



MAPEO Y ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA INDUSTRIA ALIMENTARIA EN CONTRA DE LAS LEYES DE ETIQUETADO FRONTAL DE ALIMENTOS EN AMÉRICA LATINA

Agosto 2023



I. INTRODUCCIÓN

El etiquetado frontal de advertencias de los productos comestibles y bebidas analcohólicas que presentan exceso de nutrientes críticos es una herramienta sencilla, práctica y altamente eficaz para brindar información clara a la población acerca de aquellos productos que pueden representar riesgos para la salud, al tiempo que orienta las decisiones de compra^{1,2}.

Sin embargo, la industria alimentaria se ha opuesto, bloqueado e interferido en la sanción de este tipo de normativa. En aquellos países donde se ha logrado avanzar con medidas efectivas de etiquetado frontal de advertencias de productos alimenticios, la industria ha recurrido a los tribunales de justicia para frenar la implementación de estas normativas, de igual forma que años anteriores lo ha realizado la industria tabacalera.

2

En este marco, este documento explora argumentos utilizados por las compañías de productos alimenticios contra las políticas de salud de Chile, Uruguay, México y Perú, y las respuestas de los Estados. Nuestro objetivo es brindar herramientas que aseguren la defensa legal de las políticas en otros países, tomando como ejemplo lo que ha sucedido anteriormente. Asimismo, se han sumado otros argumentos de salud pública y control de tabaco, que también pueden ser utilizados por los Estados.

1 Allemandi, L., Castronuovo, L., Tiscornia, M. V., Guarneri, L; Martins E. Influence over purchase intent and perception of healthiness in three processed food categories: comparison of three front-of-pack nutrient labels and presence of nutrient claims. 2019.

2 FIC Argentina. Políticas para promover un etiquetado frontal en alimentos y bebidas: recomendaciones para Argentina. Disponible en: https://www.ficargentina.org/wp-content/uploads/2021/03/2103_policy_fop.pdf

II. ARGUMENTOS DE LA INDUSTRIA

En este apartado se analizarán los argumentos de la industria alimentaria, las respuestas de los Estados y nuevos argumentos basados en evidencia científica y los marcos legales de derechos humanos y defensa al consumidor. Estos últimos provienen tanto de un análisis de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de Comercio internacional, como del análisis de sentencias de tribunales en cuyos casos se analizó la legalidad de otras políticas de salud pública, como son las de control de tabaco.

Argumento 1: Propiedad intelectual y marca registrada



La ley de etiquetado en Chile prohíbe a las empresas comercializadoras de productos alimenticios que tengan, al menos, un sello la utilización de personajes animados en sus paquetes cuando sean asociadas y/o dirigidas particularmente al público infantil. Ante tal regulación, la industria argumentó que el uso de estos personajes responde a un “derecho legítimo” en tanto, la propiedad intelectual no sólo protege su marca, sino que también las figuras asociadas a ella.³ También en México, dos empresas⁴ argumentaron que la norma que regula el etiquetado (NOM-051)⁵ prohibió la utilización de las marcas legalmente reconocidas, ya que tampoco permite la utilización de personajes si el alimento o la bebida poseía sellos.⁶

Puntualmente en Chile, en el caso “*KELLOGG COMPANY / SECRETARIA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD REGIÓN METROPOLITANA*”, la industria sostuvo que la ley de etiquetado violaba su derecho a la propiedad intelectual y genera una

3 El Tigre Tony y el Tucán Sam en el caso de Kellogg´s, y el perro de Chocapic de Nestlé.

4 Casos 1035/2020 y 694/2021.

5 NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-051-SCFI/SSA1-2010, ESPECIFICACIONES GENERALES DE ETIQUETADO PARA ALIMENTOS Y BEBIDAS NO ALCOHOLICAS PREENVASADOS-INFORMACION COMERCIAL Y SANITARIA. DISPONIBLE EN: https://www.dof.gob.mx/normasOficiales/4010/see-co11_C/seeco11_C.htm

6 Casos El corazón del fruto S.A. de C.V. (Barrilitos) y Santa Clara.

contradicción con la ley de propiedad industrial que reconoce la propiedad de la marca.⁷ Asimismo se esgrimieron argumentos respecto del tamaño de la advertencia, reconociendo *“una afectación en el sentido de lo intrusivo que son los sellos respecto de la propiedad intelectual que hay, por sobre los aspectos marcarios, y que son relevantes para un productor”*.⁸

Otro argumento utilizado para rechazar la legitimidad de una política de etiquetado frontal en Chile fue esgrimido en la causa *“EVERCRISP SNACK PRODUCTOS DE CHILE SA CON FISCO DE CHILE”*, donde la industria señaló que la medida *“afecta el derecho de propiedad de su representada, ya que prohíbe el ejercicio de la facultad natural de una marca comercial, consistente en distinguir productos en el mercado, traducándose esto en un acto expropiatorio.”*⁹

