

**IMPLICANCIAS
DEL ACUERDO
TRANSPACÍFICO
(TPP)**



IMPLICANCIAS
DEL ACUERDO
TRANSPACÍFICO
(TPP)



Contenido

1. Antecedentes generales	5
2. TPP y desarrollo económico chileno	6
3. Impactos del Tratado Trans Pacífico (TPP) en Medicamentos.....	10
4. Mecanismo de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estado	27
5. TPP y derechos humanos.....	33
6. Derechos de los pueblos indígenas	39
7. Soberanía Alimentaria, transgénicos, y atribuciones del Congreso.....	46
8. Bajada de contenido de Internet	51
9. Efectos del TPP en el ejercicio de la libertad de expresión	55
10. Potenciales impactos del TPP sobre la naturaleza y la justicia socio-ambiental	58
11. Referencias.....	69

Colaboradores

- **Pablo Viollier**, ONG Derechos Digitales
- **Eduardo Giesen**, Viento Sur
- **Lucía Sepúlveda**, Red de Acción en Plaguicidas RAP-Chile
- **Carlos Figueroa**, Revolución Democrática
- **José Aylwin**, Observatorio Ciudadano
- **Paulina Acevedo**, Observatorio Ciudadano
- **Ignacio Sanz**, Centro Democracia y Comunidad
- **Tomás Lagomarsino**, Fundación Equidad Chile
- **Luis Sierra**, Convergencia de Izquierdas
- **Lucio Cuenca**, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales.

1. Antecedentes generales

El Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica (TPP, por sus siglas en inglés), es un tratado político comercial que impulsa Estados Unidos, y que lo integran Chile, Brunei, Nueva Zelanda, Japón, Canadá, Australia, México, Perú, Malasia y Vietnam, convirtiéndose en uno de los más grandes hasta ahora negociados, al concentrar los 12 países que ahora lo conforman un 40% del PIB mundial e involucrar a un mercado de más de 800 millones de personas (12% de la población mundial).

El TPP fue negociado durante más de 7 años –desde 2008, en adelante- bajo el más estricto secreto, conociéndose solo parte de su texto gracias a filtraciones de Wikileaks, y por tanto en abierta contradicción con principios básicos de la democracia, como son la participación, la transparencia, y el acceso a la información pública.

El pasado 04 de febrero -en la ciudad de Auckland, Nueva Zelanda- estos países suscribieron el texto final del acuerdo, quedando pendiente ahora su tramitación por parte de los congresos nacionales de estos Estados. Estos no pueden hacer modificación alguna a sus contenidos, limitándose a aprobar o rechazar sus más de seis mil páginas. El texto final lo componen 656 páginas con más de 4.000 de anexos.

Para su entrada en vigencia, el TPP debe ser ratificado al menos por los parlamentos de seis de los países suscriptores, los que deben a su vez representar al menos el 85% del PIB del total de países miembros. Estados Unidos representa el 67%, lo que implica que sea una condición necesaria que EE.UU apruebe el TPP para que este entre en vigor.

2. TPP y desarrollo económico chileno

El TPP tiene por objetivo darles la mayor libertad posible a las grandes empresas que operan globalmente para hacer negocios en los doce países signatarios. Con ese objeto elimina las tarifas arancelarias y, busca eliminar toda otra regulación nacional que pueda ser considerada una “barrera contra el libre comercio”. Además no sólo desregula el comercio, sino también la inversión extranjera. Pretende eliminar cualquier diferencia de trato entre las empresas nacionales y las empresas de otros países signatarios que inviertan en el país. Y enseguida les concede a las empresas extranjeras una posibilidad, que no tienen las empresas nacionales, de acudir a árbitros fuera de los sistemas judiciales constitucionales de los países miembros.

Principio fundamental del Tratado

El principio fundamental del TPP es el de reciprocidad o simetría. Todas las empresas de los países firmantes deben poder operar en todas las otras economías en igualdad de condiciones, aún considerando las empresas nacionales o estatales del país en cuestión. El Tratado quiere ir aún más allá que otros convenios internacionales pasados, como el GATT y la OMC, que aceptaban un trato diferente, reconociendo la diferencia de tamaño, de peso económico, de desarrollo científico, tecnológico y social entre los países. Aquí no se toma en cuenta, por ejemplo, que la economía de EEUU es 67 veces la de Chile, que las importaciones desde Chile representan menos del 0,5 por ciento del total importado en EEUU, mientras que para Chile las de EEUU representan 20% (DIRECON, 2015). Chile produce predominantemente

bienes poco elaborados e importa bienes industriales y manufacturados. No es país desarrollado. Si se trata en igual forma lo que es diferente, los resultados serán desiguales.

Sus efectos

Este reconocimiento de diferencias es necesario si Chile desea aumentar su nivel industrial y abandonar una situación predominante de productor de materias primas y bienes de poca elaboración (cobre, madera, pescado, fruta...). Así mismo, que pueda hacer crecer su industria (sobre todo manufacturera) y crear así una cantidad creciente de puestos de elevado nivel, condiciones laborales y bien remunerados, donde emplear a una población cada vez más calificada. En una palabra, alcanzar el desarrollo económico y social.

TPP no trae beneficios claros para Chile

Cancillería ha pronosticado el acceso de 1600 nuevos productos a los distintos mercados del TPP y el mejoramiento de tarifas para otros 1400. Asimismo, ha argumentado que la inclusión de nuevas reglas de origen para productos elaborados en los países del TPP puedan incentivar nuevas cadenas de valor.

Sin embargo, los beneficios no han sido comprobados y, tanto los estudios nacionales como los internacionales, pronostican pérdidas o magros beneficios para Chile. Los estudios más optimistas, del Banco Mundial, hablan de un aumento de 1% del PIB hacia el 2030 (0,07% por año) para Chile. Ello considerando pérdidas específicas en nuestro país (alrededor 0,7%) en los sectores industriales como el transporte, maquinaria y productos químicos. Los estudios

menos optimistas pronostican una pérdida de -0,4% del PIB hacia el 2025 si se firmara el acuerdo.¹ Esto sin considerar la falta de estudios de la Cancillería chilena –a la fecha– que analicen los costos que significará en los distintos sectores productivos (bienes y servicios), y los costos de adherir a la nueva política de propiedad intelectual. Informes menos optimistas que los del Banco Mundial han incluso pronosticado pérdidas de empleos para Chile. Un estudio realizado por la Universidad de Tufst pronostica pérdidas de empleos para Chile y Perú de alrededor de 12.000 puestos.

Cabe argumentar, que ha sido ampliamente criticada la idea que el TPP pueda producir mayor empleo o fomentar la inversión, como en algún momento lo afirmó el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, Heraldo Muñoz.²

Resultados de tratados parecidos

De este modo el Tratado amplía y consolida lo que otros tratados de parecida intención con EEUU (TLC), la Unión Europea y otros países han ya provocado:

- Una fuerte desindustrialización
- Una mayor dependencia de productos extranjeros que no pueden ser pagados con producción nacional y que provoca un déficit en el comercio exterior. El TLC con EEUU llevó de un superavit

¹ Peter A. Petri, Michael G. Plummer and Fan Zhai (2015), Extraído de http://asiapacifictrade.org/?page_id=2, <http://qz.com/517612/charted-what-the-landmark-trans-pacific-trade-deal-really-means/>

² Heraldo Muñoz, extraído de: <http://www.icndiario.com/2016/02/06/chile-asegura-que-tpp-traera-mas-empleo-y-crecimiento-al-pais/>

(2003) a un déficit de más de 7 mil millones de dólares en 2012. Algo parecido ha sucedido con la Asociación con la Unión Europea (DIRECON, 2015).

- Una dependencia del país de la exportación primaria minera, como el cobre. Chile depende por eso del precio de las materias primas. Si China compra menos y baja el precio del cobre, la economía chilena amenaza desplomarse.

El capítulo sobre el desarrollo

El TPP dedica el capítulo 23 al desarrollo. Es uno de los capítulos más cortos, cuatro páginas, y se agota en declaraciones y que a veces son desmentidas en el mismo tratado. Como hemos manifestado, es la reciprocidad su principio fundamental, no una diferencia que apoye el camino chileno al desarrollo.

De nada sirve por eso el artículo 23.2, "Promoción del desarrollo", donde se afirma que el Tratado "toma en cuenta los diferentes niveles de desarrollo económico de las Partes, incluso mediante disposiciones que apoyan y permiten el logro de objetivos nacionales de desarrollo." Las diferencias son pocas, débiles, no pueden ser ampliadas y son limitadas en el tiempo.

3. Impacto del Tratado Trans Pacífico (TPP) en Medicamentos

Esta sección es el resumen de la minuta con el mismo nombre desarrollada por Fundación Equidad Chile a cargo del Dr. Tomás Lagomarsino.

¿Cómo está compuesto el mercado de medicamentos?

La industria farmacéutica en Chile abarca un mercado de 2.700 millones de dólares anuales (2014), con una participación de 20% para el sector público (compras realizadas por CENABAST, Hospitales públicos y municipios), 22% para el sector privado institucional (incluye principalmente clínicas y centros de especialidades) y 58% para el sector retail (farmacias). En el contexto internacional el mercado de medicamentos chileno es pequeño, con una participación de 0,2% a nivel mundial y de 3,2% a nivel latinoamericano. Adicionalmente, el mercado de farmacias del retail es altamente concentrado (sólo 3 cadenas representan más del 90%) y desregulado en el ámbito privado, lo que nos lleva a tener los precios más altos de la región.

El gasto de bolsillo en salud (indicador validado para medir la equidad en salud) representa el 31% del gasto total en salud en Chile. La OMS propone que esta cifra no supere un 20% y el promedio de los países de la OCDE es 19% (2013). Estas cifras son responsabilidad en gran parte por el costo de los medicamentos, siendo el gasto de bolsillo en medicamentos de \$1.300.000 millones en 2014, ubicándose como uno de los gastos más importantes dentro de los distintos productos

de salud que consumen los hogares en Chile (29% del gasto total en salud de los hogares, seguido por un 19% en gasto en servicios médicos ambulatorios). Además se observa una gran desigualdad en este punto, ya que para el quintil I el gasto en medicamentos representa un 63% del gasto total en salud, mientras que para el quintil V representa tan sólo un 35%.

Por las características del mercado de medicamentos chileno, altamente monopolizado y sin mecanismos de contención de costos, toda nueva regulación (el Tratado Trans Pacífico en este caso) debe ser evaluada en función de los costos que serán traspasados a los usuarios del sistema de salud.

