

**Bases Jurídicas para la elaboración de políticas públicas de
promoción de la alimentación saludable**

**Informe elaborado para la Alianza Panamericana por la
Nutrición y Desarrollo (APND) en el marco del Proyecto de
Gestión de Conocimiento financiado por el F-ODM
Lima, Perú**

Juan Carballo

Junio de 2013

2. Perspectivas jurídicas para enfrentar las crónicas no transmisibles

Tabla de contenidos

2a. La intervención en salud desde una perspectiva de Derechos Humanos

- El respeto a la libertad individual o el principio de autonomía
- Grupos vulnerables y protección desde la perspectiva de Derechos Humanos
- Principio de no discriminación

2b. Fortalezas y debilidades de la autorregulación

2c. Las tensiones con los tratados comerciales y de protección de inversiones

- Los tratados internacionales de comercio
- La protección internacional de inversiones

2a. La intervención en salud desde una perspectiva de Derechos Humanos

El derecho a la salud es consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En el párrafo 1 de su artículo 25 se afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".¹

Considerando la discusión respecto al valor vinculante de este instrumento internacional, este derecho encuentra su consagración más relevante en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). El párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas "medidas que deberán

1 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.

adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho".²

Además, el derecho a la salud se reconoce en otros instrumentos de derecho internacional, entre ellos el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. A nivel regional, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), como intérprete oficial del PIDESC cumple una función fundamental a fin de interpretar qué se entiende y qué obligaciones trae aparejadas el derecho a la salud. En este rol, su perspectiva ha quedado planteada en la Observación General Número 14, justamente dedicada al artículo 12 del PIDESC. En este comentario, el CDESC marca claramente que el derecho a la salud no puede ser entendido sólo respecto a la atención de enfermedades. De acuerdo al Comité, “el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”.³ Se entiende, entonces, que el derecho a la salud sólo podrá garantizarse en la medida en que se lo enfoque de manera integral. En este mismo comentario el Comité establece qué es exigible a los Estados desde esta perspectiva.

2 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Artículo 12.

3 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General No. 14., Ginebra, 2000, E/C.12/2000/4 (22º período de sesiones), p. 4.

El derecho a la salud impone tres tipos de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de afectar directa o indirectamente el goce del derecho a la salud (por ejemplo, la negación de acceso igual a servicios de salud preventivos). La obligación de proteger, la más relevante a los fines de esta publicación, requiere que los Estados adopten todas las medidas necesarias a los fines de impedir que terceros afecten el goce al derecho a la salud de ciertas personas (por ejemplo, como se desarrollará la existencia de marcos regulatorios débiles que permiten que industrias como la tabacalera o alimenticia, lleve adelante prácticas que afectan el derecho a la salud de ciertas personas). Por último, la obligación de cumplir, de un contenido más abarcativo, requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud (es decir, que se le importancia en el esquema normativo de cada Estado, creando mecanismos para hacer este derecho efectivo).

Como se dijera, la obligación de proteger es la más relevante a los fines de la presente publicación en la medida en que exige una acción activa por parte del Estado para regular a conducta de terceras personas que afectan el derecho a la salud de otras. El Comité explica directamente cómo se configuraría una violación, recurriendo incluso al ejemplo de la inadecuada regulación de la industria alimenticia. Así, la omisión de adoptar las medidas necesarias para proteger adecuadamente el derecho a la salud de la población respecto del accionar de terceros implica una violación de la obligación de proteger. El CDESC presenta algunos ejemplos que configurarían violaciones al referirse a “omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos”.⁴ Como se observa, el propio Comité del PIDESC exige que el Estado regule el accionar de fabricantes de

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General No. 14., Ginebra, 2000, E/C.12/2000/4 (22º periodo de sesiones), p. 51.

alimentos, consciente de su fuerte vinculación con el derecho a la salud.

