico y del nuevo paradigma latinoamericano*. En Pontificia Universidad Católica del Perú, *Revista Derecho PUCP*, (87), pp. 141-181, 2021, pp. 148-149.

²³ Senno, Fiorella. *Etiquetando incertidumbres. Una aproximación a la regulación del etiquetado de alimentos y a las reglas de publicidad dirigida a menores de 16 años*. En Círculo de Derecho Administrativo, *Revista de Derecho Administrativo*, (17), pp. 326-353, 2019, p. 343.

²⁴ Ferrante, Alfredo. Op. Cit. p. 159.

²⁵ *Ibid.*, p. 149.

²⁶ Senno, Fiorella. Op. Cit. pp. 328 y 343.

²⁷ Ferrante, Alfredo. Op. Cit. p. 149.

²⁸ *Ibid.*, 152.

discusión sobre la coloración correcta de las etiquetas²⁹. El color negro finalmente escogido fue el mismo que el utilizado en Chile.

Sobre el particular, según diversos estudios realizados, cada opción de etiquetado tiene ventajas y desventajas que deberían haber sido tomadas en consideración para efectos de elegir la más efectiva en el Perú. Así, por ejemplo, a través de una encuesta privada realizada en usuarios de mercados de Lima Metropolitana, se concluyó que el modelo semáforo era percibido como más saludable, sobre todo por la coloración verde, y como el de mejor diseño, pero el de los octógonos parecería ser más fácil de entender para el consumidor promedio³⁰. Sin embargo, el Estado no realizó estudios de esta profundidad.

Asimismo, en general, existirían críticas a nivel internacional respecto al etiquetado con modelo de octógono, ya que, al igual que el modelo semáforo, no resulta ser más efectivo que el modelo de etiquetado canadiense, siendo Canadá uno de los Estados con mayor preocupación por la salud de su población según la Organización Mundial de la Salud³¹. En el caso del Perú ni siquiera se tomó en consideración este tipo de etiquetado como una opción. Sin embargo, más allá de identificar cuál sería el etiquetado más efectivo haciendo un análisis comparado objetivo, no hay mayor promoción de la información sobre cómo leer las etiquetas en el Perú, por lo que no se cumplirían bien sus objetivos³².

Al respecto, un estudio realizado en Lima arrojó que menos de la mitad de los consumidores consideran efectivo el octógono para efectos de elegir qué alimentos consumir, lo cual respondió, en parte, a que el 60% de la muestra no tenía conocimiento sobre cómo debía interpretar el etiquetado³³. En ese sentido, también surgen dudas sobre la efectividad de la medida para lograr sus propios objetivos legítimos. Sin embargo, para efectos del presente artículo, no ahondaremos en el análisis de la efectividad para determinar la necesidad, en tanto dicho análisis, al momento de elaborar reglamentos técnicos, debe centrarse en la realización de estudios técnicos, como se desarrollará más adelante.

Por otra parte, también han surgido críticas respecto al cumplimiento de la medida por parte de los operadores comerciales, ya que, a partir de un estudio realizado en conjunto por el Ministerio de Salud y la Organización Panamericana de la Salud, se concluyó que varios productos que contienen grasas trans no llevan el

²⁹ *Ibid.*, pp. 151-154.

³⁰ Valverde, Mariana; Espadín, Carlo; Torres, Nancy y Liria, Reyna. *Preferencia de etiquetado nutricional frontal: octógono frente a semáforo GDA en mercados de Lima, Perú*. En Colegio Médico del Perú, *Acta Médica Peruana*, 35(3), pp. 145-152, 2018, p. 151.

³¹ Ortiz, Paloma. *¿Los etiquetados nutricionales ayudan a mejorar los hábitos alimenticios de los consumidores? Tesis para optar el título profesional de Licenciado en Comunicación*. Lima: Universidad de Lima, 2019, pp. 53-54.

³² *Ibid.*, p. 54.

³³ Mejía, Christian; Aguilar-Pantaleón, Carlos; Alfaro, Sabrina; Carranza, Brian; Eulogio, Perla; Gálvez, Angela; y Godo, Ghiuliana. *Factores que influyen en el uso del octógono como marcador de información nutricional en los consumidores en la población de Lima-Perú*. En Sociedad Española de Dietética y Ciencias de la Alimentación, *Nutrición Clínica y Dietética Hospitalaria*, 39(4), pp. 65-71, 2019, pp. 65 y 68.

octógono respectivo, y que en uno de cada tres productos con altos niveles de azúcar, sodio o grasas saturadas, según la Organización Panamericana de la Salud, tampoco llevan los octógonos requeridos³⁴.

