

**ACUERDOS REGIONALES DE LIBRE COMERCIO Y DERECHOS
HUMANOS: EL CASO DEL TPP Y SU IMPACTO EN CHILE**
*Free Trade Regional Agreements and Human Rights:
the case of TPP and its impact in Chile*

J. Carlos Lara

Derechos Digitales, Chile

Abogado. Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile. Coordinador del equipo de investigación y políticas públicas para Derechos Digitales América Latina, en Santiago de Chile. juancarlos@derechosdigitales.org.

Claudio Ruiz

Derechos Digitales, Chile

Egresado de derecho por la Universidad de Chile. Director ejecutivo y presidente de Derechos Digitales América Latina, en Santiago de Chile. Ha sido ayudante del Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. claudio@derechosdigitales.org.

RESUMEN

La negociación y suscripción de acuerdos de libre comercio ha sido una política impulsada por los gobiernos de varios países de economías abiertas al comercio internacional. Chile ha sido también parte de esta tendencia, con el reciente ejemplo de la firma del Acuerdo Transpacífico. Sin embargo, el contenido de tales acuerdos no se refiere de forma exclusiva a condiciones del comercio entre países. Por el contrario, los acuerdos de esta clase abarcan de manera progresiva contenidos normativos propios de legislación interna, discutidos y negociados bajo condiciones muy distintas a los de las leyes nacionales o de los tratados suscritos en foros internacionales. Esto tiene consecuencias no solamente en el contenido de los derechos fundamentales afectados por las reglas acordadas en los tratados, sino en la forma en que tales derechos se reconocen y configuran por parte de los Estados democráticos.

PALABRAS CLAVE

Tratados de libre comercio; TPP; derechos digitales, derechos humanos.

ABSTRACT

The negotiation and signature of free trade agreements has been a policy implemented by governments of many countries with economies open to international trade. Chile has been part of that trend, with a recent example in the signature of the Trans-Pacific Partnership Agreement. However, the content of such agreements is not exclusively related to conditions of trade between countries. In fact, this kind of agreement include progressively normative content of local nature, which are discussed and negotiated under much different conditions that local law or agreements signed in international forums. This implies consequences not only in the content of fundamental rights affected by the rules set in the agreements, but also in the shape that such rights are recognised and configured by democratic States.

KEY WORDS

Free trade regional agreements; TPP; digital rights; human rights.

INTRODUCCIÓN: TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y DERECHOS HUMANOS

La política del Estado de Chile en materia de comercio exterior apunta desde hace décadas a una creciente liberalización, que se funda en tres pilares: la liberalización unilateral comenzada durante la dictadura cívico-militar, la liberalización bilateral, y la liberalización multilateral¹; aristas profundizadas desde la transición a la democracia en 1990, en la búsqueda de la mayor integración con el resto del mundo, de forma asociada al intercambio comercial². La profundización de tal política, iniciada con el regreso a la democracia, significó la firma de acuerdos de comercio e inversión con más de medio centenar de países del mundo³, bajo la guía de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) del Ministerio de Relaciones Exteriores⁴ y tiene entre sus más recientes ejemplos la entrada en vigor de la Alianza del Pacífico (junto a Colombia, México y Perú) y la suscripción del polémico Acuerdo Transpacífico (*Trans-Pacific Partnership*, TPP) en febrero de 2016.

Pero no se trata de esfuerzos que caractericen de forma aislada a Chile o a los países con los que mantiene relaciones económicas y comerciales. La suscripción de acuerdos de comercio se inserta en un contexto internacional de crecientes acuerdos multilaterales tendientes a una mayor liberalización del comercio, con hitos como la fundación en 1995 de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*, NAFTA). El punto en común de buena parte de este escenario mundial es el liderazgo de los Estados Unidos de América como principal economía mundial desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

El TPP es un muy particular ejemplo de la fuerza e influencia de Estados Unidos en la agenda mundial del comercio. El antecedente formal de TPP, el acuerdo denominado *Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement* (TPSEP, mejor conocido como P4), celebrado entre Brunei, Chile, Singapur y Nueva Zelanda en 2005, no encontró la adhesión esperada inicialmente sino hasta la entrada de Estados Unidos, atrayendo a nuevos países miembros⁵ para el consecuente inicio de una negociación

¹ WEHNER, Leslie (2011). "Chile's rush to free trade agreements", *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, vol. 31, número 2: 207-226.

² MEREMINSKAYA, Elina (2003). "Impactos de la Integración Económica en la Aplicación del Derecho Privado". *Revista de derecho (Valdivia)* (15): 59-73. DOI:10.4067/S0718-09502003000200003 [consulta: 24.05.2016].

³ BAEZA FREER, Jaime y Miguel Ángel LÓPEZ VARAS (2015). "El Congreso Nacional de Chile y el proceso de ratificación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América". *Estudios internacionales* (47) 182: 37-55. DOI: 10.5354/0719-3769.2015.37883 [consulta: 24.05.2016].

⁴ DIRECON (2016). *Acuerdos Comerciales*. Disponible en: <<https://www.direcon.gob.cl/acuerdos-comerciales/>> [consulta: 24.05.2016].