El respeto a la libertad individual o el principio de autonomía

Las enfermedades crónicas no transmisibles, como se viera en el primer apartado, están directamente vinculados con hábitos insalubres, que son promovidos por una serie de actores privados, que se benefician con la masificación de estos hábitos que tienen impacto directo en la calidad de vida y en la salud de las personas. Este contexto implica un escenario delicado para las intervenciones estatales. Por un lado, el Estado, respondiendo a la obligación de proteger, se ve forzado a tomar medidas que regulen el a terceras personas como la industria alimenticia, cuyas acciones afectan directamente el derecho a la salud. Por el otro lado, el Estado promueve hábitos saludables y facilita la toma de ese tipo de decisiones por parte de la población, aunque no llega al límite de imponerlas, respetando la libertad individual. Esta libertad individual o principio de autonomía es también un punto relevante para el análisis de este tipo de intervenciones desde una perspectiva de derechos humanos.

Teniendo en cuenta que los instrumentos internacional ordenan directamente la regulación de terceras personas que afecten el derecho a la salud, corresponde dedicarse al segundo punto, el de los límites impuestos por la libertad individual o el principio de autonomía, lo que se suele discutir como la viabilidad y los límites del paternalismo. Un filósofo destacado, como Carlos Nino, por ejemplo, plantea que algunas medidas de contenido paternalista pueden ser compatibles con el principio de autonomía en tanto "promuevan y no menoscaben la libertad de elección de formas de vida, proveyendo la información que pueda resultar relevante (como la que se refiere a los daños del consumo de tabaco)"⁵ En el mismo sentido, Garzón Valdez afirma la existencia de un principio de paternalismo jurídico, no sólo moralmente permisible sino incluso ordenado, "como un medio eficaz para la reducción de desigualdades"⁶. Considerando el mayor impacto de

5 Nino, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1995, p. 2.

6 Garzón Valdez, Ernesto, "Es éticamente justificado el paternalismo jurídico", en *DOXA*, 5, 1998, p. 170.

las enfermedades crónicas no transmisibles en los sectores de menores ingresos, se justificaría aún más la intervención del Estado.

Este tipo de razonamiento es el que ha utilizado, por ejemplo, la Corte Constitucional Colombiana para decidir un caso en el que se discutía la constitucionalidad de una prohibición integral de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, lo cual busca limitar la exposición de la población a acciones que promuevan decisiones que afectan su salud pero sin llegar al extremo de prohibir esos productos, ni la decisión individual de consumirlos. La Corte concluye que esta prohibición implica el establecimiento de un tipo de “mercado pasivo”. Entiende que, “no es pues contradictorio, ni en sí mismo viola la Carta, que la ley prohíba la publicidad comercial a una actividad, que es legal, puesto que es válido que las autoridades establezcan distintas formas de “mercado pasivo” para aquellas ocupaciones que son toleradas, pero que la sociedad juzga necesario desestimular.”⁷

Este tipo de planteos se encuentran en discusión al analizar las intervenciones estatales que tienen en consideración los desarrollos de investigaciones sobre la conducta humana. Desde esta perspectiva, hay quienes entienden que promover cierto tipo de decisiones (a través de ofrecer mayor información o facilitar el acceso a determinado productos considerados saludables) implicaría una excesiva intervención de parte del Estado⁸. Sin embargo, no se superaría ese límite en la medida que no haya imposiciones de decisiones individuales⁹. Desde una perspectiva de Derechos Humanos, en la medida en que se respete la autonomía individual para tomar la decisión, el Estado puede recurrir a este tipo de intervenciones, que de hecho pretenden equilibrar un campo en el que las personas han sido expuestas a masivas y sistemáticas estrategia de promoción de hábitos no saludables.

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-830/10, Referencia: expediente D-8096, 20 de Octubre de 2010, p. 13.

8 Salazar, Alberto, “Libertarian Paternalism and the Danger of Nudging Consumers”, 2011, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1973397>

9 Amir , On y Orly Lobel, “ Liberalism and Lifestyle: Informing Regulatory Governance with Behavioural Research ”, Legal Studies Research Paper Series , Research Paper No. 12-094, September 2012, disponible en <http://ssrn.com/abstract= 2145040>

Grupos vulnerables y protección desde la perspectiva de Derechos Humanos

Desde una perspectiva de derechos humanos, se entiende que aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, son mercederos de una especial protección por parte del Estado. Se han considerado grupos vulnerables, por ejemplo a niños y niñas, mujeres, poblaciones indígenas, minorías raciales o incluso a sectores con menos recursos económicos.