Adicionalmente, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual se ha pronunciado en contra de diversas medidas realizadas en implementación de las disposiciones de los reglamentos técnicos sobre los octógonos. Así, en un primer momento, indicó que la obligación de incluir octógonos en áreas de hasta 15% del tamaño de los anuncios publicitarios constituían una barrera burocrática ilegal, dado que el Ministerio de Salud no contaba con competencias conferidas en los reglamentos técnicos sobre los octógonos para regular la publicidad empresarial³⁵.

Asimismo, surgió la crítica respecto a la posibilidad de utilización de *stickers* para colocar los octógonos en alimentos importados, ya que se previeron plazos para que, de manera progresiva, estos productos dejen de poder llevar los octógonos con un adhesivo encima del empaquetado, a fin de que eventualmente solo se pueda cumplir con la obligación a través de incluir los octógonos en el diseño del empaquetado mismo³⁶. Ya que este tipo de medida supondría una clara restricción al comercio internacional, en tanto incluir el octógono en el diseño del empaquetado supone un costo mayor al de añadir un *sticker*, se fue prorrogando el plazo de adecuación mediante normas posteriores.

El problema con esta exigencia es que, si bien puede existir válidamente como medida restrictiva del comercio, debe ser razonable para dichos efectos. La afectación llevó a un conjunto de empresas importadoras de alimentos procesados y bebidas no alcohólicas a denunciar ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual esta barrera no arancelaria como carente de razonabilidad³⁷. Esa fue precisamente la conclusión de la referida entidad, por lo que recomendó al Ministerio de Salud derogar las disposiciones reglamentarias que contenían dicha medida³⁸.

Finalmente, se ha criticado la limitación del ámbito de aplicación de los reglamentos técnicos sobre los octógonos. Por ejemplo, las normas no son aplicables a alimentos que podrían ser dañinos para la salud a un mayor nivel que

³⁴ Ministerio de Salud del Perú y Organización Panamericana de la Salud. *Cumplimiento de la normativa de inclusión de advertencias publicitarias en envases de productos alimenticios en el Perú*. Lima: Organización Panamericana de la Salud, 2021, p. 7.

³⁵ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Resolución N° 072-2020/CEB-INDECOPI*, 2020, p. 1.

³⁶ Ministerio de Salud del Perú. *Aprueban Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA, Decreto Supremo N° 012-2018-SA*, 14 de junio de 2018, punto 8.3 del Manual

³⁷ Estudio Echeconar. *Prohibición de uso de adhesivos para octógonos en alimentos importados constituye una barrera comercial no arancelaria*, 2022.

³⁸ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Resolución N° 073-2022/CDB-INDECOPI*, 2022.

los regulados, como serían los productos a granel o la comida rápida³⁹. Asimismo, no se ha incluido, al igual que en la regulación chilena, la obligación de informar acerca de la naturaleza transgénica de los alimentos que cuenten con ella, lo cual termina violando, en el caso del Perú, el artículo 37 del Código de Protección y Defensa del Consumidor⁴⁰.

IV. Limitaciones principales a la capacidad de adoptar reglamentos técnicos: la legitimidad de los objetivos y la necesidad de los reglamentos técnicos

Ya hemos demostrado que las cuatro normas peruanas bajo análisis constituyen reglamentos técnicos a la luz del Acuerdo OTC. No obstante, como ya hemos adelantado en la introducción del presente artículo, la capacidad de los miembros de la OMC de adoptar reglamentos técnicos no es absoluta y cuenta con una serie de limitaciones. Lo principal, a nuestro criterio, es lo referido a los objetivos legítimos que debe perseguir el miembro de la OMC y a la necesidad de la reglamentación técnica para alcanzarlos. Al respecto, el Acuerdo OTC señala lo siguiente:

“Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo [...]”⁴¹.

Nuevamente, el Órgano de Apelación se ha encargado de desarrollar la definición de algunos elementos que figuran en la obligación referida de los miembros de la OMC de no crear obstáculos innecesarios al comercio a través de la elaboración de reglamentos técnicos. Dicho órgano definió los siguientes elementos en el caso Estados Unidos – Atún:

- **Objetivo legítimo:** “un fin o un objeto lícito, justificable o apropiado”
- **Necesario:** “el grado en que contribuye al logro de un objetivo legítimo y los riesgos que crearía no alcanzarlo” y “el grado en que la medida en litigio restringe el comercio”
- **Alcanzar:** “refiere al grado de la contribución que un reglamento técnico hace al logro del objetivo legítimo”
- **Riesgos que crearía no alcanzarlo:** “si el grado en que un reglamento técnico restringe el comercio es "necesario" o, subsidiariamente, si una posible

³⁹ Senno, Fiorella. Op. Cit. p. 344.

⁴⁰ Ferrante, Alfredo. Op. Cit. p. 150.

⁴¹ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*. Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 15 de abril de 1994, artículo 2.2.

medida alternativa, que sea menos restrictiva del comercio, haría una contribución equivalente al logro del objetivo legítimo pertinente”⁴².