También en Perú, la industria se opuso a las políticas de rotulado. En la denuncia *“Pérez Señor contra el Ministerio de Salud”*, presentada ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, la industria alimentaria denunció las exigencias de tamaño y ubicación, tanto de los sellos que deben colocarse en los envases como los que corresponden a las publicidades en medios audiovisuales y radiales, como lo son la exigencia de consignar las advertencias publicitarias en la zona superior derecha de la cara frontal de la etiqueta del producto; la exigencia de que dichas advertencias deban ser consignadas en un área de hasta el 15% del tamaño del anuncio en la publicidad, que los sellos queden fijos durante un tiempo proporcional a la duración de la publicidad y que la velocidad de la advertencia en los medios radiales presente la misma velocidad y ritmo que el anuncio, entre otras. La industria ha encuadrado estas imposiciones como barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad¹⁰ *“La medida limita de forma absurda la creatividad*

4

7 KELLOGG COMPANY / SECRETARIA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD REGIÓN METROPOLITANA; Corte de Apelaciones de Santiago; 2016. Consultado en: <https://corte.pjud.cl/SITCORTE-PORTAL/>

8 “Las advertencias de los packs sí afectan la propiedad intelectual de las marcas”; Asociación Chilena de Publicidad. Disponible online en: <http://www.achap.cl/las-advertencias-los-packs-afectan-la-propiedad-intelectual-las-marcas/>

9 EVERCRISP SNACK PRODUCTOS DE CHILE SA CON FISCO DE CHILE; 2do Juzgado Civil de Santiago; 2017. Disponible online en: <https://www.adnradio.cl/docs/201808202b22233.pdf>

10 RESOLUCIÓN-Nº-072-2020-CEB-INDECOPI - En los autos caratulados: ESTEBAN ALFREDO PEREZ SENOR c/ MINISTERIO DE SALUD. Epte: 000256-2019- CEB

de las agencias de publicidad de productos alimenticios (...) imponer de manera arbitraria formas y colores para las advertencias publicitarias... sin que exista sustento racional alguno (...) nos encontramos ante una barrera burocrática ilegal e irracional”.

Por su parte, en “*Rafael Tejera en representación de Sucesión Carlos Schneck - Recurso de Reposición contra Decreto 272/2018*” tramitado ante los tribunales uruguayos, la industria indica que la normativa “*afecta a la propiedad, a la libertad de la industria, comercio y profesión las cuales sólo pueden ser limitadas por “leyes de interés general”*”¹¹. Fundamentado su pretensión en los artículos 37 y 7 de la Carta Magna que reconoce la libertad de empresa y el derecho a la libertad en sentido amplio. En la misma línea se expresa la industria en *Establecimientos Juan Sarubbi S.A - recurso de revocación contra el decreto del Poder ejecutivo No 272/2018*, denunciando que se limita por medio de un acto administrativo, derechos constitucionales fundamentales como son el derecho a la propiedad, a la libertad de industria y de comercio.

5

Respuestas

En primer lugar, tanto la norma Mexicana (NOM-051) como la ley chilena no imponen una prohibición de usar marcas, sino una restricción sujeta a una condición. En el caso mexicano, el argumento del juez descansa en la premisa de que el numeral 4.1.5. establece una prohibición de usar marcas. Tal argumento no resultaría válido debido a que lo que se establece es una condición para que las empresas puedan hacer uso de dichos signos. Así, si los productos no contienen sellos o leyendas de los establecidos en dicha norma, las empresas pueden usar libremente elementos publicitarios.¹²

En el caso del argumento utilizado por las empresas en Chile sobre marca registrada, no obstante lo esgrimido por las empresas, se ha reconocido judicialmente que, debido a que el paquete

¹¹ Rafael Tejera en representación de Sucesión Carlos Schneck - Recurso de Reposición contra Decreto 272/2018

¹² El Poder del Consumidor (México): <https://elpoderdelconsumidor.org/>

de un producto comercializado constituye una forma de publicidad, la restricción impuesta en él, y por lo tanto, a la libertad de industria, al ser en pos de proteger un derecho de grado superior, como lo es la salud, es válida, y no constituye un acto expropiatorio.¹³ Asimismo, se reconoció que los derechos económicos deben ser ejercidos de conformidad con las obligaciones de derechos humanos.

En el caso peruano, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), resolvió en favor del Ministerio de Salud, indicando que si bien el texto constitucional reconoce en su artículo 58 el derecho a la libertad de iniciativa privada en materia económica, su artículo 59 dispone que el ejercicio de los derechos a la libertad de empresa, comercio e industria no puede ser lesivo, entre otros, de la salud pública. El voto mayoritario declara inadmisibles las denuncias por que no se ha probado la supuesta ilegalidad e irrazonabilidad de las medidas. Y señala que el fundamento de regular de manera rígida las características que deben presentar los sellos en los paquetes y en los anuncios publicitarios tiene como finalidad establecer reglas claras y de carácter objetivo que permitan a las autoridades responsables de su aplicación determinar de manera objetiva cuándo se cumplen estas obligaciones.