¿Qué es un innovador y similar?

El innovador es aquel medicamento que contiene un principio activo nuevo y con el que se ha realizado una investigación y desarrollo completo, desde su síntesis química hasta su utilización clínica. Es por tanto el primero, y a veces el único, que aporta datos propios de seguridad y eficacia terapéutica de la especialidad farmacéutica concreta. Generalmente está comercializado en distintos países por el mismo titular, incluso con el mismo nombre.

Los similares agrupan a todas aquellos medicamentos que salen al mercado después del innovador, conteniendo el mismo principio activo, pero sin consentimiento de éste. Estos medicamentos han de cumplir los mismos criterios de calidad que los anteriores y basan sus datos de seguridad y eficacia terapéutica en la documentación publicada que existe sobre dicho principio activo (que generalmente es la desarrollada por el innovador).

¿Qué es un medicamento biológico?

Están definidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como medicamentos obtenidos a partir de microorganismos, sangre u otros tejidos. Los medicamentos que se pueden considerar productos biológicos incluyen: Vacunas, alérgenos, antígenos, hormonas, citocinas, enzimas, derivados de la sangre y el plasma humano, sueros inmunes, inmunoglobulinas, anticuerpos, productos de fermentación (incluyendo los elaborados mediante tecnología recombinante) y reactivos empleados para diagnóstico *in vitro*.

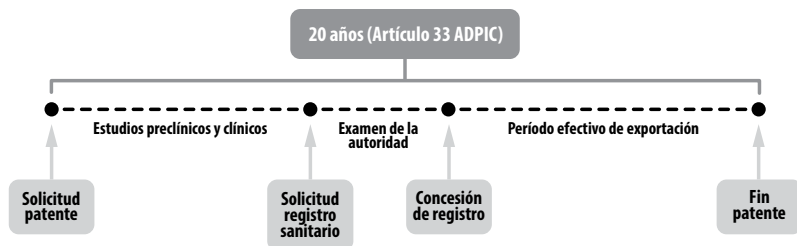
Actualmente no hay una definición clara y uniforme de productos biotecnológicos, bioterapéuticos, biosimilares, por parte de diversos entes a nivel internacional considerados de referencia. En general son medicamentos de alto costo y sumamente requeridos por los pacientes debido a que son necesarios para evitar el avance de la enfermedad, complicaciones, grados variables de discapacidad y la muerte.

Se estima que un 26% del gasto en medicamentos del sector público se realiza en medicamentos biológicos (2014). Es por lo anterior que la Ley Ricarte Soto, promulgada en 2015, está principalmente dirigida a este tipo de medicamentos al crear un fondo de \$100.000 millones para tratamientos de alto costo.

¿Por qué las farmacéuticas necesitan crear nuevos mecanismos?

Actualmente las patentes conceden derechos exclusivos que permitirán utilizar y explotar una invención e impedir

que terceros la utilicen sin su consentimiento. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) establece en su artículo 33 que la protección conferida por una patente no expirará antes de que haya transcurrido un período de 20 años desde la fecha de presentación de la solicitud. Sin embargo, para aquellos productos como los farmacéuticos que requieren una autorización de comercialización (registro sanitario) existe una diferencia entre el período teórico y práctico de la patente, dado que no pueden comercializar su producto hasta contar con un respaldo de seguridad y eficacia que debe ser desarrollado posterior al patentamiento. A lo anterior se suma el período de examen de la autoridad sanitaria que concede el registro provocando que el período efectivo de explotación se restrinja muy por debajo de los 20 años teóricos (ver ilustración). Es por lo anterior que la industria farmacéutica busca implementar nuevas medidas para prolongar artificialmente el período de su patente.



¿Dónde estamos situados?

Los temas abordados por el TPP no son nuevos. Chile se encuentra incluido en el *Special 301 Report* de la *Office of the United States Trade Representative* (USTR) desde 2001. Este es un informe que califica las barreras comerciales para las compañías y productos estadounidenses, es elaborado por

el Representante de la Oficina de Comercio de los Estados Unidos anualmente y cataloga a los países en una lista de observación simple o prioritaria (en la que se encuentra Chile).

Como era de esperarse, en el Tratado de Libre Comercio fueron negociadas nuevas regulaciones favorables para las farmacéuticas estadounidenses en los puntos críticos manifestados por el informe: 1) Información no divulgada por cinco años, 2) Linkage (vinculación) entre el registro sanitario y la propiedad industrial, y 3) Compensación por los retrasos administrativos en la aprobación de las patentes. Lo tres puntos quedaron incluidos en el artículo 17.10 referente a Medidas relativas a ciertos productores regulados.

La información no divulgada, o también denominada protección de datos de prueba, es un mecanismo otorgado por la autoridad sanitaria (Instituto de Salud Pública en el caso chileno) al momento de aprobar el registro sanitario de un medicamento que contenga una nueva entidad química y se asigna respecto de la información preclínica y clínica relacionada a su seguridad y eficacia. La protección de los datos genera un monopolio comercial fáctico mientras dura su extensión, para quien la obtiene y su producto farmacéutico, lo que le permite, en un mercado como el chileno sin regulaciones económicas asignar el precio que se desee al producto y mantenerlo en el tiempo, sin competencia ni restricciones. Países latinoamericanos como Perú y México no poseen este mecanismo en su legislación actualmente.

Los informes sucesivos a la suscripción del Tratado de Libre Comercio quedaban atentos a la implementación del mismo. Cosa que ocurrió en 2005, cuando se aprueba la Ley 19.996

que Modifica la Ley N°19.039 sobre Propiedad Industrial introduciendo la información no divulgada en la legislación chilena por un período de cinco años. Esta ley es clara en señalar, en el artículo 90, que no se considerará como nueva entidad química para la aplicación de la información no divulgada los nuevos usos o indicaciones terapéuticos, los cambios en la vía de administración o formas de dosificación, y los cambios en las formas farmacéuticas, formulaciones o combinaciones de entidades químicas (cosa que cambia el TPP). Adicionalmente, el artículo 91 de dicha ley, establece una medida para impedir la captura de mercados amparados en la información no divulgada, al no proceder esta cuando transcurran más de doce meses desde el registro en el extranjero o cuando transcurran doce meses en que el producto no haya sido comercializado en territorio nacional después de su registro en Chile.

La implementación del TLC en temas de medicamentos no dejó conforme a Estados Unidos expresándolo en los Informes Especiales 301 de la USTR desde 2006 hasta la fecha. En particular, aunque se intentó introducir un Linkage administrativo al vincular el registro sanitario –a cargo del Instituto de Salud Pública– con la propiedad industrial –a cargo del Instituto Nacional de Propiedad Intelectual–, la autoridad sanitaria resolvió esto a través de un Linkage judicial al derivar estas aprehensiones de las farmacéuticas a los tribunales.

¿Qué provoca la información no divulgada en lo concreto?

Un ejemplo es el fármaco Abatacept (inmunosupresor ocupado para la Artritis Reumatoide) que ingresó al mercado

chileno por registro sanitario concedido en 2007 en el que solicitó acogerse al mecanismo de información no divulgada. Hasta 2012, fecha en que se acabó la protección de datos de prueba, el costo de la ampolla rodeaba los \$335.000 la unidad. Posteriormente, al ingresar competidores al mercado, el costo unitario cayó hasta un 15% (\$50.000 por ampolla).

¿Fue advertida la DIRECON sobre el tema de medicamentos?

Durante 2015 tres documentos advertían las consecuencias del TPP en medicamentos. El primero de ellos fue elaborado por el Departamento de Políticas Farmacéuticas de la Subsecretaría de Salud Pública, que actuó como asesor técnico del equipo negociador de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON), que desarrolló una minuta con cinco líneas rojas no transables en la negociación.

De las siguientes líneas rojas la DIRECON cedió las últimas cuatro:

1. Patentamiento de segundos usos
2. Ocho o doce años de información no divulgada para medicamentos biológicos
3. Tres años de información no divulgada para nuevas indicaciones
4. Vinculación (Linkage) administrativo entre el registro sanitario y la propiedad industrial
5. Extensión de la exclusividad de mercado para países con registro por referencia

En septiembre de 2015 el Ministerio de Salud recibió un memorándum de la Organización Mundial de la Salud (OMS) enviado a la autoridad sanitaria de los doce países involucrados en el Tratado advirtiéndole sobre las consecuencias para el sector. En el documento se incluía el impacto en las políticas públicas referentes a la lucha contra el tabaco, alimentación no saludable y obesidad, y propiedad intelectual de medicamentos.

El tercero de los documentos será detallado más adelante.

¿Cómo afecta el Tratado Trans Pacífico a los medicamentos biológicos?

Es de transversal aceptación que el artículo sobre Productos Biológicos fue un obstáculo constante en el avance de las rondas de negociación. Ha trascendido que la última ronda de negociación en Atlanta se prolongó aproximadamente 3 días adicionales sólo por este artículo, estando todo el texto restante sancionado. Adicionalmente, en la discusión de este artículo durante dicha negociación, peligró todo el Tratado ante la posición de Chile, Perú y México (estos dos últimos no poseen información no divulgada en su legislación).

Cabe señalar que, desde que Estados Unidos aprobó en 2009 la Ley de Competencia e Innovación de Productos Biológicos (Biologics Price Competition and Innovation Act), se establecieron en dicho país doce años de exclusividad para productos biológicos distribuidos entre mecanismos de información no divulgada y exclusividad de mercado.

Dado que Estados Unidos pretendía homogeneizar a doce años de información no divulgada los países incluidos en

el TPP, este tema se transformó en el obstáculo final y las partes no cedían producto de las presiones: Estados Unidos recibía la presión del Congreso y la industria farmacéutica, y Chile la presión del Ministerio de Salud y las organizaciones de la sociedad civil. Finalmente, y según trascendió extraoficialmente, el representante de la Oficina de Comercio (USTR) Michael Froman propuso establecer una redacción ambigua para que los negociadores regresaran a sus países manifestando que no se cedieron los 5 años de información no divulgada para productos biológicos.

En reunión con la Plataforma Chile Mejor Sin TPP (23 de mayo de 2016) el Canciller Heraldo Muñoz reconoció que en “algunos párrafos hay una cierta ambigüedad creativa en la redacción”. Sin embargo, añadió que la interpretación de Cancillería son cinco años y que Estados Unidos deberá ir a paneles internacionales si es que quiere exigir que sean más años.