Uno de los grupos vulnerables que más protección ha motivado es precisamente el de niños y niñas, que como se verá motiva algunas políticas especiales en materia de promoción de la alimentación saludable. En el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño se recuerda la Declaración de Derechos del Niño que establecía que " el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal"¹⁰. La idea de que los niños necesitan de protecciones especiales es el fundamento mismo de este tratado, que además establece el criterio general de interpretación en su artículo 3 al plantear que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño"¹¹.

El Comentario General 14 del CDESC también ha hecho referencias a algunas particularidades del derecho a la salud respecto de niños y niñas, incluyendo algunas menciones sobre alimentación adecuada:

- "La aplicación del principio de no discriminación requiere que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a una alimentación adecuada. (...) Es preciso dar a los niños con discapacidades la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de su comunidad."¹²

10 Convención sobre los Derechos del Niño, Noviembre de 1989, Preámbulo.

11 Convención sobre los Derechos del Niño, Noviembre de 1989, Artículo 3.

12 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General No. 14., Ginebra, 2000, E/C.12/2000/4 (22º periodo de sesiones), p. 22.

- “Los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud”¹³.

Además de estas referencias al vínculo entre salud y alimentación en niños y niñas, el creciente problema de la obesidad infantil ha sido motivo de recomendaciones por parte de órganos de monitoreo de derechos humanos. Así, el Comité de Derechos del Niño plantea que debe restringirse 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”. Incluso sugiere una política específica al respecto al plantear que “debe controlarse la comercialización de estas sustancias, especialmente cuando sus destinatarios son niños, así como su disponibilidad en las escuelas y otros lugares”.¹⁴ Asimismo, resalta la importancia del acceso a la información para promover decisiones saludables en cuanto a su alimentación. El Comité especifica que “la información en materia de salud ha de ser accesible físicamente, comprensible y adecuada para la edad y el nivel de estudios de los niños”¹⁵ y que la misma debe incluir aquella relativa a “los hábitos alimenticios saludables”¹⁶.

El Comité incluso hace referencia concreta al sector privado al plantear que “los Estados deben imponer a las empresas la obligación de ejercer la diligencia debida en relación con los derechos del niño. Con ello, las empresas comerciales determinarán, prevendrán y mitigarán sus efectos negativos en el derecho del niño a la salud, en particular en el marco de sus relaciones comerciales y de todo

13 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General No. 14., Ginebra, 2000, E/C.12/2000/4 (22º período de sesiones), p. 23.

14 Comité para los Derechos del Niño, Observación general Nº 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, p. 47

15 Comité para los Derechos del Niño, Observación general Nº 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, p. 58

16 Comité para los Derechos del Niño, Observación general Nº 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, p. 59

tipo de operación de alcance mundial”¹⁷. Finalmente, especifica este enfoque para la industria alimenticia al plantear que las empresas privadas deberán “limitar la publicidad de los alimentos energéticos con bajo contenido en micronutrientes y de las bebidas con alto contenido en cafeína u otras sustancias de posibles efectos nocivos para el niño; y abstenerse de anunciar, comercializar y vender a los niños tabaco, alcohol y otras sustancias tóxicas o de hacer uso de imágenes de niños”¹⁸.

Es importante, asimismo, destacar que estos temas también son analizados desde la óptica del derecho humano a la alimentación. Así, el relator de Naciones Unidas para el derecho a la alimentación ha marcado la relevancia de esta situación al afirmar que “en la actualidad, las prácticas de comercialización de la industria agroalimentaria, especialmente en lo que concierne a las dirigidas a los niños, son objeto de especial preocupación. Son muy variadas, como publicidad televisiva, publicidad indirecta, asociaciones de promoción, promociones de ventas y publicidad directa en las escuelas, entre otros. La mayoría de la publicidad anuncia alimentos poco saludables, de gran contenido calórico, azúcares y grasas, y bajo en nutrientes.”¹⁹