Asimismo, indica el INDECOPI en su descargo que una de las principales ventajas de que las reglas sean claras y objetivas es que se reduce el margen de discrecionalidad de la autoridad toda vez que ya no tendrá que evaluar, en cada caso en concreto, si las advertencias han sido establecidas conforme lo establece la ley N° 30.021. Por ende *“las medidas cuestionadas son razonables y tienen como finalidad establecer reglas claras en beneficio de los consumidores y del mercado en su conjunto, garantizando el cumplimiento del deber del Estado y la defensa de los derechos a la información y salud de los consumidores”*.¹⁴

13 “La cajetilla de cigarrillo constituye un instrumento fundamental para la promoción del producto, que se constituye en el único medio de publicidad, de ahí la importancia de su examen riguroso”. De allí que “las medidas cuestionadas protegen un derecho de rango superior a la libertad económica y la iniciativa privada, como son, proteger el interés público, la vida, la integridad física y los principios relativos a la salud y representa para el sistema de salud una reducción en los costos en que incurre por el daño producido por el tabaco y sus derivados; además la propiedad y la actividad empresarial tienen una función social que implica obligaciones”. (British American Tobacco Colombia S.A.S. contra Ministerio de Salud de Colombia).

14 RESOLUCIÓN-N°-072-2020-CEB-INDECOPI - En los autos caratulados: ESTEBAN ALFREDO PEREZ SENOR c/ MINISTERIO DE SALUD. Epte: 000256-2019- CEB (pp. 13)

Por su parte, el tribunal Uruguayo se expidió¹⁵ indicando que “*los derechos que se dicen vulnerados, cuya violación alega la impugnante, ceden ante el mantenimiento de la salud colectiva, por lo que el MSP puede adoptar todas las medidas que estime necesarias para mantenerla, dictando reglamentos y disposiciones necesarias para este fin primordial, dentro de los que se destaca el reglamentar para prevenir enfermedades que causan mortalidad prematura y enfermedades tales como enfermedades cardiovasculares, cáncer, diabetes, o enfermedades pulmonares crónicas*”. Y agrega que el Decreto cuestionado responde a la obligación constitucionalmente impuesta al Estado de proteger la salud humana en su faz preventiva. Es así que responde basándose en la prioridad del derecho a la salud sobre los derechos a la propiedad y libertad de industria.

Argumento adicional

7 La facultad de un Gobierno de limitar el uso de una marca registrada fue reconocida por tribunales nacionales y los Tribunales Internacionales de Arbitraje de la Organización Mundial del Comercio (OMC), quienes han señalado, en distintas oportunidades, que el deber de una empresa de poner determinada advertencia o la no disponibilidad del total de la gráfica del paquete de sus productos no infringe las protecciones de propiedad intelectual, debido a que los “*elementos distintivos*” (como los logos y las marcas) son reconocidos, aun cuando el espacio asignado a ellos sea más pequeño¹⁶. Asimismo, han dicho que este tipo de medidas de salud pública no infringe la propiedad intelectual ya que, en realidad, este es un derecho a que otros no utilicen su marca, lo cual no se ve afectado¹⁷ 18.

15 Rafael Tejera en representación de Sucesión Carlos Schneck - Recurso de Reposición contra Decreto 272/2018

16 Philip Morris SÁRL vs Uruguay (2016), en donde el Tribunal Arbitral de la Organización Mundial del Comercio entendió que las medidas de empaquetado neutro “no expropia indirectamente las inversiones de Philip Morris porque los “elementos distintivos” (logos, símbolos, etc.) de la marca aún son reconocibles en el espacio asignado, si bien es más pequeño en el embalaje.

17 “La Ley de Marcas (Cap. 217) no estipula en ningún lugar que el titular de la marca tenga un derecho exclusivo de uso del comercio, sino que establece un derecho de uso exclusivo de una marca por parte de quien la ha registrado. Este derecho puede ser infringido por el uso de esa marca por otra persona en relación con los productos relacionados en el curso de la actividad comercial con el titular o el usuario registrado de la marca. El derecho, como cualquier otro derecho de propiedad intelectual, es un derecho a excluir a otros del uso de la marca”. BAT Uganda Ltd v. Attorney General & Center for Health, Human Rights and Development; 2019. Disponible: <https://www.tobaccocontrol.org/litigation/decisions/ug-20190528-bat-uganda-ltd-v.-attorney-gen>

A su vez, se vuelve fundamental el objetivo final del etiquetado de advertencia que busca brindar información clara, veraz y de fácil comprensión que tiene como finalidad que las personas puedan elegir opciones más saludables, y conocer las características nutricionales de un producto. No obstante, las y los consumidoras/es pueden ser atraídos por elementos publicitarios en las etiquetas que impiden que tomen decisiones racionales sobre lo mejor para su salud. En este marco, es necesario que el etiquetado de advertencia no coexista con elementos gráficos que promuevan el consumo de esos productos, en especial en las infancias. De coexistir el etiquetado de advertencia y elementos publicitarios en los productos, se causaría confusión a la persona consumidora, pues, por un lado, se vería inducido a consumirlo y por otro, desincentivado a hacerlo. En este sentido, la restricción del uso de elementos publicitarios puede considerarse un elemento más del etiquetado de advertencia, entendido como medida de política pública cuyo fin es lidiar con el sobrepeso, la obesidad y otras enfermedades transmisibles¹⁹.