Vemos, entonces, que básicamente los miembros de la OMC tienen la facultad de crear reglamentos técnicos que incluso pueden restringir el comercio en relación a las obligaciones que ellos mismos han adquirido en el marco de la OMC. Sin embargo, estos deben contar con un objetivo legítimo y deben ser necesarios para alcanzarlo, en la medida que no haya una medida menos restrictiva del comercio para poder alcanzar los objetivos legítimos buscados.

Siendo así, procederemos entonces a determinar si los reglamentos técnicos bajo análisis tienen objetivos legítimos que busquen alcanzar y cuáles serían estos si es que los tuvieran. Si es que los reglamentos técnicos cuentan con objetivos legítimos, procederemos a evaluar su necesidad.

i. Objetivos legítimos en la Ley y sus reglamentaciones

Según sus propios términos, la Ley tiene como fin generar “la promoción y protección efectiva del derecho a la salud pública, al crecimiento y desarrollo adecuado de las personas”⁴³. La Ley cuenta con tres antecedentes directos que son tres proyectos de ley distintos que finalmente llegaron a materializarse en una sola norma. Dos de ellos tendrían relevancia para efectos de la reglamentación técnica, planteando el primer de ellos como su objeto:

“Proteger a la persona, a la familia y a la comunidad contra las consecuencias [...] del consumo excesivo de productos preparados y/o industrializados [...] sin afectar la salud humana”⁴⁴.

El otro señala que busca “reducir y/o eliminar las graves consecuencias originadas por el exceso de peso en niños y adolescentes”⁴⁵, además de contar con el mismo objetivo que finalmente fue plasmado en la Ley.

El reglamento que establecía los parámetros técnicos originales señalaba que tenía el “propósito de contribuir con la promoción y protección del derecho a la salud pública, con una mejor información para la ciudadanía y a la reducción de los riesgos asociados a las enfermedades crónicas no transmisibles”⁴⁶. El reglamento

⁴² Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún”. WT/DS381/AB/R, 2012, párrafos 313-321.

⁴³ Congreso de la República del Perú. *Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes*, Ley N° 30021, 16 de mayo de 2013, artículo 1.

⁴⁴ Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley de la “*Ley de prevención y control de los riesgos del consumo de comidas o alimentos con altos contenidos de nutrientes y exceso de calorías*”, Proyecto de Ley N° 774/2011-CR, 30 de enero de 2012, artículo 1.

⁴⁵ Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley de la “*Ley de promoción de la salud para la protección de los consumidores niños, niñas y adolescentes*”, Proyecto de Ley N° 1038/2011-CR, 23 de abril de 2012, p. 20.

⁴⁶ Ministerio de Salud del Perú. *Aprueban el Reglamento que establece los parámetros técnicos sobre los alimentos y bebidas no alcohólicas procesados referentes al contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas*, Decreto Supremo N° 007-2015-SA, 17 de abril de 2015, artículo 1 del reglamento.

de la Ley, por su parte, no prevé un objetivo explícito, sino que, al ser una disposición reglamentaria de una norma con rango de ley, lo más que hace es hacer referencia al objetivo de la Ley⁴⁷.

Finalmente, el Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley y su reglamento tampoco contiene un objetivo explícito, pero se puede entender que, al ser un instrumento que desarrolla disposiciones tanto de la Ley como de su reglamento, se encuentra en la misma sintonía compartiendo el objetivo de la Ley.

Con respecto a los objetivos legítimos, el Acuerdo OTC señala que incluyen “entre otros: [...] [a] la protección de la salud [...] [humana]”⁴⁸. Aparentemente tanto los objetivos de la Ley como de su diversa reglamentación se enmarcan dentro de ese objetivo legítimo. Sin embargo, hay que precisar que el Órgano de Apelación ha señalado que, al utilizar la frase “entre otros”, el Acuerdo OTC “no establece una lista cerrada de objetivos legítimos, sino que enumera varios ejemplos de objetivos legítimos”⁴⁹.

En ese sentido, podrían existir más objetivos legítimos distintos a los previstos expresamente. Así, el Órgano de Apelación ha admitido, en ciertas ocasiones, objetivos no previstos en el Acuerdo OTC como legítimos, tales como la protección a los delfines⁵⁰, la información al consumidor⁵¹, o la reducción del consumo de cigarrillos en los jóvenes⁵², entre otros.

Sin ir muy lejos, los reglamentos técnicos peruanos parecen buscar alcanzar objetivos distintos a la protección de la salud, tales como la protección y promoción del crecimiento y desarrollo adecuado de las personas o la mejor información a la ciudadanía. De hecho, podría hasta verse un objetivo más específico que la protección de la salud a secas, mayormente enfocado a niños y adolescentes.