⁵ RAMÍREZ ZAMUDIO, Eduardo (2011). "Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica Estratégica (TPP). ¿Solución comercial a la tensión político-militar de la región? o ¿estrategia estadounidense para disminuir la influencia de China en Asia?". *Portes*, tercera época (5) 10: 35-65.

dirigida a la firma de un nuevo acuerdo, el TPP⁶. No tanto como un tratado entre 12 países, sino más bien un acuerdo de los Estados Unidos para países del Asia-Pacífico⁷.

El protagonismo de Estados Unidos muestra dos aristas particulares dignas de atención. Por una parte, si bien el componente político podía leerse en las anteriores décadas de negociación comercial internacional, en el caso de TPP se hace más evidente la reacción ante la pérdida de terreno a nivel comercial frente a potencias emergentes como India y China⁸, como también la pérdida de influencia política en los demás países de Asia⁹.

Por otra parte, TPP aparece como una nueva oportunidad para el establecimiento a nivel internacional de reglas favorables a intereses de ciertas industrias de Estados Unidos, cuya promoción anterior no tuvo éxito en foros internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la propia OMC, u otros tratados fallidos como el ambicioso Acuerdo Comercial Antifalsificación (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, ACTA)¹⁰ o el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). La estrategia para Asia y las Américas de TPP se reproduce en Europa, mediante la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP).

Es decir, el antiguo camino de los tratados de libre comercio como vía para la expansión de intereses comerciales y políticos estadounidenses entrelazados, mantiene vivas sus aspiraciones mediante tratados como TPP y TTIP. Además, permite avanzar sus contenidos más allá de lo pactado en acuerdos pasados¹¹, mediante el establecimiento de condiciones que las demás economías negociantes estarían dispuestas a aceptar para mantener o mejorar sus relaciones con Estados Unidos¹².

De manifiesto queda el notable contraste con otros procesos internacionales para la elaboración de reglas comunes, como los mencionados foros de la ONU o la OMC, en que los procesos de negociación no tienen la misma profundidad ni celeridad, y donde no tiene Estados Unidos el mismo peso relativo. Esto hace preferible para los intereses estadounidenses alejar la fijación de reglas comunes de los órganos internacionales y traerlas a los grandes acuerdos regionales de libre comercio, cambiando el espacio de negociación (*forum shifting*) y, en consecuencia, las condiciones de la misma, a fin de cambiar el resultado, aislando también la mayor cantidad posible de materias que, aun tenuemente vinculadas al comercio, pudieran afectar a los intereses de los Estados Unidos. Se configura así una forma de regulación que ignora el sistema internacional de los derechos humanos, reformando el esquema de reglas comunes

⁶ FURCHE, Carlos (2013). *Chile y las Negociaciones del TPP: Análisis del Impacto Económico y Político*. Santiago: Derechos Digitales, disponible en: <<https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/TPP-Informe-Furche-Digital-Final-con-disenolviana.pdf>> [consulta: 24.05.2016].

⁷ CUEVAS, Rodrigo (2014). "Trans-Pacific Partnership: el complejo camino del acuerdo del siglo XXI". *Estudios Económicos* (31) 63: 25-56.

⁸ FURCHE, 2013: 11.

⁹ RAMÍREZ ZAMUDIO, 2011: 47.

¹⁰ FURCHE, 2013: 34.

¹¹ ELMS, Deborah (2014). "TPP: ¿qué tiene de siglo XXI?". *Puentes*, (15) 6: 18-20.

¹² CUEVAS, 2014: 52.

entre países y profundizando en la fragmentación del Derecho Internacional¹³. El amplio conjunto de tratados, acuerdos, protocolos y declaraciones oficiales relativas a derechos humanos, que ya conforman un marco de acción para los Estados, que debiera primar sobre otras obligaciones adquiridas en el ámbito comercial, queda así en segundo plano.

Desde el punto de vista de los contenidos sustantivos acordados, la celebración de grandes acuerdos regionales de libre comercio presenta desafíos desde la óptica de los derechos humanos, en particular en lo referido a materias antes no reguladas a nivel internacional o, incluso, a nivel nacional, en que es dudosa la existencia de un examen de equilibrio entre derechos previo a la fijación de reglas. Pero de forma particularmente preocupante, la forma en que tales acuerdos se convierten en el mecanismo para establecer esas reglas pone bajo cuestionamiento la capacidad de las naciones de decidir de forma democrática las condiciones en que fija sus reglas de convivencia.

I. CONSECUENCIAS PROCEDIMENTALES DEL TPP

Al tener una naturaleza comercial, estos acuerdos internacionales están sujetos a varias reglas y procedimientos propios de ella. Los acuerdos comerciales regionales se han convertido en un instrumento internacional prevalente a partir de la década de los noventa¹⁴. Las razones de este progresivo avance son variopintos, pero buena parte de ellos descansan en el *enforcement* o aplicación de sus normas, que en el caso de los acuerdos de tipo comercial son llevados a cabo por el *Dispute Settlement Body* de la OMC.