Principio de no discriminación

Según el artículo 2.2 del PIDESC, los Estados partes deben garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por diversos motivos (como raza, color, sexo, idioma, entre otros) e incluyendo la posición económica. En la ya citada Observación General 14, el CDESC afirma que “el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y

17 Comité para los Derechos del Niño, Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, p. 80

18 Comité para los Derechos del Niño, Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 2013, p. 81

19 Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Consejo de Derechos Humanos, 19o período de sesiones, A/HRC/19/59, p. 36

derechos para conseguirla”²⁰. El Comité concluye de manera clara afirmando que “incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo”.²¹

Entonces, en la medida en que los grupos más pobres son quiénes más sufren el peso de las enfermedades crónicas no transmisibles, se refuerza más la obligación del Estado de intervenir para evitar ese impacto desigualitario en la salud de su población. Esta perspectiva se fortalece en la medida en que muchas de las políticas que se analizarán en la presente publicación no tendrían un alto costo, por lo que aún en contextos de escasos recursos públicos se mantiene la obligación de desarrollar políticas para promover una alimentación saludable. Asimismo, este tipo de tipo de intervenciones preventivas tiene son consideradas altamente costo-eficientes en la medida en que ahorran costos a los sistemas de salud.

2b. Fortalezas y debilidades de la autorregulación

En el ámbito de las políticas de promoción de alimentación saludable, así como en otras en las que hay múltiples intereses en juego, se presenta la discusión de si el enfoque adecuado es el de reforzar la regulación o el de apelar a la autorregulación y a los compromisos voluntarios del sector privado. Desde una perspectiva de derechos humanos, es importante plantear que el principal obligado es el Estado y no puede abdicar de esa responsabilidad de ninguna manera. Si el Estado decide promover compromisos voluntarios o confía en la autorregulación, el incumplimiento de los mismos configurará una situación de incumplimiento con obligación de proteger el derecho humano a la salud de su población.

La autorregulación y los compromisos voluntarios no han, en general, no han

20 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General No. 14., Ginebra, 2000, E/C.12/2000/4 (22º período de sesiones), p. 18

21 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General No. 14., Ginebra, 2000, E/C.12/2000/4 (22º período de sesiones), p. 18.

obtenido resultados satisfactorios. En el ámbito de la alimentación, es célebre el caso del “Código de comercialización de sucedáneos de leche materna” que fue adoptado por la 34 Asamblea Mundial de la Salud en 1981 como "un requerimiento mínimo" para proteger adecuadamente la salud.²² Este documento, además de su aprobación por la Asamblea Mundial de la Salud, fue motivo de un compromiso internacional por parte de la International Association of Infant food Manufacturers (IFM), asociación que nuclea a numerosas compañías del sector. A pesar de ese antecedente, son múltiples los reportes de violaciones del mismo. La introducción del último informe de la International Baby Food Action Network (IBFAN) afirma, por ejemplo, que la implementación del Código es irregular, aún cuando 67 de 197 países relevados han convertido el Código en ley.²³ En su informe de 2010, IBFAN describía la complejización de las prácticas de marketing de la industria, que incluyen el patrocinio de eventos académicos vinculados a la nutrición infantil, la promoción a través de los sistemas de salud, de profesionales de la salud y de asociaciones médicas o la utilización de etiquetas engañosas, todas prácticas que vulneran el Código. Asimismo, afirma que sólo legislación efectiva adecuadamente implementada puede evitar que una competencia desleal de las fórmulas infantiles contra la leche materna.²⁴

Respecto a las discusiones de políticas para promover una alimentación saludable, la industria alimenticia ha respondido por ejemplo, creando asociaciones como Americans Against Food Taxes o Center for Consumer Freedom, que se oponen a las políticas de regulación en este ámbito. Al mismo tiempo, generan compromisos públicos de cumplir con estándares contrarios a las recomendaciones basadas en evidencia científica. Un ejemplo de esta práctica la constituye los criterios de “Mejor para ti” (“Better for You”) promovido por el Consejo del Better Business Bureaus; alimentos publicitados ampliamente entre niños (como cereales con alto contenido de azúcar), a pesar de sus probados

22 WHA 34.22,1.

23 IBFAN, “Complying with the International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes and subsequent WHA resolutions. A Guide for Regulators and Compliance Staff”, 2012.