No somos de la idea de cerrar el análisis una vez identificado un solo objetivo como legítimo por encontrarse previsto expresamente en el Acuerdo OTC, como sí ha ocurrido en el caso del Grupo Especial, precisamente luego de identificar el

⁴⁷ Ministerio de Salud del Perú. *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable*, Decreto Supremo N° 017-2017-SA, 15 de junio de 2017, primer párrafo de la parte considerativa.

⁴⁸ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*. Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 15 de abril de 1994, artículo 2.2.

⁴⁹ Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “*Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*”. WT/DS381/AB/R, 2012, párrafo 313.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 337.

⁵¹ Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “*Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*”. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 2012, párrafo 438.

⁵² Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “*Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*”. WT/DS406/AB/R, 2012, párrafo 236.

objetivo de protección de la salud pública⁵³. Sin embargo, para efectos prácticos del presente artículo, consideramos que es adecuado enfocar el análisis de necesidad de los reglamentos técnicos en función al objetivo principal, el cual además no cabe duda de que es legítimo al encontrarse previsto expresamente en el Acuerdo OTC.

ii. Necesidad de los reglamentos técnicos para efectos de alcanzar los objetivos legítimos

Ya habiendo identificado un objetivo legítimo de la Ley y sus reglamentaciones, el cual además se encuentra previsto expresamente en el Acuerdo OTC (la protección de la salud humana), corresponde ahora determinar si las medidas de los reglamentos técnicos son necesarias para efectos de alcanzar dicho objetivo. Al respecto, hay que determinar si no se restringiría más de lo necesario el comercio en aras de proteger la salud humana, para lo cual hay que tomar en consideración los riesgos que se hubieran creado si es que el Perú no adoptaba los reglamentos técnicos.

El Acuerdo OTC señala que, al evaluar esto último, uno de los elementos a considerar es “la información disponible científica y técnica”⁵⁴, ya que se precisa haber realizado estudios científicos a fin de determinar el riesgo y que no se restrinja el comercio más de lo necesario. Con respecto a esto, en los proyectos que finalmente se materializaron en la Ley, el Congreso de la República presentó datos tanto de la última Encuesta Nacional de Hogares – Componente Nutricional hasta entonces como de los propios Ministerios de Educación y de Salud⁵⁵, e incluso de la Organización Panamericana de la Salud⁵⁶, a fin de demostrar con datos estadísticos el alza tanto a nivel nacional como regional del sobrepeso en menores de edad.

Con respecto al reglamento que establecía los parámetros técnicos originales, en su exposición de motivos se presentan también datos estadísticos en dicho sentido, tales como el Informe de Salud en las Américas del 2012, un estudio del Instituto Nacional de la Salud, entre otros⁵⁷. La exposición de motivos del reglamento de la Ley hizo lo propio inclusive dando datos a nivel mundial de la Organización

⁵³ Organización Mundial del Comercio. Informe de los Grupos Especiales. “Australia – Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos”. WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R y WT/DS467/R, 2018, párrafos 7.217, 7.243 y 7.244.

⁵⁴ Organización Mundial del Comercio. Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 2.2.

⁵⁵ Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley de la “Ley de prevención y control de los riesgos del consumo de comidas o alimentos con altos contenidos de nutrientes y exceso de calorías”, Proyecto de Ley N° 774/2011-CR, 30 de enero de 2012, p. 2.

⁵⁶ Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley de la “Ley de promoción de la salud para la protección de los consumidores niños, niñas y adolescentes”, Proyecto de Ley N° 1038/2011-CR, 23 de abril de 2012, pp. 2, 7-10 y 15-18.

⁵⁷ Ministerio de Salud del Perú. Exposición de motivos del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que establece los parámetros técnicos sobre los alimentos y bebidas no alcohólicas procesados referentes al contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas, 2015, pp. 1-7.

Mundial de la Salud⁵⁸. Finalmente, en la exposición de motivos del Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley y su reglamento se presentan estudios a nivel internacional realizados por Estados vecinos tales como Uruguay y Chile⁵⁹.

En ese sentido, se han realizado múltiples estudios científicos y técnicos que demuestran que se ha generado un problema respecto a la salud en menores de edad en relación a enfermedades no transmisibles productos del sobrepeso, tales como la obesidad, la diabetes, entre otros, tanto a nivel mundial como regional y nacional. Algunos estudios estadísticos han sido llevados a cabo por el propio Estado a través de sus órganos y otros tienen el respaldo de varias instituciones importantes en la materia.

En ese sentido, con respecto a la cuestión sobre si los reglamentos técnicos pueden ayudar a alcanzar el objetivo legítimo de protección de la salud humana en el Perú, tal parece que la multiplicidad de estudios en la materia respalda la utilidad de las medidas. De hecho, ya hacia mediados del año 2019, una encuesta arrojó el resultado de que el 67% de los peruanos redujo o reemplazó el consumo de productos gracias a la advertencia de los octógonos⁶⁰.