Argumento 2: Violación a tratados internacionales de libre comercio

En “*ALTAMA, ANTILUR, FERAL Y OTROS - Recurso de Revocación contra el Decreto del Poder Ejecutivo No 272/2018.*” tramitado en los tribunales uruguayos, un conjunto de empresas importadoras y fraccionadoras argumentan que el decreto que reglamenta el sistema de etiquetado en Uruguay contraviene lo dispuesto en el Tratado para la constitución de un mercado común, como así también al Protocolo adicional al Tratado de Asunción. Ambos instrumentos disponen la armonización de la

18 “El empaquetado genérico no infringe las protecciones de propiedad intelectual, debido a que el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o, en inglés, TRIPS) no contempla el derecho a usar una marca registrada. Más bien, proporciona “derechos negativos”, es decir, derechos para evitar que otros utilicen la marca registrada, que no se ven afectados por el empaquetado simple” (Cuba, República Dominicana, Honduras e Indonesia contra Australia, 2018).

19 Statement by the UN Special Rapporteur on the right to health on the adoption of front-of-package warning labelling to tackle NCDs; 2020. Disponible: <https://www.ohchr.org/en/statements/2020/07/statement-un-special-rapporteur-right-health-adoption-front-package-warning#:~:text=States%20cannot%20remain%20passive%20in,tackle%20the%20burden%20of%20NCDs>.

normativa de los Estados miembros del MERCOSUR a través del cumplimiento obligatorio de las decisiones emanadas por los órganos de dicho bloque regional a través de sus reglamentos técnicos. En este sentido denuncian que las medidas de rotulación previstas agregan requisitos que no han sido contemplados por los reglamentos técnicos del Mercosur y por tanto resultan violatorios y obstaculizan el comercio entre los países.²⁰ Puntualmente, la industria ha señalado que *“la medida regulatoria implementada en el Decreto obstaculiza el comercio de importación, por la extensión de productos comprendidos, por la rigurosidad de las medidas de etiquetado establecidas, y por su total falta de alineación con los reglamentos técnicos del MERCOSUR que regulan la información obligatoria que debe contener el rotulado”*.

Por todo ello la industria uruguaya sostiene que la libertad de comercio se vería obstaculizada ya que el decreto es de amplio alcance y presenta rigurosas exigencias relativas a los cambios de rotulación en plazos irrazonables y exiguos, suponiendo e implicando de esta forma restricciones y limitaciones graves al comercio de alimentos.

9

Respuesta

La Secretaría de Estado de Uruguay contestó en *“ALTAMA, ANTILUR, FERAL Y OTROS - Recurso de Revocación contra el Decreto del Poder Ejecutivo No 272/2018.”* que la inclusión de una advertencia *“no vulnera el espíritu del Reglamento que está dirigido a que todos los países que integran la cooperación, cumplan con la obligación de incluir determinada información, cuyo conocimiento es de vital importancia para que el consumidor, al momento de adquirir el producto, tenga todos los elementos necesarios para decidir”*. Por otro lado, el Estado indicó que es de exclusiva y privativa competencia del mismo determinar la conveniencia de la aplicación de criterios sanitarios para la consecución y cumplimiento de los fines que persigue el Ministerio de Salud; y que esto no puede ser sustituido de ninguna manera por la apreciación de particulares²¹.

20 Número de expediente Pres 2018-2-1-0006671:: ALTAMA,ANTILUR, FERAL Y OTROS - Recurso de Revocación contra el Decreto del Poder Ejecutivo No 272/2018.

21 Número de expediente Pres 2018-2-1-0006671: ALTAMA,ANTILUR, FERAL Y OTROS - Recurso de Revocación contra el Decreto del Poder Ejecutivo No 272/2018.

Asimismo, el Estado agrega que la rotulación no está dirigida a restringir el comercio de alimentos, sino a informar de manera adecuada y certera a la población uruguaya. Y que *“ante la alegada violación a la obligación de adoptar medidas de manera intersectorial, tal como obliga la normativa del MERCOSUR, debe señalarse que el decreto en cuestión, fue adoptado teniendo en cuenta dicha exigencia en el momento de ser incluido dentro del ordenamiento positivo del país. Han intervenido organismos nacionales e internacionales vinculados íntimamente a la salud como los son la OPS, OMS, UNICEF, y FAO, sin perjuicio de todos los Ministerios vinculados a la temática, integrantes del Poder Ejecutivo”*²².