24 IBFAN, “Breaking de rules, stretching de rules”, 2012.

impactos negativos en la salud, cumplen con esos estándares.²⁵

Desde la academia, se afirma que son los gobiernos y particularmente las agencias públicas de salud quienes deben fijar los objetivos de las políticas de salud. Una vez que esos objetivos estén fijados, siguiendo a Corina Hawkes²⁶, corresponde plantearse tres preguntas para analizar posibles interacciones colaborativas con el sector privado:

- ¿La decisión de vincularse con la industria alimenticia va a conseguir que se alcance el objetivo más rápida o más eficientemente?
- ¿Los intereses involucrados van a fortalecer o van a debilitar la probabilidad de alcanzar los objetivos específicos de salud pública así como otros objetivos de salud pública más a largo plazo?
- Si la interacción es viable ¿qué tipo de vínculo va a alcanzar más efectivamente el objetivo dando cuenta de los diferentes intereses en juego?

De acuerdo a esta investigadora, sólo un análisis riguroso de esas preguntas podría generar resultados satisfactorios desde una perspectiva de salud pública.

El relator de Naciones Unidas para el derecho a la alimentación tiene una posición aún más fuerte al entender que la autorregulación. En su informe de 2011, luego de abogar por la aplicación legal del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna y de las resoluciones posteriores de la Asamblea Mundial de la Salud exige “medidas más audaces” en contra de “las prácticas de comercialización de la industria alimentaria“, afirmando que “se ha demostrado la ineficacia de la autorregulación de la industria agroalimentaria”.²⁷

En esta misma categoría pueden entrar los numerosos esfuerzos de compañías

25 Koplan, Jeffrey P. y Kelly D. Brownell, “Response of the Food and Beverage Industry to the Obesity Threat”, JAMA, October 6, 2010—Vol 304, No. 13

26 Hawkes, Corina, “Public health sector and food industry interaction: it’s time to clarify the term ‘partnership’ and be honest about underlying interests”, European Journal of Public Health, Vol. 21, No. 4, 400–403

27 Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Consejo de Derechos Humanos, 19o período de sesiones, A/HRC/19/59, p. 41.

por desarrollar actividades enmarcadas en la denominada “responsabilidad social empresaria (RSE)”. Considerando la falta de universalidad y sistematicidad de los enfoques de RSE de diversas empresas, es difícil esperar cambios positivos frente a amenazas tan generalizadas como las que configuran las enfermedades crónicas no transmisibles. Al mismo tiempo, se ha evidenciado que las acciones calificadas como de RSE de algunas empresas, son en realidad estrategias de marketing indirectas y que al mismo tiempo obstruyen el desarrollo de políticas públicas basadas en evidencia científica.²⁸

La Directora General de la OMS ha planteado sus preocupaciones respecto a los esfuerzos para prevenir enfermedades crónicas no transmisibles y las vinculaciones con el sector privado. Así, ha expresado que los esfuerzos para prevenir enfermedades crónicas no transmisibles va en contra de intereses comerciales de actores muy poderosos, comparando a la industria del tabaco, con la de la alimentación, las bebidas azucaradas y las bebidas alcohólicas. La Directora General ha hecho referencia a investigaciones que demuestran la semejanza de las tácticas de estas industrias, que incluyen la creación de grupos de fachada, cabildeo, promesas de autorregulación e investigaciones aparentemente científicas dirigidas por la propia industria para confundir y mantener al público en duda.²⁹

En este contexto, en vistas de la magnitud del impacto en la salud de las enfermedades crónicas no transmisibles y del perfil y los antecedentes del sector privado en este ámbito la opción de regulación aparece como la más adecuada para asegurar un adecuado nivel de protección de la salud. Asimismo, es importante recordar que desde la perspectiva de derechos humanos, la obligación de proteger la salud se mantiene vigente en todo momento, siendo el Estado el responsable último por el cumplimiento de la misma.