Por razones no del todo abiertas, la negociación del TPP fue desarrollada en completo hermetismo desde la primera ronda de negociación en Melbourne durante el 2010. Tanto en Estados Unidos¹⁵ como en otros países parte de la negociación se interpusieron acciones legales por la vía de transparencia para efectos de sortear la opacidad de los textos, alcances y consecuencias de la negociación. En el caso de Chile la negativa oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de transparentar los textos de la negociación ante requerimientos de transparencia se realizó en conformidad a los números 1, literal b), y 4 del artículo 21 de la Ley 20.285¹⁶, que establece de manera taxativa las causales de secreto o reserva para el acceso a la información pública.

Los argumentos, similares a aquellos esgrimidos en la prensa por funcionarios del gobierno de Estados Unidos frente a requerimientos similares, son básicamente que

¹³ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan (2016). "El TTIP, TPP, TISA, CETA... vulneran el sistema internacional de los derechos humanos". ALAI, 4 de enero de 2016. Disponible en: <<http://www.alainet.org/es/articulo/174502>> [consulta: 24.05.2016].

¹⁴ A mayo de 2016, la web de la Organización Mundial del Comercio contabilizaba 267 tratados actualmente vigentes. Disponible en: <<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>> [consulta: 24.05.2016].

¹⁵ Center for International Environmental Law v. Office of the United States Trade Representative and Ron Kirk, in His Official Capacity as the United States Trade Representative N° 12-5136 (DC Cir, 7 de junio de 2013), pp. 10-11.

¹⁶ DERECHOS DIGITALES. *Relaciones Exteriores deniega acceso al texto del TPP*, 30 de julio de 2011. Disponible en: <<https://derechosdigitales.org/2126/relaciones-exteriores-deniega-acceso-al-texto-del-tpp/>> [consulta: 24.05.2016].

se trata de *antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución* (artículo 21 N° 1 letra b) y que *su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional* (artículo 21 N° 4).

Aun asumiendo que la publicación de ciertos antecedentes de una negociación en curso podría eventualmente afectar el interés nacional *en especial si se refieren (...) a las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país* (según indica el mismo artículo de la Ley 20.285 antes citado), resulta interesante hacer notar que no es el carácter secreto la única forma, el único procedimiento, al que el sistema internacional se somete para que los países puedan llegar a acuerdos mutuamente vinculantes. Sin ir más lejos, incluso tratándose de aspectos particularmente sensibles como es propiedad intelectual, el sistema internacional entrega un modelo muchísimo más abierto de participación por parte de terceros no involucrados directamente en las negociaciones. Así, a modo ejemplar, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dispone de páginas *web* oficiales donde se indica el listado de todas las próximas reuniones¹⁷ y de sus *standing committees*¹⁸, incluyendo sus agendas, minutas y reportes de ellas. OMPI distribuye, además, el listado de los participantes de cada una de las reuniones y las propuestas de cada país son públicas y distribuidas por medio de la página *web* del organismo. Existe un mecanismo formal de acreditación para organizaciones de la sociedad civil¹⁹ que les permite participar no solo en la asamblea general sino también en las reuniones de los comités de OMPI, permitiéndoles publicar sus conclusiones de manera abierta al resto de la comunidad. Sin ir más lejos, a fines de la década pasada estos mecanismos fueron ampliamente usados en la elaboración de los dos Tratados Internet de la OMPI [el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT)], que incluso permitió la participación del público no acreditado. En términos de participación de terceros no negociadores en otras instancias de negociación internacional, la situación es similar en el caso de la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Salud, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y, el ejemplo más preclaro, la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de la que Chile también es parte desde 2010.

Si bien es importante reconocer algunos esfuerzos por entregar algo más de información respecto del curso de la negociación en el segundo gobierno de la presidenta Bachelet, ellos han sido insuficientes. Así, se ha señalado públicamente el establecimiento de un Cuarto Adjunto como un mecanismo de apertura y participación, particularmente para la sociedad civil. Dejando de lado la participación mayoritaria de entidades gremiales y representantes de la industria en dichas sesiones, ellas solo se hicieron efectivas a

¹⁷ Véase: <http://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=15> [consulta: 24.05.2016].

¹⁸ Se denomina *standing committees* a comités de expertos *ad hoc* nombrados por decisión de la Asamblea General para un propósito específico. Por ejemplo, la determinación de un nuevo tratado o de nuevas provisiones de un tratado.

¹⁹ A mayo de 2016, la OMPI reconoce oficialmente a 410 organizaciones con el carácter de “observadoras”. Véase <<http://www.wipo.int/about-wipo/en/observers/index.html>> [consulta: 24.05.2016].

partir de marzo de 2014. De acuerdo con el gobierno de Canadá²⁰, la primera sesión del denominado Cuarto Adjunto se realizó a siete meses de la última ronda de negociación propiamente tal, realizada en agosto de 2013 en Seri Begawan, Brunei²¹. A diferencia de lo ocurrido en otras negociaciones comerciales –incluyendo la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos–, donde la existencia de cuartos adjuntos ha sido un elemento fundamental para alimentar las posiciones de los países en medio de las negociaciones y para asistir a los propios negociadores, en el caso de Chile el cuarto adjunto mutó a una mera reunión informativa²².