Argumento adicional

10

El Parlasur, en su anteproyecto de norma²³ *“Derecho a la alimentación saludable, acceso a la información fundada y etiquetado de alimentos en el Mercosur”*, expresó que esta *“no colide norma internacional de comercio alguna, siendo la más específica y cercana a cuidar la del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio internacional, y atendiendo a que el mismo en su preámbulo, declara que no debe impedirse a ningún país a adoptar las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos legítimos, así como el derecho a determinar el nivel de protección que se considere adecuado para alcanzarlos, dentro de los cuales y ya en su Artículo 2, párrafo 2º se lista como objetivo legítimo la protección de la salud y la vida de las personas.”*

En este anteproyecto, señala que la región del Mercosur no es ajena a la epidemia de enfermedades no transmisibles, presentando un gran aumento tanto en adultos como niños, niñas y adolescentes. Por ende, insta a los Estados a adoptar e implementar políticas, reglamentaciones y legislaciones relativas a la comercialización de productos alimenticios poco saludables, entre ellas, el sistema de etiquetado nutricional frontal.

22 Número de expediente Pres 2018-2-1-0006671: ALTAMA, ANTILUR, FERAL Y OTROS - Recurso de Revocación contra el Decreto del Poder Ejecutivo No 272/2018.

23 Organización Panamericana de la Salud (2020) MERCOSUR y la Política de Etiquetado de Alimentos. Disponible en: <https://www.paho.org/es/noticias/1-7-2020-mercosur-politica-etiquetado-alimentos>

Por otro lado, también se puede considerar que el Mercosur no tiene aún una norma armonizada sobre etiquetado frontal de alimentos. Por ende, los Estados son soberanos y autónomos para avanzar con normas que garanticen estándares más altos de protección del derecho a la salud de su población. Se considera entonces que las resoluciones del Mercosur son la línea de base sobre las cuales cada Estado miembro puede ampliar y ajustar sus propios ordenamientos según el contexto local y las necesidades de salud pública de su población. En línea con lo expuesto, la Resolución N° 124/1996 del Grupo Mercado Común establece la importancia de *“la protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos causados por las prácticas en el suministro de productos y servicios considerados como peligrosos o nocivos; (...) y la información suficiente y veraz sobre los distintos productos y servicios”*²⁴. De tal forma, cada Estado tiene la potestad de establecer las medidas que considere como pertinentes para la protección de la vida y la salud de su población, sin que ello implique ir en detrimento de los procesos de integración regional.

11

Por otro lado, la OMC permite que sus miembros adopten reglamentos técnicos para proteger objetivos legítimos, como la salud pública. Para que sea permitida, según el Acuerdo sobre Obstáculos técnicos al comercio, el etiquetado frontal debe cumplir los siguientes requisitos:

1) No discriminación: el etiquetado frontal debe ser exigido sin discriminación alguna a los productos nacionales y a los productos importados.

2) El etiquetado frontal no puede restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, esto es, la salud pública. Además, implica realizar un análisis comparativo con posibles medidas alternativas que, siendo menos restrictivas del comercio, se encuentren razonablemente disponibles.

24 Resolución N° 124/1996 del Grupo Mercado Común. Disponible: <http://www.loa.org.ar/legNormaDetalle.aspx?id=4096>

2. a. *Identificación de un objetivo de política pública:* Es necesario identificar con claridad y precisión el objetivo legítimo de política pública que busca alcanzarse²⁵;

2. b. *Idoneidad del reglamento técnico para alcanzar el objetivo:* Es menester verificar y abordar que tal medida en efecto contribuye a alcanzar dicho objetivo.²⁶ Es importante aclarar que la OMC no exige que un reglamento técnico conlleve la realización plena y absoluta del objetivo definido, sino que, de manera razonable, realice una contribución a la consecución del objetivo²⁷;

2.c. *Necesidad:* si un reglamento técnico persigue un objetivo legítimo y contribuye razonablemente a alcanzarlo, resta determinar si crea un obstáculo innecesario al comercio. Sin embargo, el Artículo 2.5 del Acuerdo de la OTC provee una excepción a esa regla. Según esta norma, se presume que un reglamento es “necesario” si busca alcanzar un objetivo legítimo de política pública, y está conforme a normas internacionales pertinentes. En el caso del etiquetado frontal, las “normas pertinentes” pueden ser las recomendaciones nutricionales de la OMS. Para esto se necesita primero identificar con precisión los instrumentos, y sus componentes, que, tomados en conjunto, constituyen el documento que contiene la norma; y segundo será necesario probar que las recomendaciones de la OMS conducen a un uso común y repetido de prescripciones en materia de etiquetado.

3) Transparencia: Los procedimientos deben surtirse con anterioridad a la expedición e implementación de un reglamento técnico, lo cual implica informar oportunamente a la OMC.

25 Art. 2.2. Acuerdo de la OTC

26 Ver por ejemplo en la cuestión Australia- Empaquetado genérico del tabaco, la OMC analizó si las reglas de etiquetado neutro de tabaco adoptadas por Australia, contribuían a mejorar la salud pública. La conclusión fue que las medidas contribuían a dicho objetivo al reducir el consumo y la exposición a los productos de tabaco.