No obstante, tal como señalamos, no basta con que las medidas ayuden a alcanzar el objetivo legítimo del Estado, sino que además estas no deben restringir el comercio más de lo necesario para ello. Con respecto a esto último, ninguno de los antecedentes ni las normas mismas tienen información estadística relativa al impacto que podrían tener estas medidas en el mercado local. Este hecho no permite entonces poder determinar mediante información disponible científica y técnica si es que las medidas de los reglamentos técnicos peruanos restringirían o no el comercio más de lo necesario para alcanzar sus objetivos legítimos.

Teniendo en consideración que las medidas de etiquetado efectivamente buscan disminuir el consumo de los productos alimenticios que no superen los parámetros técnicos previstos en ellos, consideramos que sí es necesario que se consulten estudios técnicos en relación al impacto que estas medidas podrían tener en cuanto a la restricción del comercio, ya que es evidente que dicha restricción se dará.

Por dar un ejemplo, la Ley de Etiquetado de Alimentos de Chile (20.606), en cuyo modelo se basa el modelo de octógonos peruano, como ya se señaló, si bien logró buenos resultados en cuanto a la reducción de la exposición de menores de edad a productos etiquetados, lo cierto es que, a seis meses de su entrada en vigor,

⁵⁸ Ministerio de Salud del Perú. *Exposición de motivos del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable*, 2017, pp. 1-14.

⁵⁹ Ministerio de Salud del Perú. *Exposición de motivos del Decreto Supremo que aprueba el Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA*, 2018, pp. 4-5.

⁶⁰ Boza, Sofia; Polanco, Rodrigo y Saco, Víctor. Op. Cit, p. 147.

disminuyó la venta de cereales azucarados en un 14% y de bebidas azucaradas en un 25%, según un informe presentado en México⁶¹.

Este tema de hecho fue de preocupación para varios miembros de la OMC en relación a la Ley y sus reglamentaciones. Así, cuando se emitió la Ley, las delegaciones de México, Estados Unidos, Argentina, Unión Europea, Suiza y Guatemala expresaron su preocupación sobre que la medida en la Ley pudiera restringir el comercio más de lo necesario, expresando que podrían existir otras medidas menos restrictivas con resultados similares y que es necesario un sustento científico y técnico que acredite que no se restringirá el comercio más de lo necesario⁶².

Dichas preocupaciones se mantuvieron cuando se aprobó el reglamento que establecía los parámetros técnicos originales, sumándose Canadá y Costa Rica⁶³; también cuando se notificó a la OMC el proyecto del reglamento de la Ley⁶⁴, y también cuando se notificó a la OMC el proyecto del Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley y su reglamento⁶⁵. Así, por ejemplo, la Unión Europea consideró que la adaptación a los nuevos requisitos de etiquetado podría requerir una inversión significativa para los fabricantes y un rediseño del empaque para ciertas categorías de productos que aún no estaban definidas⁶⁶.

Con todo ello, nos da la impresión de que el Perú no ha realizado un análisis detallado respecto al impacto que sus reglamentos técnicos puedan tener en el comercio y, por tanto, no se puede determinar si efectivamente las medidas impuestas por estos serán o no restrictivas del comercio en más de lo necesario. El Estado peruano debió procurar, a través de sus entidades pertinentes, como serían los Ministerios de Salud (por la materia específica del objetivo) y de Comercio Exterior y Turismo (por la rectoría en comercio exterior)⁶⁷, realizar estudios técnicos que evaluaran los alimentos importados que serían afectados, el nivel de consumo de los mismos en el mercado peruano y las proyecciones de costos a generarse por el etiquetado mismo y por el desincentivo de los octógonos.

⁶¹ Huerta, E. *Octógonos de advertencia ¿Cómo le fue a Chile con este etiquetado de alimentos procesados?*, 26 de noviembre de 2018, El Comercio.

⁶² Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 17, 19 y 20 de junio de 2013 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/60, 23 de setiembre de 2013, párrafos 3.16-3.24.

⁶³ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 17, 18 de junio de 2015 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/66, 17 de setiembre de 2015, párrafos 3.127-3.134.

⁶⁴ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 29 y 30 de marzo de 2017 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/71, 2 de junio de 2017, párrafos 2.120-2.125.

⁶⁵ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 8 y 9 de noviembre de 2018 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/73, 6 de marzo de 2018, párrafos 2.57, 2.58 y 2.61.

⁶⁶ Boza, Sofía; Polanco, Rodrigo y Saco, Víctor. Op. Cit, p. 147.

⁶⁷ Congreso de la República del Perú. *Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo*, Ley N° 27790, 23 de julio de 2002, artículo 1.