Los acuerdos comerciales de nueva generación generan una nueva capa regulatoria que será necesario sortear en caso de necesidad de modificación legal de ciertas áreas sustantivas. Esto es particularmente importante en materias tales como acceso a medicinas o derechos de autor, donde una eventual modificación de dicha normativa a favor del interés público ya tiene que esquivar ciertos obstáculos estructurales provenientes de grupos de presión económicos, sino que esta vez además debe sortear los mecanismos de implementación de acuerdos comerciales y, posteriormente, sus mecanismos de *enforcement*. En materia de derechos de autor, como se indica con mayor detalle en el siguiente acápite, en Chile el plazo de protección para el ejercicio de estos derechos exclusivos es de toda la vida del autor más setenta años luego de su muerte, establecida en reforma del año 2003 como implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Si bien para una importante parte de la doctrina es un plazo a todas luces excesivo y atentatorio contra la generación de conocimiento e innovación²³, hoy por hoy está virtualmente vedado a los órganos representativos poder desafiar esta norma. No solo porque el plazo de setenta años requiere una modificación legal, algo relativamente trivial, sino porque el plazo se encuentra blindado en instrumentos de naturaleza comercial, en este caso, por el TLC con Estados Unidos²⁴. La falta de transparencia en el proceso de elaboración de acuerdos de naturaleza comercial hace que *de facto* los negociadores de un acuerdo comercial tengan una sorprendente autonomía para acordar modificaciones del sistema legal actualmente vigente e incluso comprometer el cambio legislativo en ciertas materias hacia el futuro. Sin ningún control político adicional a su calidad de empleados públicos, la falta de transparencia pone a los negociadores de acuerdos comerciales en un lugar de privilegio, constituyéndose en prelegisladores *de facto*.

²⁰ Véase: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/rounds-series.aspx?lang=eng>> [consulta: 24.05.2016].

²¹ Véase <<https://ustr.gov/Joint-Press-Statement-TPP-Ministerial-Brunei>> [consulta: 24 de mayo de 2016].

²² RUIZ, Claudio. “TPP en Chile: Un historial de promesas sin cumplir”. *Derechos Digitales*, 23 de abril de 2015. Disponible en: <<https://derechosdigitales.org/8584/tpp-en-chile-un-historial-de-promesas-sin-cumplir/>> [consulta: 24.05.2016].

²³ PATRY, William (en: *How to Fix Copyright*. Nueva York: Oxford University Press, 2011) plantea, siguiendo a Lessig, la necesidad de restringir radicalmente los plazos de protección. Autores como el mismo Lessig y Boyle han abogado públicamente por volver a un sistema de protección previo registro y superar el modelo de protección automática. Véanse LESSIG, Lawrence (2004). *Free Culture*. Nueva York: Penguin Press y BOYLE, James (2008). *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven: Yale University Press.

²⁴ Tratado de Libre Comercio US-Chile, artículo 17.5.4.

Adicionalmente, los acuerdos comerciales, y en particular el TPP, asumen la existencia del mecanismo de *certificación* propio de la normativa interna de Estados Unidos, generando legítimas dudas respecto de la limitación de soberanía que ello implica. La *certificación* consiste en un mecanismo mediante el cual el gobierno de Estados Unidos se asegura que las normas que implementa el acuerdo comercial satisfacen sus expectativas. En concreto, Estados Unidos puede suspender de manera unilateral el cumplimiento del tratado, mientras no se asegure que el país socio ha modificado su regulación local de acuerdo con su propia interpretación. Este mecanismo supone una intervención muy alejada de los estándares del derecho internacional público en materia de implementación de tratados y, en la práctica, supone un nuevo mecanismo de control por parte de Estados Unidos hacia los socios comerciales: finalmente la entrada en vigencia del acuerdo depende de un acto unilateral de aceptación de los términos de implementación y no solo del acto formal de acordar el texto del tratado.

II. CONSECUENCIAS SUSTANTIVAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

En junio de 2015, un grupo de diez Relatores Especiales y Expertos Independientes de la ONU emitieron una declaración expresando su preocupación por el impacto respecto de los derechos humanos de los tratados de libre comercio e inversión²⁵, específicamente TPP y TTIP, en relación con los derechos a la vida, la comida, el agua, la salud, la vivienda, la educación, la ciencia y la cultura, los estándares de trabajo, la judicatura independiente, un medio ambiente limpio, y el derecho a no ser desplazado forzosamente. La declaración hacía referencia expresa a los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (“Principios de Ruggie”) de 2011, que se refiere a las obligaciones de derechos humanos de las empresas e insta a los Estados a asegurar un marco normativo que así lo permita en tratados de comercio e inversión²⁶.

A pesar de la justificada preocupación de los Relatores y Expertos, la falta de transparencia del proceso implicaba necesariamente una reacción a amenazas medianamente difusas, o bien vinculando trascendidos de la negociación y propuestas contenidas en acuerdos o reglas anteriores. Esa era, en general, la tónica frente al especulado contenido sustantivo del TPP²⁷, con la relevante excepción de los capítulos del tratado cuyo texto fue filtrado por internet: los capítulos de propiedad intelectual, inversiones, y medio ambiente, además de documentos de negociación. Similar situación ha ocurrido con las sucesivas filtraciones del texto del cuerpo y anexos del Acuerdo de

²⁵ Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031>> [consulta: 24.05.2016].

²⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, HR/PUB/11/04.

²⁷ Un examen acabado del contenido potencial de TPP hasta el 2015 y sus posibles impactos, mediante directa comparación con informes y documentos oficiales de los referidos Relatores Especiales y Expertos Independientes de la ONU, puede encontrarse en REID SMITH, Sanya (2015), *Potential human rights impacts of the TPP*, Third World Network, disponible en: <<http://www.twn.my/title2/FTAs/General/TPPHumanRights.pdf>>. [consulta: 24.05.2016].

Comercio de Servicios (*Trade in Services Agreement*, TiSA)²⁸ y documentos de negociación del TTIP²⁹.

La experiencia de TPP demostró que, gracias a tales filtraciones, una importante masa crítica de académicos, expertos y activistas se formó en torno al contenido de propiedad intelectual, supliendo brechas de conocimiento y estudio que muy probablemente eran parte del proceso. En América Latina, Derechos Digitales canalizó buena parte de los reparos dirigidos a las disposiciones sustantivas del tratado relacionadas con internet desde el 2011³⁰, y redes como “Chile Mejor Sin TPP” o la convergencia “México Mejor Sin TPP” levantaron una gran cantidad de preocupaciones adicionales, cuando la negociación del tratado ya estaba en la etapa final.

En este largo proceso fueron identificados cuatiosos impactos respecto de derechos humanos en las áreas que se describen a continuación.

1. Libre determinación de los pueblos

En primer término, en estrecha relación con las consecuencias procedimentales identificadas en la sección anterior, los problemas de democracia y soberanía planteados por tratados como TPP ponen bajo cuestionamiento el ejercicio de la libre determinación de los pueblos³¹. Aun cuando en teoría la negociación, aprobación, ratificación e implementación de un tratado por parte de los países participantes está depositada en órganos regulares y dentro del ámbito de su competencia, el mero cumplimiento formal está lejos de asegurar la expresión libre para establecer su condición política y modelo de desarrollo; muy especialmente, en función del encierro que la rigidez de un tratado como TPP representa para la modificación de sus términos.

A ello se suma la necesidad de consideración especial para pueblos indígenas, que conforme al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), además de su libre determinación como pueblos y del resguardo especial de sus intereses, deben ser consultados respecto de las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente³². Atendida la amplitud de materias cubiertas por estos tratados, como se ha hecho evidente en el caso de TPP, no es solamente razonable, sino exigible, la realización de consultas indígenas en los países firmantes. Ello no tuvo lugar a propósito de la negociación del tratado; si el proceso de implementación lo exigiere, podrían los Estados encontrar conflictos entre las obligaciones de implementación y los derechos de los pueblos indígenas en gran cantidad de materias.

²⁸ Disponibles en: <<https://wikileaks.org/tisa/>> [consulta: 24.05.2016].

²⁹ Disponibles en: <<https://ttip-leaks.org/>> [consulta: 24.05.2016].

³⁰ DERECHOS DIGITALES. “Se filtra la propuesta estadounidense de nuevo TLC”, 10 de marzo de 2011, disponible en: <<https://derechosdigitales.org/2034/filtracion-tpp/>> [consulta: 24.05.2016].

³¹ Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

³² Artículo 6 del Convenio N° 169 OIT.

2. *Propiedad intelectual, acceso al conocimiento y vida cultural*

El derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y participar en el progreso científico y sus beneficios³³, así como la libertad para la investigación científica y la actividad creadora³⁴ se ven notoriamente afectados por las disposiciones de propiedad intelectual del TPP.

En el caso de los tratados de libre comercio promovidos o firmados por EE. UU., es habitual encontrar disposiciones que hacen eco de intereses de la importante industria de contenidos estadounidense. Reglas que, en el sentido de protección de los derechos de autor, van mucho más allá de lo pactado internacionalmente en foros como la OMPI, o incluso en el Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC) de 1994, suscrito en el seno de la OMC. No solamente en el nivel de detalle, sino en el marcado desequilibrio entre los intereses que busca proteger y aquellos intereses contrapuestos resguardados por el derecho internacional de los derechos humanos. El tratado, tal como otros acuerdos bilaterales, busca reforzar las condiciones de explotación exclusiva, tanto para obras intelectuales sujetas a derechos de autor como para creaciones que son objeto de patentes.

El desequilibrio en esa clase de reglas ya ha sido acusado, entre otros, en el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales de Naciones Unidas, Farida Shaheed, en agosto de 2015, al declarar que “[e]l derecho a la protección de los intereses morales y materiales no puede utilizarse para defender las leyes sobre patentes que no respetan suficientemente el derecho a participar en la vida cultural, a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones, el derecho a la libertad científica y el derecho a la alimentación y la salud, y los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales”³⁵.