28 Fooks , Gary, ”The Limits of Corporate Social Responsibility: Techniques of Neutralization, Stakeholder Management and Political CSR ”, J Bus Ethics (2013) 112:283–299 DOI 10.1007/s10551-012-1250-5

29 Chan, Margaret, Opening address at the 8th Global Conference on Health Promotion, Helsinki, Finland, 10 June 2013 http://www.who.int/dg/speeches/2013/health_promotion_20130610/en/#

2c. Las tensiones con los tratados comerciales y de protección de inversiones

Como ha sido planteado recientemente por la Directora General de la OMS, en los últimos años ha habido un crecimiento del protagonismo de normas de protección del comercio e inversiones internacionales respecto de políticas de salud públicas.³⁰ El ámbito en el que más se ha dado esta interrelación ha sido el del control de tabaco. La industria tabacalera, con el apoyo de diferentes gobiernos, ha buscado discutir ciertas políticas de salud pública en ámbitos vinculados a la protección del comercio y de las inversiones, con el objetivo de debilitar los argumentos de salud. Este tipo de planteos comienza a escucharse respecto de políticas para promover alimentación saludable, por lo cual es pertinente realizar una serie de comentarios.

Los tratados internacionales comerciales y de inversiones están diseñados para favorecer, respectivamente, el libre comercio y las inversiones. Las medidas de protección de la salud pueden ser compatibles con esos tratados, más allá de que tengan algún impacto tanto en el comercio internacional como en las inversiones. A continuación se harán algunas breves referencias separando lo concerniente a la normativa internacional de comercio y a la de protección de inversiones.

Los tratados internacionales de comercio

La protección del comercio a nivel internacional se realiza a través de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y de sus diversos acuerdos. La OMC fue creada en 1995 para monitorear una serie de acuerdos que obligan a los Estados miembros a liberalizar el comercio. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT, por su nombre en inglés) obliga a cada Estado miembro de la OMC a no imponer tarifas aduaneras a la importación de bienes por encima de las tasas obligatorias. Este tratado ha sido complementado con una serie de instrumentos internacionales para restringir la capacidad de los Estados miembros de crear barreras no tarifarias al comercio.

³⁰ Chan, Margaret, Opening address at the 8th Global Conference on Health Promotion, Helsinki, Finland, 10 June 2013 http://www.who.int/dg/speeches/2013/health_promotion_20130610/en/#

El sistema organizado en la OMC impone a todos sus miembros la aceptación de la totalidad de sus acuerdos, y los países no pueden optar por excluir algunos acuerdos. Este punto explica la enorme complejidad de las negociaciones, ya que ventajas y desventajas se van compensando en diferentes ámbitos. Actualmente, la OMC está formada por 159 Estados miembros más 25 Estados con carácter de observador. Así, nuclea a gran parte del mundo y por ello las decisiones y discusiones que se desarrollan tienen impactos globalmente. A los fines de resolver posibles conflictos entre partes, la OMC generó un sistema de resolución de controversias ante el cual los Estados partes afectados por decisiones de otros Estados partes pueden presentar sus quejas.

Como se dijo, las políticas de salud pública pueden afectar el comercio internacional aunque eso no implicaría necesariamente una violación a los acuerdos de la OMC. A los fines de no sobredimensionar las limitaciones en los tratados comerciales internacionales es importante hacer una aclaración respecto al deber de notificación y prestar atención a dos principios básicos de la OMC: el principio de no discriminación y el principio de necesidad.

En cuanto al deber de notificación, el mismo no debe ser confundido con una obligación de consultar o con la obligación de conseguir un “visto bueno” por parte de la OMC o de sus miembros. Siguiendo textualmente la normativa, “las partes contratantes se comprometen además, en todo lo posible, a notificar a las PARTES CONTRATANTES la adopción de medidas comerciales que afecten a la aplicación del Acuerdo General, quedando entendido que, en sí misma, la notificación no prejuzgará las opiniones sobre la compatibilidad o la relación de las medidas con los derechos y obligaciones dimanantes del Acuerdo General”.³¹

Como se observa en la propia lectura, la notificación no implica un proceso para asegurar la conformidad con las normas de la OMC y depende del criterio de cada Estado Parte, que es apoyado por una lista indicativa adoptada en 1994, entre cuyas medidas no figuran, por ejemplo, regulaciones sobre empaques de

31 Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, Adoptado el 28 de noviembre de 1979 (L/4907), art. 2.

productos alimenticios.³² Incluso la propia normativa establece la posibilidad de realizar la notificación con posterioridad a que la medida haya sido implementada.³³ Además, es importante hacer notar que esta obligación no tiene prevista sanciones ante su incumplimiento, con lo cual la práctica ha debilitado su aplicabilidad, más allá de que en discusiones de políticas de salud pública ciertos sectores la planteen como una obligación inexcusable o que modifiquen su contenido llevándola al deber de conseguir la conformidad previa por parte de la OMC.