El texto definitivo establece dos opciones en el artículo 18.51 que crean la ambigüedad dado que los países pueden optar por (a) ocho años de información no divulgada o (b) cinco años de información no divulgada más otras medidas que brinden resultados comparables de mercado. Si bien Cancillería ha descansado en una nota de página donde no se menciona a Chile entre los países que requieren cambios en su ordenamiento jurídico, esta tranquilidad no se justifica dado que el objetivo de la nota es establecer un período de transición para los países que actualmente cuentan con menos de cinco años de información no divulgada (Malasia, Perú, México y Brunei). A saber, los países que proveen cinco años de información no divulgada actualmente son: Australia, Nueva Zelanda, Singapur y Chile.

Esta ambigüedad ha llevado a que el gobierno chileno manifieste que sólo habrán cinco años de exclusividad de mercado para productos biológicos y que el gobierno estadounidense afirme que son ocho años. Esta aseveración se refleja en las palabras del representante Michael Froman en la conferencia de prensa cuando fue firmado el Tratado el 4 de febrero de 2016, en la entrevista que confirió a The Wall Street Journal, al Informe Especial 301 de 2016 y a los documentos publicados en el sitio web de la USTR.

Ante las reiteradas consultas a Cancillería sobre las otras medidas que establece la opción (b), la respuesta ha sido que son sólo medidas administrativas y que no deberían impactar en los años de exclusividad de mercado. Sin embargo, cuando se ha consultado por qué entonces dichas medidas no existen en la opción (a) las respuestas han sido confusas.

Una forma de esclarecer el trasfondo de estas medidas administrativas lo entregó la organización Public Citizen dado que existen antecedentes para pensar que las medidas adicionales contempladas en (ii) sea aplicar el modelo de farmacovigilancia de Japón por tres años por sobre los cinco de información no divulgada asegurando en total ocho años de exclusividad de mercado. A todas luces estas medidas administrativas entorpecerían el ingreso de biosimilares que es a lo que apunta la industria farmacéutica.

El numeral 2 del artículo 18.51 define los productos biológicos de forma tan amplia que incluso las vacunas son incluidas dada su su modalidad de producción. Esto ha sido negado por Cancillería, sin embargo si acudimos a la definición establecida por la OMS queda claro su inclusión.

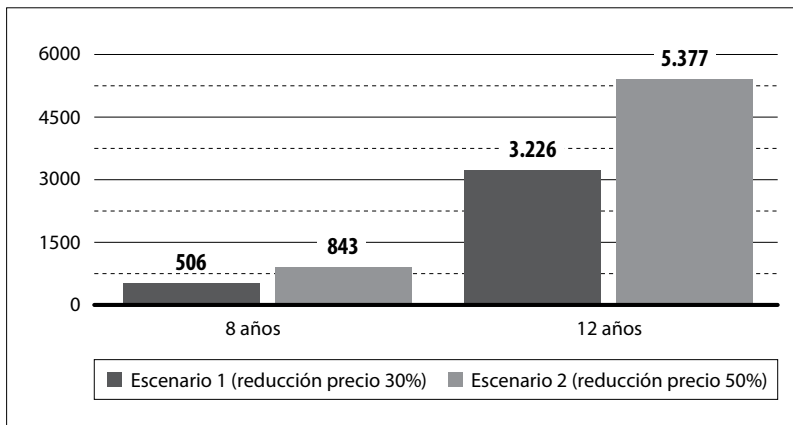
Adicionalmente el numeral 3 del artículo 18.51 dispone la revisión del período de exclusividad en un período de 10 años o cuando lo disponga la Comisión. Esto preocupa dado que en un período de 10 años o por iniciativa de la Comisión TPP se revisaría el período de exclusividad de mercado establecido, pudiendo incluso ampliarse. También inquieta la revisión de la definición porque podrían incluirse nuevas modalidades de producción de productos biológicos que escapen a la descripción establecida por TPP.

¿Cuál es el impacto económico de los cambios en medicamentos biológicos?

El tercer documento desarrollado durante 2015 fue desarrollado por la Subsecretaría de Salud Pública y contiene una proyección del impacto económico de aumentar el período de información no divulgada a ocho o doce años (que eran las dos posibilidades que se discutían en aquel entonces). Aunque la minuta se refiere a ocho años información no divulgada, esta es equivalente a los ocho años de exclusividad de mercado que derivarían de las medidas adicionales contempladas en la opción (b).

El impacto es calculado en un escenario pesimista (reducción de 50% del precio al ingresar genéricos) y uno favorable (reducción de 30% del precio) como se muestra en el gráfico. Este costo ascendería a 843 millones de dólares anuales en un escenario desfavorable (ver gráfico), lo que corresponde a más de cinco veces la Ley Ricarte Soto.

**Proyección impacto económico TPP.
Pérdida adicional a 5 años de información no divulgada
(millones de dólares)**



¿Afectará a los medicamentos en otros aspectos?

El artículo 18.48 sobre Ajuste del Plazo de la Patente por Retrasos Injustificados está contemplado parcialmente en la legislación chilena, sin embargo provoca precaución dado que Estados Unidos ha manifestado reiteradamente su disconformidad con los plazos que dispone la autoridad sanitaria nacional. La revisión de la legislación podría provocar prolongación injustificada del período de protección de patentes por razones administrativas. Estas aprehensiones se basan en una nota al pie que podría establecer este período adicional *sui generis* que se transformaría en una ampliación administrativa de la protección sin justificación alguna.

El artículo 18.50 define y regula de forma general la Protección de Datos de Prueba u Otros Datos No Divulgados. Aunque Chile ya contempla en su legislación la información

no divulgada por cinco años, otros países del Tratado no la poseen como Malasia, Perú, México y Brunei.

La segunda parte del artículo 18.50 permite la extensión de la exclusividad de mercado para países con registro por referencia. Aunque Chile no otorga registros sanitarios por referencia (país buzón), y por tanto no se vería afectado en la actualidad por esta normativa, si la legislación variara a esta modalidad se debería implementar esta disposición impidiendo que ingresen similares (genéricos) cuando posean información no divulgada en otro país.

La tercera parte del artículo 18.50 posibilita la solicitud de tres años de información no divulgada para nuevas indicaciones, nueva formulación o nuevo método de administración. Esto implica que un laboratorio, sin haber innovado en el principio activo del producto farmacéutico podrá obtener un nuevo período de exclusividad de mercado (monopolio) cuando tenga evidencia científica que avale nuevas indicaciones, formulación o vía de administración. Esto va en directa contraposición con la legislación sobre Propiedad Industrial que establece, en el artículo 90, que no se aplicará la información divulgada ante estas situaciones.

Cabe señalar que una nota a este numeral establece que una Parte que tenga ocho años de información no divulgada para medicamentos en general, es decir tres años adicionales a los requeridos por el Tratado, no deberá lo señalado en el párrafo anterior. Esto va en la línea de promover que los países adopten ocho años de información no divulgada para medicamentos en general.

El mismo artículo permite a los países adoptar medidas para proteger la salud pública en conformidad con la Declaración sobre ADPIC, que establece las emergencias sanitarias ante las cuales se puede hacer una excepción. Estas medidas consisten primero en la negociación con el titular, y si no hay voluntad de sublicenciar se hace de forma obligatoria pagando un royalty.

El artículo 18.53 establece Medidas Relativas a la Comercialización de Ciertos Productos Farmacéuticos. El primer numeral, en el caso de persistir en Chile el Linkage judicial, dispone de medidas para que la farmacéutica tenga mayores facilidades y tiempo para evitar el registro sanitario del similar, provocando atrasos indefinidos en su registro. Esto hace inútil la existencia del Linkage judicial como alternativa al administrativo. Una nota de página define la comercialización cuando el producto se incorpora a un listado propio de los programas de asistencia médica nacional retrasando indefinidamente el uso del medicamento en el sistema de salud hasta solucionar la controversia en tribunales.

Ya habiendo inhabilitado el Linkage judicial en el primer numeral, el segundo numeral establece el Linkage administrativo como una alternativa menos engorrosa pero igual de perjudicial en definitiva. Este numeral vincula el registro sanitario a cargo del Instituto de Salud Pública (ISP) con la propiedad industrial a cargo del Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI) obligando a la autoridad sanitaria a pronunciarse en temas de patentes. Actualmente el registro sanitario se otorga o deniega en base a aspectos exclusivamente sanitarios como eficacia, seguridad y calidad. Al introducir el Linkage administrativo se obligaría

al ISP a evaluar y rechazar un registro si hay infracción de patentes, sobrecargando el actual sistema de otorgamiento de permisos para la distribución de medicamentos.

Adicionalmente, esta vinculación imposibilita la permanencia de los mecanismos establecidos en las letras d) y e) del artículo 91 de la Ley sobre Propiedad Industrial señalados previamente.

¿Hubo otras advertencias?

En abril de 2016 siete relatores, algunos especiales y otros independientes, de Naciones Unidas dirigen una carta al Canciller Heraldo Muñoz manifestando sus aprehensiones sobre el Tratado Trans Pacífico. El documento no dejó de lado los cuestionamientos sobre medicamentos y que son propias del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Dainius Pūras.

El relator es claro en señalar que el TPP puede generar un aumento en el precio de los medicamentos, y crear excesivos obstáculos para acceder a medicamentos esenciales a un precio asequible, principalmente medicamentos genéricos. Por lo tanto, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental puede verse seriamente comprometido, así como el derecho de toda persona al goce de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones. Por último, este tipo de disposiciones pueden contribuir a resultados negativos en la salud pública y a crear una carga innecesaria al presupuesto de salud pública.

La misma directora general de la OMS, Dra. Margaret Chan, ha manifestado en reiteradas ocasiones su preocupación por la entrada en vigencia del Tratado Trans Pacífico.

Comentarios finales

Actualmente la investigación y desarrollo de un nuevo medicamento están íntimamente ligados a la producción y venta, dado que ambos procesos están bajo la tutela de la industria farmacéutica. Esta es la esencia del sistema de desarrollo basado en el patentamiento que ha impulsado el mercado de los innovadores y los monopolios farmacéuticos con el consecuente encarecimiento de los tratamientos. Se argumenta que es la explotación comercial de un producto lo que incentiva a la industria a desarrollar nuevos fármacos, sin embargo esto ha generado con el tiempo el problema de las enfermedades olvidadas y de los tratamientos de alto costo. Actualmente existe la corriente pro acceso a medicamentos que promueve la desvinculación entre el desarrollo y producción llamada “De-Linkage”.