También es de resaltar que no se ha determinado si es que existirían otras medidas posiblemente menos restrictivas del comercio que logren alcanzar el mismo objetivo, lo cual va de la mano con el hecho de que no se ha realizado un estudio respecto al eventual impacto en el comercio. Consideramos que una opción menos restrictiva que, tal vez, podría haber logrado el mismo efecto deseado pudo haber sido la implementación de una plataforma en línea, a cargo de los Ministerios de Salud y/o de Comercio Exterior y Turismo, que dé la información que se pretendía hacer más visible a través de una página web oficial del Estado (con dominio “.gob.pe”) luego de requerirla a los productores y/o importadores de los alimentos bajo sanción de prohibición de comercio de no entregarla.

Por todo ello, es difícil concluir inequívocamente que las medidas del Perú son, sin más objeción, necesarias, ya que no se realizaron los estudios técnicos y científicos que aseguren que es así. En todo caso, de existir alguna impresión en contrario, ya tendría que verse caso por caso ante una eventual controversia remitida al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. A la fecha no ha habido reclamaciones en contra del Perú por este tema, pero ello no significa que necesariamente se haya cumplido debidamente con esta obligación. De hecho, en teoría, es posible que cualquier miembro de la OMC inicie consultas con el Perú por estas medidas en tanto considere que afecten las disposiciones del Acuerdo OTC, lo cual puede llevar a una reclamación de no ser exitosas⁶⁸.

V. Otras limitaciones a la facultad de adoptar reglamentos técnicos

Si bien se exige a nivel del propio reglamento técnico que cuente con un objetivo legítimo que se alcance de manera necesaria con la medida que impone, una vez traspasado dicho análisis, el Acuerdo OTC cuenta con múltiples limitantes más a la facultad para adoptar reglamentos técnicos. Existen diversas obligaciones que los miembros de la OMC deben cumplir a fin de poder aplicar sus reglamentos técnicos con normalidad. Una de ellas implica, por ejemplo, el dar “un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país”⁶⁹; la cual puede tener el mismo espíritu que la similar en el GATT, pero guarda sus diferencias según los Grupos Especiales⁷⁰.

Así como la mencionada, hay varias obligaciones adicionales que serían, por decirlo en algún sentido, secundarias en comparación a las anteriormente revisadas. Sin embargo, es importante resaltar que todas las disposiciones del Acuerdo OTC aplicables al proceso de elaboración de los octógonos tienen el

⁶⁸ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 15 de abril de 1994, Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, artículos 4.2 y 4.4.

⁶⁹ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 2.1.

⁷⁰ Organización Mundial del Comercio. Informe del Grupo Especial. “Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas”. WT/DS400/R; WT/DS401/R, 2013, párrafos 5.311-5.312.

mismo valor como obligaciones internacionales y el incumplirlas generaría igualmente responsabilidad internacional al Perú. Nos enfocaremos en dos de ellas que consideramos que no se cumplieron: la obligación de aplicar normas internacionales pertinentes de haberlas, y la obligación de transparencia.

i. Objetivos legítimos en la Ley y sus reglamentaciones

El Acuerdo OTC obliga a los miembros de la OMC que pretendan adoptar reglamentos técnicos a que:

“Cuando sean necesarios [...] y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, [utilicen] esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos”⁷¹.

Las normas internacionales por aplicarse como base de los reglamentos técnicos deben haber sido formuladas por instituciones con un reconocimiento ampliamente reconocido en la materia y que estén abiertas a los miembros de la OMC, tales como la Comisión del Codex Alimentario⁷². En caso de existir alguna pertinente, es obligatorio utilizarlas para los efectos mencionados, salvo que constituyan “un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos”⁷³.

Con respecto a esta obligación, el Perú, como ya vimos en el punto relativo a la necesidad, se guió de determinados documentos internacionales para determinar su objetivo legítimo de dar protección a la salud humana, dado el alza significativa de enfermedades no transmisibles como producto del sobrepeso en menores de edad. Sin embargo, los reglamentos técnicos peruanos no refieren, en los términos del Acuerdo OTC, haber utilizado como base normas internacionales pertinentes, así como tampoco que, de existir ellas, estas hayan constituido medios ineficaces o inapropiadas para alcanzar sus objetivos legítimos perseguidos.

Nuevamente, al interior del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio se generó preocupación respecto a si el Perú habría o no cumplido con esta obligación al momento de adoptar sus reglamentos técnicos. En particular, con respecto a la Ley, México alertó una “posible incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, puesto que no se consideran las normas internacionales pertinentes ya existentes en esa esfera, como las del Codex Alimentarius”⁷⁴, Canadá preguntó

⁷¹ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 2.4.

⁷² Herdegen, Matthias. *Principles of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 224.

⁷³ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 2.4.