Por otra parte y como se dijo con anterioridad, es importante hacer algunas referencias a dos principios clave. En primera instancia, el principio de no discriminación implica que las medidas en análisis no deben tratar menos favorablemente los productos importados que los productos nacionales similares. Por una parte, este principio prohíbe aquellas medidas que discriminan directamente o en la estructura de la medida (como establecer advertencias sanitarias para alimentos importados de X país). Asimismo, este principio también prohíbe las medidas que tienen un efecto discriminador, a pesar de que su estructura no sea claramente discriminadora (como establecer advertencias sanitarias para X productos, cuando la mayoría de esos productos provengan de una importación de otro país). Por ejemplo, en “Estados Unidos – Medidas que afectan la producción y venta de Cigarrillos de Clavo”, una ley estadounidense que prohibió la inclusión de aditivos en los productos de tabaco, exceptuando a los mentolados fue considerada violatoria del principio de no discriminación de acuerdo al artículo 2.1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, otro de los acuerdos de la OMC. Indonesia argumentó exitosamente que el efecto de la ley era tratar menos favorablemente a los cigarrillos de clavo (producidos principalmente en Indonesia) que a los cigarrillos mentolados (producidos principalmente en Estados Unidos), lo que en la práctica significaba una discriminación. Entonces, el límite impuestos por este principio busca evitar impactos en el comercio de bienes de ciertos países, lo cual no se generaría con

32 Decisión relativa a los procesos de notificación, OMC, Ronda de Uruguay, 1994, Anexo

33 Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, Adoptado el 28 de noviembre de 1979 (L/4907), art. 3.

la adopción de políticas de salud pública generales y sistemáticas.

El segundo principio relevante es el de necesidad, que cumple un rol importante en todos los acuerdo de la OMC . En el artículo XX del GATT 1994, por ejemplo, se establece una excepción para medidas necesarias para proteger la salud o la vida humana. El artículo 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio crea la obligación de asegurar que las regulaciones técnicas, tales como las regulaciones de productos y las medidas de empaquetado y etiquetado, no sean más restrictivas al comercio de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, como es la protección de la salud humana. Dentro del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS por su nombre en inglés) existen flexibilidades que permiten a los Estados miembros de la OMC implementar sus obligaciones de acuerdo a su propio sistema legal y sus propias prácticas. Como lo destaca la Declaración de Doha sobre TRIPS y Salud Pública, “el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública”.³⁴

Aunque el concepto de necesidad se puede aplicar de forma ligeramente diferente en los distintos acuerdos abarcados por la OMC, hay algunos conceptos aplicables a todos los acuerdos.³⁵ Primero, los Estados miembros de la OMC tienen derecho a determinar autónomamente el nivel de protección de la salud que desean promover en su territorio. Segundo, al determinar si una medida es necesaria, un panel de la OMC (primera instancia en el proceso de resolución de controversias) puede juzgar y contrastar la contribución de una medida al objetivo de protección de la salud contra el grado en que esa medida restringe el comercio. Tercero, los paneles de la OMC pueden examinar si hay medidas alternativas razonablemente disponibles que serían menos restrictivas al comercio. Esas medidas deberán ser capaces de alcanzar el objetivo de protección de la salud establecido por el Estado miembro, deben estar razonablemente disponibles (en términos de factibilidad y de costos, por ejemplo)

34 Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, 20 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/2

35 Este análisis se toma de la publicación “Manual para desarrollar legislación para el control del tabaco en la Región de las Américas ”, Washington, DC, OPS, 2013. Ver sección 1.5.

y deben ser alternativas reales y no simplemente medidas complementarias. Finalmente, las medidas no pueden aplicarse de una manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional.