Chile ha implementado la Ley Ricarte Soto dada la problemática de los tratamientos de alto costo y, a nivel internacional, han surgido iniciativas como Drugs for Neglected Diseases *initiative* (DNDi o iniciativa Medicamentos para Enfermedades Olvidadas) que financia la investigación de medicamentos para aquellas patologías en las que la industria farmacéutica no invierte.

El Tratado Trans Pacífico va en la línea de profundizar el modelo basado en la explotación comercial de medicamentos como se desprende de todo lo señalado previamente. Las principales farmacéuticas transnacionales son estadounidenses y han presionado históricamente a

través del USTR para aumentar los periodos de exclusividad comercial por distintos mecanismos. Fruto de ello, el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos incorporó la información no divulgada, instrumento que aumenta el gasto de bolsillo de las personas y los recursos que debe desembolsar el sistema de seguridad social para cubrir las necesidades sanitarias.

Si bien Cancillería ha afirmado que no se fue más allá del TLC con Estados Unidos en las negociaciones del TPP, en la lectura crítica de la Subsección C queda de manifiesto que si se cedieron cuatro de las cinco líneas rojas presentadas por el Ministerio de Salud. El incremento de cinco a ocho años de información no divulgada para biológicos ha sido el punto más mediatizado dado los grupos de interés existentes y altos costos que implican para el Estado (26% del presupuesto total de medicamentos del sector público son para biológicos). Otros puntos críticos son la vinculación (Linkage) administrativo del registro sanitario y la propiedad industrial, la creación de información no divulgada por tres años para nuevas indicaciones, vías de administración y formulación, la posibilidad de crear un período compensatorio *sui generis*, la aplicación de los períodos de exclusividad a aquellos países con registro por referencia, entre otros ya detallados.

Dada la panorámica internacional y el aumento exponencial de los costos de los nuevos tratamientos, se hace insostenible continuar profundizando el modelo actual de desarrollo y producción de medicamentos con la implementación de las normativas contenidas en el TPP. Los sistemas de salud no son capaces de resistir los costos en elevación y eso ha impactado fuertemente, e impactará aún más en un futuro, en las inequidades en salud.

Es tarea de la sociedad civil, agrupaciones de pacientes, ONGs y colegios profesionales, además de los movimientos sociales emergentes interpelar al Congreso Nacional para que no ratifique el Tratado Trans Pacífico dadas las graves repercusiones que tendría para el acceso a medicamentos asequibles de las chilenas y chilenos.

4. Mecanismo de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estado

El capítulo de Inversiones del TPP limita la acción del Estado fundamentalmente a través de tres conceptos. Primero, considera que los inversionistas tienen una “expectativa razonable de ganancia”, la que no está sujeta a información, declaración, control ni evaluación por ninguna agencia pública nacional o multilateral; segundo, que cualquier actividad o decisión de un Estado signatario que pudiera afectar esta expectativa constituye una “interferencia pública” que podría ser causa de sanción y, tercero, un sistema de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor de la inversión a través de tribunales arbitrales al que pueden recurrir los inversionistas cada vez que consideren que alguna política estatal afecta sus expectativas. Si producto de ello un Estado es sancionado por estos tribunales, no sólo deberá pagar la indemnización que se le aplique, sino que deberá remover la causa que dio origen a esa sanción.

Rol del Estado y expropiación indirecta

En efecto, el artículo 9.19 establece que una empresa propiedad de un individuo o sociedad de otro miembro del TPP puede demandar a un Estado, ante un foro de arbitraje internacional (ISDS)³, si considera que se ha violado una obligación establecida en el tratado, y esa violación le ha implicado sufrir pérdidas o daño.

Por otra parte, el artículo 9.8 señala que las partes no expropiarán ni nacionalizarán una inversión cubierta por el tratado, ya sea directa o indirectamente a través de medidas equivalentes, excepto si se realiza por “causa de propósito público”, de manera no discriminatoria y mediante el pago de indemnización.

A su vez, el artículo 3(a) del Anexo 9-B establece que un acto de una Parte, es decir, cualquier política pública, constituye una expropiación indirecta si tiene un efecto adverso en el valor económico de la inversión e interfiere con las “expectativas inequívocas y razonables de la inversión”. Mientras que el artículo 3(b) del Anexo 9B señala que los actos regulatorios no discriminatorios para proteger objetivos legítimos de interés público no constituirán expropiación indirecta. Sin embargo, el artículo encabeza la disposición con la expresión: “Salvo en circunstancias excepcionales”, en otras palabras, el TPP abre expresamente la posibilidad de que las regulaciones de los Estados puedan constituir expropiación indirecta, aunque no sea la regla general, y por ello pueden ser revisadas por los ISDS.

³ Que nada tiene que ver con el mecanismo de solución de controversias Estado-Estado de la OMC.

Adicionalmente, el artículo 9.16 señala que nada del capítulo de inversiones podrá impedir que un Estado adopte medidas que garanticen que la inversión en su territorio se realice de una manera sensible al medio ambiente, salud u otros objetivos regulatorios. Sin embargo, el mismo artículo exige expresamente que estas medidas deben ser “compatibles” con el capítulo de inversión del TPP, por tanto, si esas medidas son consideradas como expropiación indirecta o incumplimiento de garantías establecidas en el TPP en favor de los inversionistas, se podrá demandar y ganar un juicio arbitral contra el Estado.

TPP y tribunales internacionales

El mecanismo que el tratado establece permite a las empresas transnacionales situarse en un nivel de igualdad frente a los estados y tiende a favorecer las reclamaciones de las empresas, pues se presentan en instancias de arbitraje como el CIADI⁴ o UNCITRAL⁵, que hoy se encuentran fuertemente cuestionadas por su sesgo en favor de las grandes transnacionales. Esto, porque al considerar como base jurídica de sus decisiones solamente los tratados de protección de inversiones, dejan al margen las leyes del Estado acusado y otra normativa del derecho público internacional.

Asimismo, la composición de los tribunales arbitrales favorece a la empresa querellante, la que designa uno de los tres jueces e interviene en la designación del presidente.

⁴ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Esto sucede además dentro de un listado de abogados cuya objetividad ha sido cuestionada, puesto que existe una verdadera industria del arbitraje motivada por los elevados honorarios de estos jueces, a lo que se añade que muchos de ellos han sido empleados de grandes multinacionales, lo que constituye un grave conflicto de intereses.⁶ Actualmente, el abogado de una de las partes de un litigio ante ISDS puede, sin límites de tiempo, ser nombrado juez en un caso posterior.⁷ Es importante notar que los inversionistas han ganado el 72% de las veces cuando se ha decidió sobre la jurisdicción del tribunal y el 60% de las veces en que los árbitros decidieron sobre el mérito del caso.

Ejemplos de litigios internacionales

En el caso particular del TPP, al no existir certeza sobre qué materias constituyen una expropiación indirecta, se ve afectada la habilidad de los Estados realizar regulaciones, por ejemplo, en favor de los DDHH. Tal como han señalado varios personeros de la ONU, incluyendo al Alto Comisionado de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el caso *Ethyl Corporation v. Canadá*, ese país fue demandado por haber cometido expropiación indirecta cuando prohibió la introducción en su mercado de un aditivo de cualidades tóxicas. Canadá desistió a defenderse y aceptó pagar una

⁶ “Cuando la injusticia es negocio”. Pia Eberhardt y Cecilia Olivet. Corporate Europe Observatory y Transnational Institute. Bruselas / Amsterdam, noviembre de 2012.

⁷ Como Gabrielle Kaufmann-Kohler, uno de los árbitros que falló contra Argentina, que trabajaba paralelamente como Director en una firma que era una de las principales accionistas de Vivendi, parte del juicio *Vivendi v. Argentina*.

suma de 13 millones de dólares por daño emergente y lucro cesante. En el caso *Metalclad v. México*, el tribunal arbitral resolvió en contra de México al entender que hay expropiación indirecta por cualquier interferencia incidental en el uso de la propiedad que provoque a la empresa la privación total o de una parte significativa del uso o el beneficio económico razonablemente esperado. Dicho concepto comprende la negación del permiso municipal para comenzar a construir el proyecto y la declaración que hizo el Estado mexicano de convertir la zona en un Parque Nacional. México fue obligado a indemnizar los daños por la suma de US\$ 16.7 millones.

Es evidente que el TPP mejoró la protección de los inversionistas al codificar el criterio jurisprudencial de la expectativa legítima de ganancia, utilizado por los tribunales arbitrales para expandir su competencia. Sin perjuicio de que el TPP clarifica que el mero hecho que un Gobierno afecte la expectativa de un inversionista no es suficiente para constituir un reclamo, el TPP reconoce expresamente que la expectativa legítima de ganancia merece protección, perjudicando la posición de los Estados en los juicios arbitrales.⁸ De hecho, fue la introducción del criterio de la expectativa legítima el que le dio la victoria a la minera Bilcon contra Canadá, en su controversia en el marco de UNCITRAL, por haberse negado a emitir una Resolución de Calificación Ambiental favorable a Bilcon.

⁸ En cambio, el TLC Chile-Estados Unidos solo se refiere a "...pérdidas o daños en virtud de la violación o como resultado de ésta..." (Artículo 10.15.1).

Consecuencias para Chile

Todo lo anterior tendrá varias consecuencias negativas para Chile. Para empezar, el menoscabo de la capacidad regulatoria de los Estados. Debido a ello, distintas organizaciones y autoridades de la ONU han llamado a rechazar el TPP.⁹ El TPP podría también afectar los acuerdos internacionales ratificados por Chile en materia de DDHH, ya que los ISDS suelen privilegiar las disposiciones de los tratados de inversión al decidir los casos.¹⁰ Por otro lado, los inversionistas adquirirán una poderosa herramienta de lobby (chilling effect¹¹) ya que, en adelante, las autoridades gubernamentales y legislativas tendrán que ponderar el peligro de ser demandados ante ISDS cuando traten de realizar cambios regulatorios o tomar medidas contra los intereses de los inversionistas, aunque estos actos tengan por objeto el interés público y no sean discriminatorios. El 2014 se iniciaron 42 casos de los cuales, 34 fueron contra países en vías de desarrollo, como Chile. De todos los casos hasta hoy, 129 compañías demandantes tienen su hogar en los Estados Unidos. El peligro para Chile parece evidente.

⁹ De Zayas, A. (2016). Statement by the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order on the upcoming signing the Trans-Pacific Partnership. Oficina del Alto Comisionado en DDHH de la ONU.

¹⁰ De Zayas, A (2015), párr. 7. Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/70/285.