⁷⁴ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 30 y 31 de octubre de 2013 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/61, 5 de febrero de 2014, párrafo 2.154.

al Perú “si el reglamento propuesto se basa en normas internacionales”⁷⁵ y Suiza esperaba:

“colaborar a nivel bilateral con el Perú para conocer de primera mano las normas internacionales en que se [basó] para determinar las categorías de alimentos que estarán sujetos al requisito de etiquetado obligatorio por tener un contenido elevado de determinados nutrientes”⁷⁶.

Sobre el Reglamento que establecía los parámetros técnicos originales, Costa Rica consideró “que los valores recomendados no [estaban] en conformidad con los "códigos alimentarios" internacionales pertinentes porque [...] no se basan en normas internacionales”⁷⁷, entre otros.

El Perú no respondió a ninguna de las consultas o cuestionamientos relativos a si los reglamentos técnicos peruanos se basaron o no en normas internacionales o en sus disposiciones pertinentes durante las múltiples reuniones del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC. Es probable que, dado lo ya constatado, el Perú en realidad no haya siquiera considerado utilizar normas internacionales como base para sus reglamentos técnicos.

Resulta complejo entonces poder determinar que el Perú sí cumplió de manera efectiva con esta obligación, por lo que los límites a sus facultades de adoptar reglamentos técnicos aparentemente no habrían podido ser superados respecto a este tema en específico. A estos efectos, además, hay que tomar en cuenta las múltiples referencias al Codex Alimentarius, norma aparentemente aplicable a estos casos. De hecho, se puede alegar que se habría violado la Directriz General sobre Declaraciones de Propiedad del artículo 3.5 del Codex al determinar que la etiqueta de los octógonos sea una que cause miedo al consumidor por la indicación de evitar el consumo del producto etiquetado⁷⁸.

Sin embargo, para fortuna del Perú, en caso de que los cuestionamientos sobre el cumplimiento o no de la obligación mencionada se mantuvieran llegando al nivel de un miembro de la OMC iniciar una reclamación ante el Órgano de Solución de Diferencias, justamente en un caso en que el Perú fue reclamante, el Órgano de Apelación estipuló que la carga de la prueba respecto a si las normas internacionales presuntamente aplicables serían medios eficaces o apropiados corresponde al reclamante.

Así lo mencionó en el caso Comunidades Europeas – Sardinias, al establecer que “[recaía] en el Perú la carga de acreditar que Codex Stan 94 es un medio eficaz y

⁷⁵ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 18 y 19 de junio de 2014 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/63, 19 de setiembre de 2014, párrafo 3.132.

⁷⁶ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2014 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/64/Rev.1, 6 de marzo de 2015, párrafo 2.153.

⁷⁷ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 17, 18 de junio de 2015 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/66, 17 de setiembre de 2015, párrafo 3.134.

⁷⁸ Senno, Fiorella. Op. Cit., p. 343.

apropiado para lograr los "objetivos legítimos" que persiguen las Comunidades Europeas mediante el Reglamento de las CE"⁷⁹, siendo este el reclamante. Entonces, el incumplimiento del Perú tendría que ser acreditado por el miembro de la OMC que desee ser reclamante en una controversia, tarea que a la fecha no ha sido asumida.

ii. Transparencia

Ya para concluir, el Acuerdo OTC establece que los miembros de la OMC que adopten reglamentos técnicos:

“notificarán a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría, cuáles serán los productos abarcados por el reglamento técnico en proyecto, indicando brevemente su objetivo y razón de ser. Tales notificaciones se harán en una etapa convenientemente temprana, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen”⁸⁰.

Esta disposición es aplicable cuando el reglamento técnico no replica el contenido de una norma internacional pertinente, como es el caso de los reglamentos técnicos analizados conforme a lo revisado en el punto anterior, y puede haber efectos significativos en el comercio.

El Perú sí cumplió con hacer la notificación de sus reglamentos técnicos de rango reglamentario, los cuales se notificaron a través de las notificaciones G/TBT/N/PER/59, G/TBT/N/PER/89, G/TBT/N/PER/89/Corr.1, G/TBT/N/PER/89/Add.1, G/TBT/N/PER/97 y G/TBT/N/PER/97/Add.1. El problema radica en la Ley, la cual desde un primer momento nunca fue notificada, lo que generó que inicie la preocupación comercial específica IMS ID: 383 en el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, de la cual se derivan todas las preocupaciones vistas en los puntos previos.

Uno de los miembros de la OMC más preocupados por la falta de cumplimiento de la obligación del Perú de notificar la Ley fue México, quien declaró que

“La Ley 30021 contiene características de un Reglamento Técnico según lo establecido en el Anexo 1 del Acuerdo OTC, se considera que el Gobierno de Perú no cumplió con la obligación de transparencia contenida en el artículo 2.9 del Acuerdo OTC, lo que impidió que México y otros Miembros de la OMC pudieran emitir comentarios que fueran considerados en su preparación”⁸¹.

⁷⁹ Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas”. WT/DS231/AB/R, 2002, párrafo 289.