En relación con el derecho a la participación en la vida cultural común, y restringiendo las posibilidades de ejercicio libre de tal derecho, TPP establece como plazo mínimo de protección a los derechos de autor el de toda la vida del autor, más 70 años contados desde su muerte³⁶. Este plazo, que excede del estándar fijado por el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC, ya es parte de algunas legislaciones como la de Chile. La adición del plazo en acuerdos de libre comercio importa que la mayor parte de los países TPP deberán aumentar sus plazos de protección. Sin embargo, su necesidad o utilidad como estímulo a la creación carece de evidencia, extendiéndose condiciones de explotación exclusiva que limitan el acceso de obras al dominio público. Bajo la idea de la capa regulatoria adicional, la presencia de este nuevo estándar de facto en TPP implica que cualquier reducción posterior a nivel nacional es virtualmente imposible.

En un mismo sentido restrictivo, TPP establece reglas que sancionan la elusión de medidas tecnológicas de protección (MTP), que son restricciones técnicas a ciertos

³³ Artículo 27.1 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), Artículo 15.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

³⁴ Artículo 15.3 PIDESC.

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed*. 4 de agosto de 2015. A/70/279.

³⁶ TPP Capítulo 18, Artículo 18.63.

usos respecto de obras intelectuales, para limitar o impedir su acceso o para obstruir la producción de copias. Es decir, candados tecnológicos contra el acceso no autorizado por el titular de derechos de autor, o contra las copias no autorizadas por el titular de derechos de autor. TPP no solamente establece el deber de sancionar la evasión no permitida de las MTP³⁷. También obliga a sancionar, incluso penalmente, en aquellos casos en que el acto restringido es el acceso a una obra sin infracción posterior de derechos de autor, consagrando en los hechos la facultad de autorizar el acceso a una obra a favor del titular de derechos de autor. Dicha facultad no es parte de los derechos de autor, y constituye una expansión de las atribuciones de los titulares de derechos exclusivos con impacto directo en el uso de obras en ejercicio de excepciones y limitaciones al derecho de autor³⁸ y en el uso de obras de dominio público³⁹. Esto, finalmente, afecta no solo a la interacción con obras o material protegido por derechos de propiedad intelectual, sino que a la interacción con la tecnología, negando en buena parte las libertades derivadas de la participación del progreso de las ciencias.

Finalmente, las reglas de TPP buscan establecer un sistema para la remoción o bloqueo de internet de aquellos contenidos que infringen derechos de autor, mediante el establecimiento de responsabilidad de los intermediarios en línea en caso de no cumplir con el retiro una vez notificados⁴⁰. Reglas como estas ya existen en Chile (Ley 20.435) y Estados Unidos (DMCA), con diferencias sustantivas: mientras en Chile la notificación que hace obligatorio el retiro debe provenir de un tribunal (y por tanto, la solicitud de retiro requiere ser fundada y proveída por un juez); en Estados Unidos basta con un aviso privado del interesado en el retiro. Aunque la regla chilena lleva vigente poco más de seis años, informes oficiales del USTR han expuesto su disconformidad con tal sistema, promoviendo a cambio el modelo de la DMCA. Para los países que no cuentan con reglas en este sentido, una implementación según este modelo tendría grandes consecuencias no solamente desde el derecho de acceso a la cultura, sino también en todos aquellos casos en que el retiro implique un acto de censura, y por tanto, de afectación a la libertad de expresión⁴¹. La automatización de las solicitudes de retiro amparadas por ese sistema ha implicado la remoción de millones de obras y enlaces de internet, sin particular atención a los derechos de las personas afectadas sino en los casos en que ha existido una larga y costosa judicialización posterior.

3. Exclusividad de explotación de fármacos y salud

El TPP establece una regulación detallada para los derechos sobre patentes farmacéuticas y otras formas de explotación exclusiva de medicamentos. De forma no vista en acuerdos anteriores, TPP establece la protección de la exclusividad en el uso de

³⁷ TPP, Capítulo 18, Artículo 18.68.

³⁸ CANALES, María Paz y María del Pilar SOFFIA (2008). "La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor y el dilema del acceso a la cultura: ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?". En: CERDA, Alberto (ed.). *Acceso a la cultura y derechos de autor*, Santiago: Derechos Digitales, pp. 121-135.

³⁹ CANALES, María Paz (2012). "Impacto de las medidas tecnológicas de protección en el acceso al dominio público". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (1) 1: 103-123. DOI: 10.5354/0719-2584.2012.24026. [consulta: 24.05.2016].

⁴⁰ TPP, capítulo 18, sección J: Proveedores de Servicios de Internet.

⁴¹ Artículos 19 de la DUDH; 13 de la CADH y 19 del PIDCP.

datos de prueba para la producción de medicamentos de origen biológico, en los hechos fijando un derecho monopólico para su producción, por un período de al menos ocho años o una protección equivalente⁴². Como consecuencia de esto, no pueden entrar al mercado versiones genéricas de laboratorios que compiten, sino hasta agotado ese período. Para muchos países del tratado, se trata de una nueva forma de exclusividad antes no existente, que por tanto creará tal monopolio. Para países como Chile, donde se aplican reglas similares, la postergación de la entrada de competencia a tales medicamentos equivalen en promedio a 770 millones de dólares por cada año, según un estudio oficial⁴³. Desde el punto de vista del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud⁴⁴ esto significa una renuncia a posibilidades de acceso, que no viene aparejada de disposiciones favorables a la producción mediante licencias no voluntarias dentro de los Estados miembros.