¹¹ El costo de defenderse ante estos tribunales es típicamente de entre US\$ 8 y 30 millones (De Zayas – 2015, parr. 23). Los costos son tan elevados y los juicios tan largos que a veces los Estados prefieren llegar a acuerdo para no sufrir las consecuencias ya señaladas (De Zayas – 2015, parr. 41), por ejemplo, el presidente José Mujica estuvo a punto de ceder ante la demanda de la tabaquera Philip Morrison por tener que pagar abogados especialistas que costaban cerca de 1.500 dólares por hora (The guardian 13.05.15).

Finalmente, existen falencias de debido proceso del sistema de ISDS que han sido objeto de profunda crítica y que el TPP no remedió. Entre ellas podemos contar que: los laudos no son apelables y los jueces no rinden cuenta a nadie. Esto es sumamente importante, pues como ya se señaló la imparcialidad de estos tribunales está siendo fuertemente cuestionada.

5. TPP y derechos humanos

El TPP ha sido objeto de diversos cuestionamientos desde la perspectiva de los derechos humanos por parte de organizaciones de sociedad civil así como por instancias internacionales preocupadas por estos derechos. Tales cuestionamientos dicen relación tanto con el proceso de su aprobación como con los contenidos de este acuerdo comercial.

Desde el punto de vista del proceso de su aprobación, las conversaciones sobre este acuerdo comercial se iniciaron el 2008. Desde entonces las negociaciones se desarrollaron en el más estricto secreto, sin un debate público, con exclusión de las sociedades civiles y de los pueblos indígenas de dichos estados, en abierta contradicción con principios fundamentales de la democracia. Salvo las filtraciones de parte de sus contenidos a través de wikileaks, sus textos fueron mantenidos en la más estricta reserva hasta su aprobación por los estados parte en noviembre de 2015. Si bien es cierto que en el caso de Chile Cancillería impulsó a contar del 2014 el llamado "cuarto adjunto", a través del cual se desarrollaron reuniones informativas con sociedad civil en torno a diversas materias abordadas en el TPP - reuniones en que no se

entregaron sino solo se mostraron los textos en negociación - tales reuniones no permitieron a los participantes incidir en los textos en negociación. Ello contrasta marcadamente con lo ocurrido con los representantes de las corporaciones transnacionales promotoras de este acuerdo comercial, cuyos lobistas fueron invitadas a “colaborar” en la redacción de este acuerdo,¹² participando en las diferentes etapas del proceso de negociación.

La exclusión de amplios sectores ciudadanos del proceso de discusión y elaboración de un acuerdo comercial de la relevancia del TPP vulnera el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos reconocido en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Chile. Al respecto el Comité de Derechos Humanos de la ONU aclara que “[l]os ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación”.¹³

Desde la perspectiva de derechos humanos preocupa especialmente la exclusión de la que los pueblos indígenas de los estados suscriptores han sido objeto en el proceso de elaboración de este tratado. Ello en atención a los derechos

¹² Palma, J.G., *El TPP o como ceder a la soberanía por secretaria*. Disponible en: <http://ciperchile.cl/2015/11/03/el-tpp-o-como-ceder-soberania-por-secretaria/>

¹³ Comité de Derechos Humanos ONU, **Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 (1996)**, parág. 8. Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>

específicos que les han sido reconocidos a estos pueblos en la participación en los asuntos que les atañen, y su consulta cada vez que se adoptan medidas susceptibles de afectarles directamente, en virtud de instrumentos internacionales de los que Chile es parte. La omisión de estas obligaciones internacionales, por su gravedad, es objeto de un análisis específico en la sección referida a los derechos de estos pueblos.

La experiencia comparada demuestra que, dada la relevancia de los acuerdos comerciales, en ellos se debe considerar formas de participación de la ciudadanía en distintos momentos de su aprobación. Un ejemplo importante de mencionar es el Costa Rica, país que, como consecuencia de la demanda de la ciudadanía, convocó el 2007 a un referéndum sobre el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana – Centroamérica y los Estados Unidos (RD-CAFTA). Dicho referéndum, fue aprobado por un estrecho margen (51,62% vs. 48.38%)¹⁴.

En cuanto a los contenidos, son muchas las materias que resultan preocupantes desde la perspectiva de los derechos humanos. Algunos de los temas más sensibles que han sido representados a los estados recientemente por un conjunto

¹⁴ Donald Rojas, presentación en Seminario Internacional sobre Tratados de Libre Comercio, tratados bilaterales, proyectos de inversión y pueblos indígenas, Lima, abril de 2016.

de procedimientos especiales de la ONU a los gobiernos de los estados signatarios del TPP incluyen los siguientes¹⁵;

En materia de derechos de propiedad intelectual (capítulo 18), el TPP estipula que el plazo mínimo de protección de los derechos de autor será su vida más 70 años, en forma similar a lo encontrado en la legislación de Estados Unidos de 1998. Dicho plazo va mucho más allá de los estándares internacionales como los establecidos en el Convenio de Berna (1986), para la protección de las obras literarias y artísticas el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC) de 1994. Por lo mismo, esta normativa puede afectar la vigencia del derecho a la ciencia, la cultura , y los derechos de propiedad.

En el mismo Capítulo se establece la extensión por cinco años, prorrogable hasta ocho años, a la protección de datos de medicamentos biológicos, un mecanismo que impide la entrada al mercado de versiones genéricas de remedios después de su primer registro y que genera un monopolio para la farmacéutica trasnacional que la desarrolla durante ese período de tiempo. En el caso de Chile, que contaba con

¹⁵ Comunicación conjunta de los Procedimientos Especiales de Naciones Unidas de 20 de abril de 2016, enviada a las representaciones de los estados suscriptores del TPP ante la Oficina de Naciones Unidas en Ginebra, de 20 de abril de 2016. La comunicación fue suscrita por la Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales; el Experto Independiente sobre la promoción y la protección de un orden democrático y equitativo; el Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del ,más alto nivel posible de salud física y mental; la Relatora Especial sobre derechos de los pueblos indígenas; la Experta Independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional; el Relator Especial sobre el derecho a la privacidad.

una protección de cinco años, la Subsecretaría de Salud ha reconocido que cada año adicional a los cinco años actuales de protección de datos, de acuerdo a acuerdos comerciales suscritos por Chile, equivalen en promedio a 770 millones de dólares anuales, es decir, a más de cinco Fondos de Tratamientos de Alto Costo creado por ley recientemente que podrían financiarse.¹⁶ Ello a pesar de que el TPP contiene una disposición (artículo 18.50.3) que permite a las partes tomar medidas “para proteger la salud pública”. Esta disposición, de acuerdo a los procedimientos especiales de la ONU, puede crear obstáculos para acceder a medicamentos esenciales a precios asequibles, comprometiendo el derecho de las personas al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental, y el derecho de toda las personas al goce de los beneficios del progreso científico¹⁷.

Tal como es señalado en otra sección de este documento, otra de las preocupaciones es la que dice relación con el mecanismo establecido en el capítulo 9 del TPP para la resolución de controversias. El TPP faculta a los inversionistas, cuyas “expectativas inequívocas y razonables de la inversión” se vean lesionadas por acciones u omisiones de los estados, para llevar sus controversias a tribunales arbitrales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI, ICSID por su sigla en inglés). Esta situación, de acuerdo a los procedimientos especiales de la

¹⁶ En Ahumada, R. *La letra chica del acuerdo TPP que atrasa la entrada de remedios más baratos al mercado chileno*. Periódico The Clinic, 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/>

¹⁷ Comunicación conjunta de los Procedimientos Especiales de Naciones Unidas, op cit.

ONU, puede permitir que las políticas públicas impulsadas por los estados con el fin de promover los derechos humanos puedan ser puestas en cuestión, lo que puede generar un efecto paralizador del estado en esta materia¹⁸.

Ello claramente limita la capacidad de los estados para adoptar las medidas administrativas y legislativas que estimen convenientes para garantizar, lo cual contraviene los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos el 2011. De acuerdo a estos Principios “los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyen acuerdos políticos sobre actividades

empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión”¹⁹.

Siempre en materia de derechos de propiedad intelectual preocupan la exigencia a los estados partes del TPP de suscribir el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV 91), cuyas amenazas a los derechos de pueblos indígenas son analizados en otra sección de este análisis.

Por lo anterior es que reitera la proposición ya formulada al gobierno de Chile en el sentido de realizar una evaluación de impacto en derechos humanos de dicho acuerdo comercial,

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, HR/PUB/11/04, 2011, Principio 9.

propuesta que hasta ahora no ha sido acogida. Tal como señala el Relator Especial De Schutter en los “Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos” de 2011²⁰, dichas evaluaciones deben ser previas y deben garantizar que los acuerdos de comercio e inversión no impongan obligaciones incompatibles con sus obligaciones preexistentes, deben influir en las decisiones que se adoptan, y deben tener garantías mínimas como la independencia, transparencia, participación inclusiva y asesoría y financiamiento para ser efectivas.

6. Derechos de los pueblos indígenas

Uno de los déficit más graves del proceso de elaboración del TPP es la exclusión de la que los pueblos indígenas en Chile, al igual que en otros estados parte, fueran objeto. Ello en abierta vulneración de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente, ratificado por el estado el 2008, y por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada con el voto favorable de Chile el 2007. Ambos instrumentos disponen que los pueblos

²⁰ El Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter, presentó al 19º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos los “Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos” (A/HRC/19/59/Add.5), con la finalidad de proporcionar a los Estados orientación sobre la mejor manera de asegurar que los acuerdos de comercio e inversión que se negocien tomen en cuenta sus obligaciones en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

indígenas tiene derecho a participar en la toma de decisiones en los asuntos que les conciernen, y a ser consultados a objeto de lograr su consentimiento libre, previo e informado cada vez que se adopten medidas susceptibles de afectarles directamente. Se trata de una preocupación que ha sido manifestada al Estado de Chile por los Procedimientos Especiales de la ONU²¹, que el gobierno sigue ignorando.