27 En el caso Estados Unidos - EPO1, fue suficiente con que las prescripciones de etiquetado en carne de bovino y porcino contribuyeran, por lo menos “en cierto grado”, al logro del objetivo declarado en esa medida (informar al consumidor sobre el origen de la carne).

Argumento 3: Costos y barreras en la comercialización

En Perú, en los autos “*ESTEBAN ALFREDO PEREZ SENOR c/ MINISTERIO DE SALUD*” la industria señaló que las políticas de etiquetado generan sobrecostos y obstaculizan su permanencia en el mercado debido a que obligan a rehacer empaques y anuncios e incurrir en nuevos gastos de diseño gráficos e impresiones. Las advertencias publicitarias que consignan el Manual y el Reglamento mantienen una misma forma, dimensión, color y ubicación, lo cual dota de rigidez absoluta a la forma en la que deben transmitirse los contenidos expresados por la ley, sin que esta obligue a hacerlo de esa manera.²⁸

En la misma línea, las empresas uruguayas en “*ALTAMA, ANTI-LUR, FERAL Y OTROS - Recurso de Revocación contra el Decreto del Poder Ejecutivo No 272/2018*” aluden que el Decreto vulnera el marco normativo existente²⁹ toda vez que restringe más de lo necesario el comercio con medidas regulatorias que no aseguran el cumplimiento de las finalidades perseguidas, y por lo tanto (no) justifican los graves perjuicios que ocasionan a las empresas. Estas medidas implican un aumento de los costos de comercialización de los productos, que “*termina redundando en restricciones y aumento de precios en perjuicio de los propios consumidores*”.

13

Respuesta

Dentro de los contraargumentos que se hallan en la resolución del citado caso peruano³⁰ se analiza el argumento de que la colocación de los sellos de advertencia generan sobrecostos y barreras burocráticas remitiéndose a la declaración de interés nacional y de necesidad pública la seguridad alimentaria y nutricional de la población, que fue realizada en cumplimiento del compromiso del Estado peruano de asumir como Política de Estado la Promoción de la Seguridad Alimentaria y Nutricional.

28 RESOLUCIÓN-N°-072-2020-CEB-INDECOPI - En los autos caratulados: ESTEBAN ALFREDO PEREZ SENOR c/ MINISTERIO DE SALUD. Epte: 000256-2019- CEB

29 Ley 19.264 de CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS PARA LOS BIENES Y SERVICIOS DESTINADOS AL USO Y CONSUMO.

30 Caso “ESTEBAN ALFREDO PEREZ SENOR c/ MINISTERIO DE SALUD”; Voto en disidencia de Luis Quesada Oré.

Finalmente, expresa “...considero que las referidas medidas no tienen como finalidad restringir, condicionar o limitar el acceso o la permanencia en el mercado de una actividad económica en particular, sino que persiguen el cumplimiento de un interés nacional y supranacional, relacionado con la salud pública, especialmente de los niños, niñas y adolescentes del Perú (...) en ese sentido, si bien las exigencias cuestionadas podrían generar un costo al denunciante que afecte su acceso o permanencia en el mercado, debe tenerse en cuenta que la finalidad de dichas medidas no busca afectar una actividad económica, sino regular, de forma complementaria, una política transversal de gobierno Nacional y supranacional, en miras de promocionar y garantizar un estilo de vida saludable de su población infantil y adolescente”³¹.

A su vez, la sentencia también se fundamenta en el documento “Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigidas a niños” elaborada por la OMS-OPS, que tiene como finalidad orientar la creación de un entorno favorable para la adopción de medidas sostenibles a nivel individual, comunitario, nacional y mundial, así como, respaldar la recomendación de la Estrategia Mundial dirigida a los Estados miembros para que formulen criterios multisectoriales apropiados para la promoción de alimentos dirigidos a niños, niñas y adolescentes.

Respecto a los costos de comercialización, el tribunal uruguayo señaló que “no se restringe el comercio de los bienes y servicios de consumo. La rotulación no está dirigida a restringir el comercio de los alimentos, sino a informar adecuadamente a la población. Si con dicha advertencia, el comercio de dichos bienes y servicios se ve restringido, no lo será por la actuación administrativa del Poder Ejecutivo, sino por la decisión informada de la población. ¿Acaso se está queriendo no informar a la población de los efectos dañinos de los productos que consume, para que de esta manera no se vea menguada la venta de sus productos? Si es a esta restricción a la que las empresas se refieren, no cabe duda que, sobre las conveniencias económicas de las mismas,

31 RESOLUCIÓN-N°-072-2020-CEB-INDECOPI - En los autos caratulados: ESTEBAN ALFREDO PEREZ SENOR c/ MINISTERIO DE SALUD. Epte: 000256-2019- CEB (pp. 61)

está la salud de los consumidores, lo que vuelve legítimo, del punto de vista sustancial la norma impugnada”³²

Argumento 4: Competencia de los organismos públicos

En *ESTEBAN ALFREDO PEREZ SENOR c/ MINISTERIO DE SALUD*, la Industria peruana también denunció que el Ministerio de Salud no poseía competencias para regular materia de publicidad sino que solo posee competencia en materia de inocuidad alimentaria y para regular los parámetros técnicos sobre alimentos y las bebidas no alcohólicas referentes a un alto contenido de azúcar, sodio y grasa saturada. Pero no cuenta con facultades para regular el contenido de los sellos, sus requisitos, dimensiones, ubicación o formas, etc.