⁸⁰ Organización Mundial del Comercio. Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 2.9.2.

⁸¹ Organización Mundial del Comercio. Declaración de México al Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio 4-6 de noviembre de 2015. G/TBT/W/429, 19 de enero de 2016, punto 3.

Ante este tipo de cuestionamientos, el Perú sencillamente se limitaba a señalar que “aún no se [expedían] las disposiciones reglamentarias que implementarían lo dispuesto en la Ley”⁸².

Como ya vimos puntos atrás, la Ley es, en el fondo, también un reglamento técnico, el cual no replica el contenido de normas internacionales pertinentes y, por tanto, es claro que el Perú sí tenía la obligación de notificarla a la OMC. Sin embargo, nunca lo hizo y siempre respondió que todavía no se emitían las disposiciones reglamentarias correspondientes. Probablemente, el Perú consideró que la Ley no era un reglamento técnico basándose en su propia normativa interna, la cual señala que:

“Los trámites o requisitos que afecten de alguna manera la libre comercialización interna o la exportación o importación de bienes o servicios podrán aprobarse únicamente mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y por el del Sector involucrado”⁸³.

Sin embargo, el Acuerdo OTC no establece métodos de procesos y producción de los reglamentos técnicos⁸⁴, por lo que nada impide que una ley del Perú lo sea.

Por último, tal como consta en la sesión ordinaria del 2 de mayo de 2013 del Pleno del Congreso de la República, se propuso una cuestión previa para que la Ley, antes de ser aprobada, pase a la Comisión de Comercio Exterior, sin éxito⁸⁵. Probablemente, de haber pasado el proyecto de ley a dicha Comisión antes de ser aprobado por el Pleno, los asesores se habrían podido percatar de la necesidad de notificar la Ley a la OMC.

Por todo ello, consideramos que el Perú no cumplió con su obligación de notificar la Ley al ser este un reglamento técnico que no replicó ni se basó en normas internacionales pertinentes y que podría afectar significativamente el comercio, faltando de ese modo a su obligación de transparencia en relación a dicho reglamento técnico.

VI. Conclusiones

A lo largo del presente artículo hemos podido concluir que las cuatro normas internas peruanas relativas al etiquetado de alimentos conocido como “los octógonos” califican como reglamentos técnicos a la luz de la definición del anexo del Acuerdo OTC. En ese sentido, el Perú, como miembro de la OMC, debería haber cumplido con las obligaciones relativas a los reglamentos técnicos en la

⁸² *Ibid.*, punto 1.

⁸³ Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. *Dictan disposiciones reglamentarias al Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio en el ámbito de bienes y al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, en el ámbito de servicios, de la OMC*, Decreto Supremo N° 149-2005-EF, 8 de noviembre de 2005, artículo 1.

⁸⁴ Cottier, T., & Oesch, M. *International Trade Regulation. Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland. Cases, Materials and Comments*, Londres: Cameron May / Staempfli Publishers, 2005, p. 762.

⁸⁵ Congreso de la República del Perú. *Sesión del 02 de mayo de 2013*, 2 de mayo de 2013, p. 2.

materia. Sin embargo, en la práctica existen limitaciones en tanto algunas de las obligaciones son difíciles de cumplir en su totalidad.

Así, se identificó que, si bien el objetivo principal perseguido por los cuatro reglamentos técnicos peruanos sobre los octógonos fue a todas luces legítimo, además de contar con objetivos secundarios que también pueden ser entendidos así, es difícil demostrar que las medidas han sido propiamente necesarias y no restringieron más de lo necesario el comercio internacional. Esto se debe a la falta de estudios técnicos respecto a la necesidad de la medida, en tanto sí se tomaron en cuenta estudios científicos, pero fue solo respecto a la legitimidad del objetivo.

En relación con algunas otras limitaciones que se presentan para elaborar reglamentos técnicos previstas en el Acuerdo OTC, como son las obligaciones de aplicar normas internacionales pertinentes si las hay y de transparencia, hemos identificado que el Perú no cumplió de forma completa con ellas. Ello generó, en su momento, comentarios en contra de los actos del Perú por parte de otros miembros de la OMC; sin embargo, a la fecha ningún miembro ha elevado su desacuerdo jurídico con el Perú al nivel de una controversia a ser sometida a los mecanismos de solución de controversias de la OMC.

No obstante, el hecho de que los incumplimientos del Perú no hayan generado un efecto negativo en la práctica no significa que hubo un cumplimiento debido de las normas a las cuales el Perú se vinculó voluntariamente. Para evitar esta situación, es importante que los agentes del Estado peruano encargados de asesorar los procesos de elaboración de reglamentos técnicos tomen en cuenta este precedente para tener particular cuidado en evitar el incumplimiento de las normas sobre reglamentos técnicos del Acuerdo OTC.