Hasta la fecha de suscripción de este acuerdo comercial, y aún con posterioridad, el gobierno de Chile no ha considerado la participación y consulta a los pueblos indígenas. Ello a pesar de que, de acuerdo a toda la evidencia, estos han sido uno los sectores de la población más afectados por los acuerdos comerciales a la fecha. En efecto, los 25 acuerdos suscritos por Chile con más de 60 estados, han incidido de manera directa en el incremento de las inversiones extractivas y de infraestructura – minería en el norte, forestación y salmonicultura en el sur, proyectos energéticos y de infraestructura a lo largo del país- en tierras y territorios de propiedad legal o de ocupación tradicional de los pueblos indígenas, y por lo mismo reivindicados por sus comunidades. Lo anterior, tanto a través de la atracción

²¹ Comunicación conjunta de los Procedimientos Especiales de Naciones Unidas de 20 de abril de 2016, enviada a las representaciones de los estados suscriptores del TPP ante la Oficina de Naciones Unidas en Ginebra, de 20 de abril de 2016. La comunicación fue suscrita por la Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales; el Experto Independiente sobre la promoción y la protección de un orden democrático y equitativo; el Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del ,más alto nivel posible de salud física y mental; la Relatora Especial sobre derechos de los pueblos indígenas; la Experta Independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional; el Relator Especial sobre el derecho a la privacidad.

de inversiones de corporaciones domiciliadas en los países con los que Chile ha suscrito dichos acuerdos comerciales, como a través de la apertura de mercados para las empresas de capitales nacionales.

Al 2014 un 74.6% de las exportaciones de Chile fomentadas por los acuerdos comerciales se concentraban en tres rubros (minería con el 62%, industria celulosa y madera con el 8%, y salmonicultura con el 4.6% del total).²² De trata de actividades que se desarrollan mayoritariamente en tierras que el Convenio 169 define como “de ocupación tradicional indígena”. La imposición de estos proyectos de inversión sin una consulta adecuada, sin participación en los beneficios y compensación por daño, afectó adversamente no solo el ejercicio de su derechos sobre sus tierras y territorios, sino también el derecho a definir sus planes de vida y prioridades en materia de desarrollo, sus conocimientos tradicionales y el medio ambiente. Así por ejemplo, las inversiones forestales - la mayor parte de ellas de capitales chilenas pero cuyos mercados han sido por los acuerdos comerciales-²³ han generado graves impactos ambientales, sociales y territoriales en las comunidades mapuche ²⁴. La superficie hoy ocupada por las empresas forestales en este territorio alcanza a 2.5 millones de hectáreas, 1.5 de ellas ubicadas

²² CIPERCHILE. Disponible en: <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/GraficoExp1.pdf>

²³ Más del 50% de las exportaciones forestales van a China, Estados Unidos y Japón, países con los que Chile ha suscrito TLC. CORMA. *Destino de las exportaciones*. Disponible en: <http://www.corma.cl/perfil-del-sector/mercados/destino-de-las-exportaciones>

²⁴ Ministerio de Desarrollo Social, Resultados Encuesta CASEN 2013, disponible en: <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/resultados-encuesta-casen-2013/>

en las regiones del Biobío a Los Lagos, superando con creces las tierras de propiedad reconocida a los mapuches, estimadas en 800 mil hectáreas. Muchas de las tierras hoy en poder de las empresas forestales han sido establecidas sobre títulos reconocidos por el Estado a los mapuche, y posteriormente usurpados por particulares, o sobre tierras de ocupación tradicional mapuche hoy son reivindicadas por las comunidades mapuche. Las regiones y comunas en que se emplazan las inversiones forestales son las más pobres del país.

En el caso de los pueblos andinos –aymara, lickanantay, quechua, coya y diaguita– que habitan el norte del país, los acuerdos comerciales han incidido de manera sustancial en el incremento de la actividad minera que afecta tanto sus tierras como sus escasas aguas. Ello debido a la proliferación de inversiones mineras provenientes de países con los que Chile ha suscrito dichos acuerdos, así como por la apertura de mercados –China, Japón, Estados Unidos y los países que integran Unión Europea– para la minera estatal CODELCO.

Todo ello desmiente categóricamente las afirmaciones del Canciller Muñoz quien señaló en mayo de 2016 a la coalición Chile Mejor sin TPP que de acuerdo a la visión de su cartera y del Ministerio de Desarrollo Social, a cargo de los asuntos indígenas, el TPP no generaba afectación directa en pueblos indígenas y que, por lo mismo, no debía serles consultado.

En cuanto al fondo, junto a la amenaza que el TPP establece a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas reconocidos en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas y en la Convención de Biodiversidad, en especial aquellos que estos tienen sobre

variedades vegetales por ellos desarrollados los que son sometidas a regímenes de propiedad como los promovidos por el UPOV 1991, analizado en otra sección de este documento, la Relatora Especial de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpus identifica entre otras amenazas de los acuerdos comerciales como el TPP, los siguientes:

i.- Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales

Las cláusulas de no discriminación y expropiación de los acuerdos de inversión y de libre comercio pueden ir en detrimento de la protección de estos derechos, lo mismo que las cláusulas sobre un trato no discriminatorio a los inversores extranjeros. Como señala la RE Tauli-Corpus "...si los derechos de los pueblos indígenas no están expresamente incluidos como excepciones a dichas disposiciones, cualquier protección especial de sus tierras, ya con base en el derecho consuetudinario o en leyes específicas de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, podría quedar obsoleta en el ámbito de las inversiones."²⁵

De la misma manera las cláusulas de expropiación contenidas en los acuerdos de inversión pueden ser un importante obstáculo para las reclamaciones relativas a las tierras indígenas. Ello ya que si los gobiernos receptores que tienen suscritos estos acuerdos adoptan medidas para devolver

²⁵ Naciones Unidas, Los derechos de los Pueblos Indígenas, Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpus, presentado de conformidad con la resolución 27/13 del Consejo de Derechos Humanos, , 7 de agosto de 2015 A/70/301, parág. 23.

las tierras consuetudinarias tomadas por los inversores extranjeros a los pueblos indígenas, podrían tener que pagar una compensación a los inversores. Ello, de acuerdo a la práctica de las controversias entre inversores y Estados, a valores de mercado, incluso cuando la expropiación de tierras se había realizado para remediar una apropiación injusta de tierras y territorios de los pueblos indígenas.²⁶

ii.- Los derechos culturales

De acuerdo a la RE Taui-Corpus estos derechos pueden ver socavados de múltiples formas. Por un lado, las dificultades que estos ponen a la restitución de las tierras y territorios a los cuales sus culturas están ligadas, constituye una afectación de los derechos culturales. Los desplazamientos que generalmente son causados por la pérdida de tierras y territorios, en el marco de la implementación de estos acuerdos, pueden socavar la integridad cultural y la protección de las comunidades indígenas. Además, dichos acuerdos pueden imponer limitaciones o detrimento a los mecanismos de autogobierno indígena, lo cual afectará también la protección de los derechos culturales²⁷.

iii.- Libre determinación y derechos económicos y sociales

Los acuerdos comerciales limitan el derecho de los pueblos indígenas a su libre determinación (artículo 3 DNUDPI) así como el derecho que estos tienen a determinar y elaborar

²⁶ Ibid, parág, 24.

²⁷ Ibid, parág 35.

las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios". (artículo 32.1). Ello toda vez que les impedirá adoptar decisiones dentro de sus tierras y territorios, dificultará el reconocimiento de sus sistemas de derecho consuetudinario y los sistemas de gobernanza indígena. El impacto de estos acuerdos deteriora sus posibilidades de ejercer los derechos económicos y sociales de estos pueblos, tales como su acceso a los servicios de salud, el control sobre su derecho de agua, entre otros, todo lo cual incide, como la experiencia lo demuestra, en situaciones de marginación y pobreza.²⁸

Finalmente, y tal como señalan los Procedimientos Especiales de la ONU²⁹, el mecanismo arbitral establecido en el TPP para estos efectos vulnera abiertamente el derecho de los pueblos indígenas a contar con "...procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos con los estados u otras partes, a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos" (artículo 40 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas). Ello toda vez que no prevé ninguna forma de participación en ellos de los pueblos indígenas para la protección de sus derechos.

Es por ello que se propone al gobierno de Chile impulse un procesos de consulta a los pueblos indígenas del TPP previo a su ratificación por el Congreso Nacional. Se trata de una medida que encuentra su fundamento en el Convenio 169

²⁸ Ibd, parágs. 37-43

²⁹ Comunicación conjunta de los Procedimientos Especiales de Naciones Unidas, 2016, op cit.

de la OIT ratificado por Chile, que dispone que los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas y de buena fe, las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, afectación que como se ha señalado evidentemente ocurre en el caso del TPP. Dicha obligación se ve fortalecida al tener presente que los negociadores de Chile establecieron una reserva en el texto del TPP en virtud de la cual señala que el Estado de este país “se reserva a adoptar o mantener cualquiera medida conforme a los derechos o preferencias de los pueblos indígenas,” derechos que encuentran su fundamento en entre otros, el Convenio 169 de la OIT³⁰ Consecuentemente, una coherencia mínima con esta reserva, sería someterlo a la consulta de los pueblos indígenas considerada en este tratado internacional antes de enviarlo al parlamento para su ratificación.

7. Soberanía Alimentaria, transgénicos, y atribuciones del Congreso

El TPP y sus normas obstaculizan la soberanía alimentaria, que es el derecho de los pueblos a producir sus alimentos de una manera justa y sustentable, de acuerdo a su cultura y su patrimonio en biodiversidad. Los mecanismos del TPP

³⁰ Anexo II de Chile sobre Medidas Disconformes a los capítulos de Inversiones y Comercio de Servicios del TPP (CL-II-7).

impiden avanzar en políticas públicas de protección a la salud y el medio ambiente relacionadas con la alimentación.

Semillas privatizadas

En el capítulo 18 (sobre Propiedad Intelectual) el TPP obliga a Chile a ratificar el Convenio UPOV 91 (de propiedad intelectual de las semillas). Las semillas, básicas para la soberanía alimentaria, constituyen un patrimonio de los pueblos campesinos e indígenas, para quienes no son una mercancía. La adscripción al Convenio UPOV 91 requiere derogar la ley de semillas vigente y reponer el proyecto de Ley de Obtentores, condición indispensable para ratificar ese Convenio del año 91. La mayor parte de los obtentores son corporaciones transnacionales cuyo lucrativo negocio es registrar semillas que han sido modificadas a partir de las semillas tradicionales, para ser vendidas a precios muy elevados. Entre los más frecuentes obtentores están las transnacionales Monsanto, Pioneer y Dupont que forman parte de la asociación gremial Crop Life. El negociador del gobierno de Estados Unidos para temas agrícolas del TPP, Islam Siddiki, antes de serlo era ex gerente de Crop Life, lo que muestra el peso del lobby de la industria de la biotecnología. Es relevante recordar que previo al TPP, la propuesta de Ley de Obtentores, bautizada por las organizaciones sociales como “Ley Monsanto”, fue rechazada por la presión ejercida desde el movimiento de defensa de la semilla³¹. Nunca llegó a votarse por el Senado ya que la Presidenta Bachelet, al asumir, la retiró de tramitación. Ello impidió la ratificación

³¹ Cómo Atajamos la Ley Monsanto, por Lucía Sepúlveda (<http://www.epes.cl/2014/05/como-atajamos-la-ley-monsanto-von-baer/>)

efectiva del Convenio UPOV 91. Actualmente el país sigue bajo las disposiciones del Convenio UPOV del año 78, según puede comprobarse en la web del Convenio, pese a que el gobierno lo niega.³² Los obtentores siguen registrando semillas pero quieren aumentar sus ganancias. Las disposiciones del Convenio UPOV 91 y de su símil chileno, el proyecto de “Ley Monsanto”, impiden ejercer libremente el derecho ancestral al libre intercambio de semillas, y harían posible extender el registro de semillas a todas las variedades vegetales, incluidas las medicinales. El TPP abre además la posibilidad de patentar plantas y animales.