En la misma línea, en *Establecimientos Juan Sarubbi S.A - recurso de revocación contra el decreto del Poder ejecutivo No 272/2018*” la industria argumenta que las medidas adoptadas significan una extralimitación a las competencia material que se atribuye al Ministerio de Salud en función del marco normativo (Ley 9.202) invocada para su dictado.

15

Respuesta

El tribunal peruano se expidió haciendo una evaluación de legalidad del que surge que el Ministerio de Salud es competente para generar todo tipo de mecanismos que faciliten a las personas a tener un mayor control sobre su salud, en clave de sus funciones preventivas. Y luego, para indagar en la competencia material propiamente, analiza la naturaleza de las “advertencias publicitarias” (sellos) diferenciando el alcance y sentido de la “publicidad”, para demostrar que la regulación en torno a los sellos no implica regular materia publicitaria sino brindar información técnica a las personas consumidoras. La finalidad de los sellos es alertar sobre el contenido de nutrientes críticos en los alimentos. En cambio, la finalidad de la publicidad es persuadir, fomentar, promover, de manera directa o indirecta un determinado producto, marca o

³² ALTAMA, ANTILUR, FERAL Y OTROS - Recurso de Revocación contra el Decreto del Poder Ejecutivo No 272/2018”

servicio, con el objeto de que este sea adquirido por determinados consumidores. En este sentido, el tribunal concluyó que teniendo en cuenta la definición de “advertencia publicitaria” extraída del artículo 10 de la Ley N° 30.021, esta no constituye ninguna forma de publicidad, sino que es únicamente hacer más accesible información del contenido de un determinado producto que presenta un posible riesgo a su salud. En conclusión, el Ministerio no tiene competencia para regular en materia de publicidad, pero sí la tiene para hacerlo en cuestiones de advertencia publicitaria, como son los sellos, que brindan información determinante para la salud.

En la misma línea, en su descargo el Ministerio de Salud de Perú refirió que las restricciones no deben ser leídas de manera aislada sino a la luz de las recomendaciones de la OMS-OPS en materia de prevención de ENT, las cuales no conciben el ejercicio de la facultad de protección de la salud divorciada de los mecanismos de publicidad. Y alude a que la interpretación restrictiva propuesta por la industria privilegia el principio de legalidad por sobre la salud pública, interpretando de manera sesgada y parcial sus facultades.

16

En el caso uruguayo, el tribunal responde haciendo alusión a la operatividad de este derecho constitucional que no requiere ser regulado para ser garantizado: *“la norma atacada no sólo encuentra su fundamento jurídico en la ley 9202 que impone al Ministerio de Salud Pública la obligación de velar por la salud pública, y, en virtud de dicha obligación dictar reglamentación que lleve a su cumplimiento, sino también, en los artículos 44 y 72 de la Constitución de la República. La moderna doctrina clasifica los derechos en derechos de primera, segunda y tercera generación, señalando que el derecho a la salud es un derecho fundamental inherente a la personalidad humana, siendo incluso preexistente a la Constitución, y éste tipo de derechos no precisan para su aplicación efectiva y vigencia que se haya dictado una ley. La jurisprudencia es amplia y conteste en reconocer el derecho a la salud como uno de los principales derechos humanos o fundamentales, y que el goce de tales derechos, no requieren ni texto legal ni reglamentario.”*³³

33 Fallo Establecimientos Juan Sarubbi S.A - recurso de revocación contra el decreto del Poder ejecutivo No 272/2018”.

Argumento 5: Derecho de seguridad jurídica

En el mencionado caso mexicano de “*El corazón del fruto S.A. de C.V. (Barrilitos)*”, la quejosa argumenta que no se analizó el principio de seguridad jurídica a la luz del derecho de igualdad, no discriminación, trabajo, comercio y libre concurrencia. Su argumento se basa en el hecho de que la NOM-051 excluye de su campo de aplicación a los alimentos y las bebidas no alcohólicas envasados en punto de venta, reconocidos en el numeral 1, inciso c) de la NOM-051.

Además, argumentó que la NOM, al no establecer una autoridad que determine cuáles productos deben de excluirse de su aplicación, violenta este principio. Barrilitos sostiene que la facultad para dotar de competencia a una autoridad, quien determinará los productos que se excluyen del etiquetado es un elemento esencial de seguridad jurídica.