4. Comercio electrónico y flujo de información (personal)

El TPP obliga, en el capítulo sobre Comercio Electrónico, a permitir el tráfico transfronterizo de datos, incluida la información personal, a otros territorios sin consideración si en tales territorios existe un nivel adecuado de protección de los derechos individuales⁴⁵. Se otorga así a las compañías la libertad de externalizar en otros países su almacenamiento de datos. Aunque se permiten excepciones que podrían justificar limitaciones de interés público, por ejemplo para establecer reglas de resguardo de la privacidad o los datos personales, el lenguaje del TPP y la interacción con otros acuerdos lo haría altamente difícil⁴⁶. Consecuentemente, las obligaciones del tratado impulsarían un flujo de información descuidando, o al menos obviando promover, la protección del derecho a la vida privada⁴⁷ en relación con la protección legal de datos personales.

5. Comercio y medio ambiente

El cuidado del medio ambiente es parte del TPP en un capítulo completo, aunque no privilegiando el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado⁴⁸, sino supeditado a la protección estatal de forma que no afecte el comercio o la inversión⁴⁹, mediante el establecimiento de estándares relativamente altos pero sin provisiones sólidas para su ejecución, y sin contrapeso ante otras reglas del tratado favorables a la industria

⁴² TPP, capítulo 18, artículo 18.51.

⁴³ El estudio es referido en AHUMADA, Ricardo (2015). "La letra chica del acuerdo TPP que atrasa la entrada de remedios más baratos al mercado chileno". *The Clinic Online*, 25 de noviembre de 2015. Disponible en: <<http://www.theclinic.cl/2015/11/25/la-letra-chica-del-acuerdo-tpp-que-atrasa-la-entrada-de-remedios-mas-baratos-al-mercado-chileno/>> [consulta: 24.05.2016].

⁴⁴ Artículos 15 del PIDESC y 25 de la DUDH, dentro del derecho a un nivel de vida adecuado.

⁴⁵ TPP, capítulo 14, artículo 14.11.

⁴⁶ KILIC, Burcu y Tamir ISRAEL (2015). *The Highlights of the Trans-Pacific Partnership E-commerce Chapter*. Washington: Public Citizen. Disponible en: <<https://www.citizen.org/documents/tpp-ecommerce-chapter-analysis.pdf>> [consulta: 24.05.2016].

⁴⁷ Artículos 12 de la DUDH; 13 de la CADH y 17 del PIDCP.

⁴⁸ Derivado del artículo 12 del PIDESC y reconocido en sucesivos instrumentos multilaterales y la Resolución de la Asamblea General 45/94 de la ONU.

⁴⁹ TPP, capítulo 20, artículo 20.3.

y el comercio contaminantes como el intercambio de combustibles fósiles⁵⁰. En un contexto mundial de indubitado cambio climático, en que los deberes de los Estados en esta materia se vuelven críticos, el TPP fija condiciones que dejan de lado a los derechos correlativos.

Estos son solo algunos puntos críticos, con otros todavía por ser expuestos. Pero como síntesis, las condiciones sustantivas establecidas por tratados comerciales como TPP pueden significar conflictos con los derechos humanos de los individuos en los países firmantes. Si los Estados firmantes respetan la idea de “la primacía de las obligaciones relativas a los derechos humanos sobre las políticas y los acuerdos económicos”⁵¹, o si la actitud de integración comercial termina siendo políticamente más firme, está aún por verse.

CONCLUSIONES

Los grandes acuerdos de libre comercio constituyen una forma de reordenación del orden jurídico internacional que prescinde de mecanismos que pudieran morigerar, siquiera en parte, el mayor poder de negociación de condiciones de intercambio de algunas economías sobre otras.

En el establecimiento de condiciones que apunten en tal sentido, los ejemplos recientes de grandes acuerdos comerciales de carácter regional muestran una tendencia clara hacia una ordenación económica e ideológica particular, que coincidentemente favorece a algunas grandes economías liberales como la de Estados Unidos. Esta reconfiguración se manifiesta en la imposición de reglas, a modo de “estándares”, que cada país negociante debe implementar con la aspiración de un crecimiento que los lleve a un estadio de desarrollo similar al de países que no tuvieron que asumir tales reglas para crecer. En esa reconfiguración, prescindiendo de discusión regulatoria interna, se establecen normas sustantivas con directo impacto en la regulación, el equilibrio y el ejercicio de los derechos humanos. En el entorno digital, desigualmente regulado a nivel mundial, esas normas sustantivas son particularmente notorias.

Sin embargo, es al mirar estos procesos con algo más de distancia que se observan las mayores amenazas al reconocimiento y resguardo de derechos humanos. La agenda de comercio internacional se ha convertido, en la práctica, en el foro donde se negocia el contenido material y concreto de los derechos fundamentales. No desde una perspectiva de resguardo de la dignidad humana, o siquiera desde el punto de vista de las necesidades de desarrollo de naciones desfavorecidas, sino puntualmente desde un enfoque neoliberal, bajo condiciones de secreto e inmutabilidad que encierran el desarrollo de los derechos humanos.