También se monopoliza la venta de semillas y el control se extiende a los productos derivados de ésta. En la práctica ello privatiza la semilla campesina e indígena³³.

Esto generaría más emigración campo-ciudad por su impacto negativo en la agricultura familiar campesina, dejando esas tierras disponibles para la expansión de los cultivos transgénicos y de la contaminadora industria forestal. Se intensificará el uso de semillas híbridas asociado a la pérdida de biodiversidad y al uso intensivo de fertilizantes y plaguicidas. Sin agricultura familiar campesina, los consumidores dependerán exclusivamente de los supermercados, y la agroindustria dejará en el país sólo lo que no pueda exportar.

³² Lista de miembros <http://www.upov.int/export/sites/upov/members/en/pdf/pub423.pdf>

³³ Declaración del Diálogo Sur sobre Leyes de Semillas, 25 de noviembre de 2015 <http://reddesemillaslibresdecolombia.ning.com/>

Patentes al conocimiento ancestral

En este mismo capítulo de propiedad intelectual se impulsa además las patentes sobre conocimiento (ancestral) indígena y productos derivados de las semillas que no tengan registro previo. Como en Chile no existe registro alguno del conocimiento indígena, la disposición constituye en la práctica una legalización de la llamada biopiratería. Estas patentes de conocimiento colectivo ancestral han sido rechazadas por organizaciones de pueblos originarios y el tratado no se pronuncia sobre los nuevos criterios en discusión por la OMC y los protocolos internacionales de Naciones Unidas referidos a este tema. Además, el

gobierno desconoce la obligación legal (Convenio 169 de la OIT) de consultar a los pueblos indígenas sobre iniciativas que les afectan directamente, como aquí se ha descrito.

Protección a los cultivos transgénicos

Las leyes y políticas públicas relacionadas con salud, alimentación y medio ambiente son puestas en un virtual congelador por el TPP³⁴, para impedir que el Congreso pueda legislar sobre aspectos resistidos por las transnacionales productoras de híbridos, transgénicos y plaguicidas. El capítulo 2, sobre Trato Nacional y Acceso a Bienes, establece un Grupo de Trabajo sobre Biotecnología

³⁴ Informe para el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre los efectos adversos de los Tratados de Libre Comercio e Inversión sobre un Orden Internacional Democrático y Equitativo. Por Alfred de Zayas (Estados Unidos), en español. http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session30/Documents/A_HRC_30_44_SPA.docx

que analizará “las leyes, reglamentos y políticas nacionales, existentes y **propuestos**”. La moratoria a los cultivos y el etiquetado de alimentos transgénicos, podría ser objetada por ese Grupo de Trabajo y/o objetada en la revisión de normas que se hará cada 5 años. Las compras públicas de alimentos agroecológicos/orgánicos para la JUNJI o la JUNAEB u hospitales podrían ser cuestionadas por las disposiciones que figuran en el Capítulo 15, que regula las compras del sector público. Asimismo, una política pública de prohibición de plaguicidas altamente peligrosos como la que propiciamos, podría ser considerada como un obstáculo al comercio, según lo establecido en el Capítulo 8 de Obstáculos Técnicos al Comercio. El etiquetado de alimentos transgénicos puede ser considerado una acción que va en contra de las no definidas “expectativas razonables de ganancias” de la industria alimentaria transnacional, que en otros países ya califica el etiquetado de transgénicos como un obstáculo al comercio. El Estado no se arriesgará a posibles demandas descritas en el Capítulo 28 sobre Resolución de Controversias; y en el Capítulo 9 sobre inversiones, que incluye como inversión la propiedad intelectual. El tratado opera como un candado a leyes a favor de nuestra salud y el medio ambiente, y a una nueva Constitución que garantizara estos derechos.

Contaminación sin freno

En el capítulo 2 de Acceso a Bienes citado anteriormente, se asegura además la exportación ininterrumpida de semillas sin penalizar incidentes de contaminación de embarques de semillas convencionales por niveles bajos de presencia de semillas transgénicas, aplicando normas más débiles que las del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de

la Biodiversidad o que las del Codex Alimentario³⁵. No se cuantifica el nivel de contaminación por transgénicos permitido en el negocio de exportación de semillas.

Cada año, varias exportaciones de semilla convencional originadas en Chile, son retenidas o devueltas por estar contaminadas con semilla transgénica. Con el TPP no habría devolución, por lo que sería una amenaza creciente para la exportación de alimentos a países con tolerancia cero a los transgénicos (Alemania, Rusia) o con tolerancia cero a los no aprobados (entre otros, Francia, Malasia, China).

8. Bajada de contenido de Internet

El Trans-Pacific Partnership (TPP) vulnera el derecho a la libertad de expresión al consagrar un sistema de bajada de contenido y responsabilidad de intermediarios de Internet (tales como Google, Facebook, Youtube, VTR, etc) similar al de la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) estadounidense. Este sistema suele denominarse de “notice and takedown” o de notificación y bajada.

Este sistema regula las condiciones bajo las cuales los intermediarios de Internet pueden eximirse de responsabilidad por el contenido infractor de derechos de autor que suban sus usuarios. Para ello, deben remover

³⁵ El TPP asegura la contaminación ilegal de nuestros alimentos (Lim Li Lin y Lim Li Ching, Red del Tercer Mundo, en inglés), diciembre de 2015. http://www.ftamalaysia.org/file_dir/142543313756711c0014ad9.pdf

o inhabilitar el acceso al material que supuestamente infringe derechos de autor sin demora, luego de haber sido notificado por el titular afectado. El mecanismo del TPP es incluso más propenso a abusos que el de la DMCA, ya que hace voluntario para los países el establecer un mecanismo de restitución de contenido que fue injustamente bajado.

El derecho a buscar, recibir y difundir información por parte de usuarios, periodistas y activistas se ve amenaza de dos formas:

1. El sistema de notificación y bajada permite que contenido legítimos sean **eliminados de forma masiva**. Las grandes empresas utilizan programas automatizados que automáticamente detectan contenido que es parte de su cartera, y envían inmediatamente una notificación de bajada; los intermediarios (enfrentados ante la posibilidad de resultar responsables de la infracción) casi siempre optan por bajar el contenido. Este sistema desproporcionado afecta usos legítimos otorgados por las excepciones contenidas en la ley de propiedad intelectual. Así, por ejemplo, en Estados Unidos este sistema bajó un video familiar de Youtube de un niño bailando una canción de Prince, por infracción a derechos de autor.
2. Esta propensión al abuso puede manifestarse de formas aún más peligrosas: el sistema de notificación y bajada puede **prestarse para la censura política**. Así sucedió en Ecuador, en donde el gobierno de Rafael Correa contrató a la empresa española Ares Rights a fin de que esta enviara notificaciones de bajada al contenido opositor a su gobierno, como documentales,

memes e imágenes en redes sociales, bajo la excusa de que dichas imágenes infringían el derecho de autor del gobierno ecuatoriano.

Chile ya implementó, cumpliendo la obligación adquirida en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, un sistema de bajada de contenidos de Internet. Este sistema, aunque no es perfecto, exige un pronunciamiento judicial antes de que el contenido pueda ser bajado. Esto es una garantía de seriedad y debido proceso, que impide que el sistema sea abusado a costa de los derechos de las personas. La implementación del TPP permitirá a EEUU seguir presionando a Chile para implementar un sistema como el de notificación y bajada, con las consecuencias para la libertad de expresión antes descritas.

Medidas tecnológicas de protección

Son verdaderos candados digitales, barreras tecnológicas que buscan controlar lo que puedes y no puedes hacer con los dispositivos y el hardware que has comprado. Estos candados digitales están presentes, por ejemplo, cuando compramos un e-book pero no lo podemos leer en cualquier dispositivo, o cuando intentamos instalar un sistema operativo y nuestro PC nos dice que no lo permite. En esta materia, el TPP va más allá del TLC entre Chile y EEUU, exigiendo que se sancione la elusión de una medida tecnológica de protección de forma penal. Es decir, será un crimen eludir una medida tecnológica de protección ¿Por qué es esto problemático? Porque existen muchas situaciones en las cuales eludir una medida tecnológica de protección puede resultar legítimo, e incluso amparado por la legislación.

Así, por ejemplo, las personas con impedimentos visuales gozan de una excepción en la Ley de Propiedad Intelectual que les permite adaptar obras a formato accesible a ciegos, para ello es muchas veces necesario eludir una medida tecnológica de protección. Lo mismo ocurre cuando se hace un uso incidental de una obra, o cuando un ingeniero realiza ingeniería inversa en un software.

Bajo el TPP, quien realice esa conducta no será sancionado por modificar la obra, pero sí por eludir la medida tecnológica de protección.

Señales satelitales

Una de las características del TPP es que busca que los gobiernos se dediquen a perseguir criminalmente infracciones menores a la propiedad intelectual. Esto ocurre, por ejemplo, en el apartado sobre señales satelitales.

Nuevamente, el TPP va más del TLC entre Chile y EEUU, el cual establecía que la sanción a quien intercepte una señal satelital cifrada puede ser civil o criminal. En cambio, el TPP establece que la sanción deber ser criminal. Esto implica movilizar el apartado punitivo del Estado para sancionar penalmente a usuarios finales infractores menores de la propiedad intelectual, impidiendo que nuestro país enfoque sus recursos en aquellos delitos que realmente afectan a la población.

Secretos industriales

El TPP criminalizará a activistas al consagrar como ilícito penal “la divulgación no autorizada y dolosa de un secreto

industrial, incluso por medio de un sistema informático". Esta disposición no va acompañada de una excepción respecto de aquellos casos en que la divulgación se realiza por una razón de interés público, como el periodismo de investigación o por integrantes de una organización que quieren hacer público un hecho ilícito (whistleblowers).