La protección internacional de inversiones

Los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), que son usualmente acuerdos bilaterales entre dos Estados, posibilitan a inversores extranjeros (en general grandes compañías) presentar quejas referidas a la protección de inversiones directamente contra el Estado. A través de estos instrumentos, se genera una instancia de solución de controversias formalmente horizontal entre Estados y compañías separada de los mecanismos internos para resolver conflictos como los procedimientos judiciales. Estas quejas presentadas en el marco de los AII son decididas por un panel de árbitros nombrado especialmente para cada caso en discusión. El AII en cuestión es la ley aplicable, que puede tener vinculaciones con otras normativas variando en cada acuerdo.

Los AII otorgan a los inversores extranjeros una protección contra la expropiación de sus derechos de propiedad y en general contra un tratamiento injusto o inequitativo, que puede variar en cada caso. Los sistemas de resolución de controversias en este ámbito se enfocan en el establecimiento de compensaciones monetarias por aquellas decisiones estatales que hayan afectado los intereses de la compañía, en violación de lo convenido en el AII.

Es importante hacer una aclaración respecto a la protección de la propiedad, que incluye la protección de marcas, punto usualmente en tensión al analizar posibles políticas de etiquetado de productos alimenticios. La protección de las marcas tiene un doble enfoque que en realidad no se ve afectado por este tipo de políticas; por un lado, la habilitación de sistemas que posibiliten la registración de marcas comerciales. Por el otro, la posibilidad de excluir a terceros del uso indebido de las marcas registradas, lo cual se vincula con el objetivo de evitar confusiones entre los destinatarios de esos bienes. En realidad, las políticas de

regulación de etiquetado no impactan en ninguno de estos puntos centrales por lo que la afectación al derecho a la propiedad es más bien leve.

Considerando que los AII son bilaterales y en la actualidad hay una inmensa cantidad, es difícil hacer generalizaciones como las que se hizo respecto al sistema legal de la OMC. Sin embargo, existen una serie de principios básicos que deben tenerse en cuenta al momento de desarrollar políticas de salud.³⁶ Primero, al momento de desarrollar políticas de salud para promover alimentación saludable, los Estados deben asegurarse que esas medidas sólo restrinjan los derechos de propiedad en la medida en que sea necesario para alcanzar un objetivo de salud pública concreto (asegurando que las medidas sean proporcionadas al objetivo en cuestión). Segundo, los Estados no deben crear ningún tipo de expectativa legítima de que los inversores no estarán sujetos a la reglamentación en cuestión. Esto incluye expresiones realizadas a través de declaraciones públicas o privadas así como acuerdos con compañías. Tercero, los Estados deben asegurar el cumplimiento de los principios de debido proceso y juez natural ante eventuales reclamos por decisiones estatales que podrían afectar derechos de compañías. Por último, los Estados deben asegurarse que las medidas no sean discriminatorias, entendidas como aquellas que afectan arbitrariamente a una compañía comparación con otras en similares situaciones. Siguiendo estos principios básicos se reducirán considerablemente los riesgos de incumplir los AII y, consecuentemente, de encontrarse en la obligación de indemnizar por daños.

Como puede observarse, tanto respecto de los tratado internacionales de comercio como respecto de la protección internacional de la inversión, la evidencia científica que apoya las medidas de salud pública cumplen un rol fundamental. Estos tratados no impiden que los Estados establezcan sus propias prioridades, niveles de protección y consecuentes políticas en materia de salud pública pero exigen que esas políticas tengan un respaldo que las justifiquen. En

³⁶ Este análisis se toma de la publicación “Manual para desarrollar legislación para el control del tabaco en la Región de las Américas”, Washington, DC, OPS, 2013. Ver sección 1.5.

el contexto descrito anteriormente, con un avance alarmante de las enfermedades crónicas no transmisibles y de su impacto en la salud a nivel global, no es sólo posible sino incluso necesario desde una perspectiva de derechos humanos que los Estados desarrollen políticas públicas para proteger adecuadamente la salud de sus poblaciones.