17

La Organización Mundial del Comercio ya ha señalado que “*los fabricantes y distribuidores de productos nocivos (...) no pueden esperar que de que no se impongan nuevas normas más onerosas más estrictas. Al contrario (...) la expectativa sólo podía ser esperar una regulación cada vez más estricta la venta y el uso de estos productos. Tampoco es una objeción válida a un reglamento el hecho de que rompa nuevo terreno*”³⁴.

Argumento 6: Falta de evidencia sobre la efectividad y fundamentación de las normas de etiquetado

En el citado caso *Altama* y otros, se cuestionó que la norma uruguaya supongan una real y efectiva prevención de las ENT, que están también asociadas a los factores de consumo, la educación nutricional, la actividad física, los factores ambientales, etc. “*no existe certeza razonable de que las medidas regulatorias implementadas supongan una real y efectiva prevención de las enfermedades no transmisibles, al tiempo que sí asegura innumerables inconvenientes para la operación de las Empresas*”.

34 Philip Morris SÀRL vs. Uruguay; Organización Mundial del Comercio.

Continúa diciendo que no existe evidencia contundente acerca de que dichas medidas colaboren en forma decisiva y determinante al cumplimiento de la finalidad perseguida por la norma. Sobre esos argumentos se esgrimió que la implementación de la política no es lógica ni tiene sentido jurídico, por lo cuál no se encuentra fundamentada. Ello implicaría un claro vicio formal que determina su ilegitimidad, y por ende su revocación.³⁵

Respuesta

Respecto a la supuesta falta de evidencia, el tribunal en *Altama* y otros indica que el Ministerio de Salud a través de sus oficinas técnicas y el informe presentado por el Departamento de Alimentación han aportado argumentos científicos suficientes para justificar la conveniencia de implementarlas medidas controvertidas para el cumplimiento de los fines de la Secretaría de Estado. Asimismo destaca la participación de la OPS, OMS, FAO y UNICEF además de todos los Ministerios involucrados, en la sanción de la normativa.

En “*Establecimientos Juan Sarubbi S.A - recurso de revocación contra el decreto del Poder ejecutivo No 272/2018,*” el Ministerio de Salud de Uruguay se valió de la Organización Mundial de Salud como fuente de autoridad e información para demostrar la eficacia de ciertos sistemas de etiquetado frontal para facilitar a los consumidores el acceso a información nutricional: “*Ha quedado demostrado con suficiente evidencia científica la asociación del consumo excesivo de sodio, azúcares, grasas y grasas saturadas, con el desarrollo de enfermedades no transmisibles. Esta evidencia ha sido catalogada por la OMS como convincente o probable, representando los niveles más altos de evidencia científica. Al respecto, el Area de Nutrición de DIGESA ha informado (...) que existe una suficiente evidencia que fundamenta la relación entre el consumo de alimentos con contenido*

35 Número de expediente Pres 2018-2-1-0006671:: ALTAMA,ANTILUR, FERAL Y OTROS - Recurso de Revocación contra el Decreto del Poder Ejecutivo No 272/2018.

excesivo de grasas, azúcares y sodio con el desarrollo de los problemas de salud que pretende abordar, y que el etiquetado frontal es una de las medidas de política pública recomendada por la OPS/OMS para mejorar la comprensión de los consumidores respecto al contenido nutricional de los productos y promover la alimentación saludable.”³⁶

III. CONCLUSIONES

A través del análisis de los argumentos que la industria ha utilizado en sede judicial contra las leyes de etiquetado frontal de productos alimenticios, se ha logrado observar que, no solo han sido replicado en varios países, sino que la Justicia no los ha favorecido en detrimento de las políticas de salud pública. Si bien algunos de los casos aquí presentados aún esperan sentencia, en aquellos donde los tribunales han fallado, las políticas de salud han prevalecido sobre los intereses comerciales.

Comprender estos argumentos, estudiar las respuestas de los Estados y los fallos de la Justicia es fundamental para fortalecer la posición de los gobiernos. A su vez, también hemos logrado identificar otros argumentos de salud pública y derechos humanos que pueden servir para que los Estados defiendan sus políticas de etiquetado frente a los litigios que promueven las industrias.

20

Por otro lado, y teniendo en cuenta que la industria alimenticia utiliza las mismas estrategias y argumentos que los que ha utilizado la industria tabacalera desde principios del siglo XX, hemos logrado, mediante el principio de analogía del derecho identificando argumentos que diversos tribunales alrededor del mundo han utilizado para defender las políticas de control de tabaco en juicios promovidos por las tabacaleras.

Todos estos argumentos pueden servir a los Estados como base para respaldar la implementación de políticas de etiquetado, y así garantizar los derechos a la alimentación adecuada y a la salud de su población, y enfrentar a la industria alimentaria que seguirá oponiéndose a su promoción.



www.ficargentina.org | institucional@ficargentina.org



www.fundeps.org | info@fundeps.org