⁵⁰ SIERRA CLUB (2015). *TPP Text Analysis: Environment Chapter Fails to Protect the Environment*. Disponible en: <<https://www.sierraclub.org/sites/www.sierraclub.org/files/uploads-wysiwig/tpp-analysis-updated.pdf>> [consulta: 24.05.2016].

⁵¹ Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU N° 2000/7, de 17 de agosto de 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA, Ricardo (2015). “La letra chica del acuerdo TPP que atrasa la entrada de remedios más baratos al mercado chileno”. *The Clinic Online*, 25 de noviembre de 2015. Disponible en: <<http://www.theclinic.cl/2015/11/25/la-letra-chica-del-acuerdo-tpp-que-atrasa-la-entrada-de-remedios-mas-baratos-al-mercado-chileno/>> [consulta: 24 de mayo de 2016].
- BAEZA FREER, Jaime y Miguel Ángel LÓPEZ VARAS (2015). “El Congreso Nacional de Chile y el proceso de ratificación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América”. *Estudios internacionales* (47) 182: 37-55. DOI: 10.5354/0719-3769.2015.37883 [consulta: 24.05.2016].
- BOYLE, James (2008). *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven: Yale University Press.
- CANALES, María Paz (2012). “Impacto de las medidas tecnológicas de protección en el acceso al dominio público”. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (1) 1: 103-123. DOI: 10.5354/0719-2584.2012.24026 [consulta: 24.05.2016].
- CANALES, María Paz y María del Pilar SOFFIA (2008). “La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor y el dilema del acceso a la cultura: ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?”. En: CERDA, Alberto (ed.). *Acceso a la cultura y derechos de autor*, Santiago: Derechos Digitales, pp. 121-135.
- CUEVAS, Rodrigo (2014). “Trans-Pacific Partnership: el complejo camino del acuerdo del siglo XXI”. *Estudios Económicos* (31) 63: 25-56.
- DERECHOS DIGITALES. *Relaciones Exteriores deniega acceso al texto del TPP*, 30 de julio de 2011. Disponible en: <<https://derechosdigitales.org/2126/relaciones-exteriores-deniega-acceso-al-texto-del-tpp/>> [consulta: 24.05.2016].
- DIRECON (2016). *Acuerdos Comerciales*. Disponible en: <<https://www.direcon.gob.cl/acuerdos-comerciales/>> [consulta: 24 de mayo 2016].
- ELMS, Deborah (2014). “TPP: ¿qué tiene de siglo XXI?”. *Puentes*, (15) 6: 18-20.
- FURCHE, Carlos (2013). *Chile y las Negociaciones del TPP: Análisis del Impacto Económico y Político*. Santiago: Derechos Digitales, disponible en: <<https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/TPP-Informe-Furche-Digital-Final-con-disenoliviana.pdf>> [consulta: 24.05.2016].
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan (2016). “El TTIP, TPP, TISA, CETA... vulneran el sistema internacional de los derechos humanos”. ALAI, 4 de enero de 2016. Disponible en: <<http://www.alainet.org/es/articulo/174502>> [consulta: 24.05.2016].
- LESSIG, Lawrence (2004). *Free Culture*. Nueva York: Penguin Press.
- MEREMINSKAYA, Elina (2003). “Impactos de la Integración Económica en la Aplicación del Derecho Privado”. *Revista de derecho (Valdivia)* (15): 59-73. DOI:10.4067/S0718-09502003000200003 [consulta: 24 de mayo 2016].
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, HR/PUB/11/04.

- PATRY, William (2011). *How to Fix Copyright*. Nueva York: Oxford University Press.
- RAMÍREZ ZAMUDIO, Eduardo (2011). “Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica Estratégica (TPP). ¿Solución comercial a la tensión político-militar de la región? o ¿estrategia estadounidense para disminuir la influencia de China en Asia?”. *Portes*, tercera época (5) 10: 35-65.
- REID SMITH, Sanya (2015), *Potential human rights impacts of the TPP*, Third World Network, disponible en: <<http://www.twn.my/title2/FTAs/General/TPPHumanRights.pdf>>. [consulta: 24.05.2016].
- RUIZ, Claudio. “TPP en Chile: Un historial de promesas sin cumplir”. *Derechos Digitales*, 23 de abril de 2015. Disponible en: <<https://derechosdigitales.org/8584/tpp-en-chile-un-historial-de-promesas-sin-cumplir/>> [consulta: 24.05.2016].
- SIERRA CLUB (2015). *TPP Text Analysis: Environment Chapter Fails to Protect the Environment*. Disponible en: <<https://www.sierraclub.org/sites/www.sierraclub.org/files/uploads-wysiwig/tpp-analysis-updated.pdf>> [consulta: 24.05.2016].
- WEHNER, Leslie (2011). “Chile’s rush to free trade agreements”, *Revista de Ciencia Política* (Santiago), vol. 31, número 2: 207-226.