9. Efectos del TPP en el ejercicio de la libertad de expresión

Derechos Digitales ha seguido de cerca el proceso de negociación del Trans-Pacific Partnership desde el año 2011. Dicho proceso se ha caracterizado por su secretismo, opacidad y espíritu antidemocrático. Tanto la sociedad civil, como los académicos e incluso los parlamentarios de los países parte del tratado han sido excluidos del proceso de negociación y de acceder al contenido de los borradores. Esto es particularmente grave respecto de un tratado que busca regular áreas propias de ley interna, como propiedad intelectual, medioambiente, derecho laboral, empresas del Estado, etc. Por otro lado, la ausencia de estudios de impacto no ha permitido un diálogo honesto respecto de los beneficios y costos de la ratificación del tratado.

El Trans-Pacific Partnership (TPP) vulnera el derecho a la libertad de expresión al consagrar un sistema de bajada de contenido y responsabilidad de intermediarios de Internet (Google, Facebook, Youtube, VTR, etc) similar al de la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) estadounidense. Este sistema suele denominarse de "notice and takedown" o de notificación y bajada.

Este sistema regula las condiciones bajo las cuales los intermediarios de Internet pueden eximirse de responsabilidad por el contenido infractor de derechos de autor que suban sus usuarios. Para ello, deben remover o inhabilitar el acceso al material que supuestamente infringe derechos de autor sin demora, luego de haber sido notificado por el titular afectado. El mecanismo del TPP es incluso más propenso a abusos que el de la DMCA, ya que hace voluntario para los países el establecer un mecanismo de restitución de contenido que fue injustamente bajado.

El derecho a buscar, recibir y difundir información por parte de usuarios, periodistas y activistas se ve amenaza de dos formas:

1. El sistema de notificación y bajada permite que contenido legítimos sean **eliminados de forma masiva**. Las grandes empresas utilizan programas automatizados que automáticamente detectan contenido que es parte de su cartera, y envían inmediatamente una notificación de bajada; los intermediarios (enfrentados ante la posibilidad de resultar responsables de la infracción) casi siempre optan por bajar el contenido. Este sistema desproporcionado afecta usos legítimos otorgados por las excepciones contenidas en la ley de propiedad intelectual. Así, por ejemplo, en Estados Unidos este sistema bajó un video familiar de Youtube de un niño bailando una canción de Prince, por infracción a derechos de autor.
2. Esta propensión al abuso puede manifestarse de formas aún más peligrosas: el sistema de notificación y bajada puede **prestarse para la censura política**. Así sucedió en Ecuador, en donde el gobierno de Rafael Correa contrató a la empresa española Ares Rights a fin de

que esta enviara notificaciones de bajada al contenido opositor a su gobierno, como documentales, memes e imágenes en redes sociales, bajo la excusa de que dichas imágenes infringían el derecho de autor del gobierno ecuatoriano.

Chile ya implementó, cumpliendo la obligación adquirida en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, un sistema de bajada de contenidos de Internet. Este sistema, aunque no es perfecto, exige un pronunciamiento judicial antes de que el contenido pueda ser bajado. Esto es una garantía de seriedad y debido proceso, que impide que el sistema sea abusado a costa de los derechos de las personas. La implementación del TPP permitirá a EEUU seguir presionando a Chile para implementar un sistema como el de notificación y bajada, con las consecuencias para la libertad de expresión antes descritas.

Por otro lado, el TPP criminalizará a activistas al consagrar como ilícito penal “la divulgación no autorizada y dolosa de un secreto industrial, incluso por medio de un sistema informático”. Esta disposición no va acompañada de una excepción respecto de aquellos casos en que la divulgación se realiza por una razón de interés público, como el periodismo de investigación o por integrantes de una organización que quieren hacer público un hecho ilícito (whistleblowers).

10. Potenciales impactos del TPP sobre la naturaleza y la justicia socio-ambiental

Leyes ambientales al mejor postor

El capítulo 20 del TPP sobre Medio Ambiente, se ocupa, en términos formales, por un amplio conjunto de aspectos ambientales, y, como históricamente lo han hecho los acuerdos de libre comercio, enfatiza el respeto al derecho soberano de las partes de establecer sus propias leyes ambientales y la necesidad de hacerlas cumplir en el territorio de su jurisdicción.

El Tratado también establece que ninguna parte puede deliberadamente debilitar su protección ambiental con el fin de favorecer el comercio o la inversión entre la partes.

Sin embargo, como sabemos a partir de la experiencia acumulada, estos artículos se transforman en letra muerta cuando caen en las interpretaciones que las empresas y los propios gobiernos hacen sobre estas disposiciones.

En concreto, **el TPP no se refiere a ningún estándar internacional** para el establecimiento y vigencia de leyes ambientales nacionales, como podrían ser las **recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS)**, limitándose a expresar como criterios “el ejercicio razonable de (la) discrecionalidad” y la “buena fe respecto a la asignación de recursos ... para la aplicación de sus leyes ambientales”, quedando estas sometidas a los intereses de

los actores empresariales que se beneficiarán del comercio y las inversiones derivadas de la implementación del Tratado.

Flexibilidad y mercantilización de bienes naturales

El cuadro de debilidad normativa ambiental se completa cuando el TPP explícitamente alienta al **“uso de mecanismos flexibles y voluntarios** para proteger los recursos naturales y el medio ambiente en su territorio”; como “auditorías y informes voluntarios, **incentivos basados en el mercado**, intercambio voluntario de información y conocimiento especializado, y asociaciones público-privadas.”

Existen múltiples antecedentes de procesos normativos o legislativos ambientales que se han visto obstruido o debilitado para dejar mayor espacio a la “responsabilidad social empresarial” (RSE) y estos mecanismos flexibles, que suelen conllevar procesos de especulación y corrupción, con consecuencias socio-ambientales y económicas negativas.

Con esta misma orientación, el TPP es también explícito y enfático en **“promover el comercio y la inversión en bienes y servicios ambientales** en la zona de libre comercio” y abordar cualquier potencial barrera no arancelaria a este comercio, configurando un marco generalizado de **mercantilización de bienes comunes**, y **atentando contra la soberanía de pueblos y comunidades** indígenas, agricultores, pescadores y otros que co-habitan, usufructúan y ejercen un derecho ancestral o patrimonial en sus territorios.

Así, **se intensificarían la presión y la especulación mercantil sobre los bienes naturales**, como el agua, el aire, los suelos y subsuelos, la diversidad biológica y genética, e

incluso la diversidad cultural, ya fuertemente afectados en la actualidad, y por cuya recuperación pública se han movilizadado crecientemente los movimientos sociales y comunidades.

Pobre participación ciudadana

El capítulo 20 contempla unos **ambiguos mecanismos para la participación pública** respecto de la aplicación del mismo.

Por ejemplo, posibilita -no dispone- la conformación de **comités asesores nacionales**, “que podrán incluir personas con experiencia relevante, ... en negocios, conservación y manejo de recursos naturales, u otros asuntos ambientales.”

Ya tenemos suficiente experiencia con comités de “expertos” en diversas materias -ambientales, entre otras-, nombrados a dedo por el Gobierno, y **subordinados a intereses empresariales**, y donde la presencia de representantes de la sociedad civil es -en cuanto a proporción y capacidad de decisión- menos que cosmética.

El capítulo ambiental también considera la posibilidad de **“comunicaciones públicas”** sobre su implementación, emitidas por “personas” (no menciona si pueden ser personas jurídicas o comunidades), que deben ser recibidas por una entidad a ser definida por cada Parte y puestas a disposición del público, al igual que las eventuales respuestas, “por ejemplo mediante su publicación en un sitio web público apropiado”.

Con todo, en los criterios de elegibilidad para atender las comunicaciones públicas queda claro que éstas **se orientan a proteger negocios, y no la sustentabilidad ambiental**, cuando exigen “explicar cómo, y en qué medida, la cuestión planteada afecta al comercio o a la inversión entre las Partes”.

Corporaciones: de culpables a “víctimas”

Al igual que en otros acuerdos y mecanismos internacionales, el TPP establece la implementación de **tribunales privados y poco transparentes**, donde las empresas -y sólo las empresas- pueden demandar a un gobierno, si consideran que una ley o una política de éste afecta de manera negativa los beneficios asociados a sus inversiones en dicho país.

De esta manera, se reproduce el marco de **profunda injusticia global**, bajo el cual numerosas grandes multinacionales han impugnado leyes y reglamentos ambientales que legítimamente buscan proteger a comunidades y ecosistemas de la contaminación y la depredación extractivista.

La biodiversidad amenazada

El TPP se refiere en capítulos especiales tanto al comercio ilegal de especies nativas o en peligro de extinción como a la regulación de la sobrepesca y la pesca incidental. En general, el Tratado no hace más que reiterar criterios y disposiciones ya establecidos en los acuerdos internacionales en estas materias, y que no han sido suficientes para evitar la explotación y comercio ilegales, las malas prácticas (como la pesca de arrastre) y sus consecuencias negativas sobre la vida silvestre en los territorios continentales y marítimos de

los países firmantes. Menos aun podrían evitarse en el marco de un comercio más intenso y desregulado.

Asimismo, el TPP promueve la cooperación entre las partes en materias que parecen apuntar positivamente hacia la sustentabilidad, pero que puestas al servicio del comercio internacional aumentan la presión y riesgo sobre la biodiversidad y las comunidades indígenas, como “la conservación y **el uso sostenible de la diversidad biológica**; la protección y preservación de los ecosistemas y **los servicios del ecosistema**; y **el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios derivados de su utilización**”.

No se trata del “uso sostenible” por parte de las **comunidades que ancestralmente han usado de manera sostenible la biodiversidad**, ni de las que han gozado de los “servicios ecosistémicos” **sin tener que pagar por ello**, ni de los pueblos que **se han alimentado y sanado en base al libre acceso a los recursos genéticos que ellos mismos se han encargado por siglos de cuidar. Su soberanía está fuertemente amenazada por el TPP.**

Para aumentar el riesgo sobre la biodiversidad y la salud humana, el TPP exige que los países firmantes ratifiquen el Convenio UPOV 91, que **privatiza la propiedad intelectual de las semillas y facilita la propagación de cultivos de organismos genéticamente modificados (transgénicos)**, y que en el caso de Chile ya se intentó mediante la Ley de Obtentores Vegetales (conocida como Ley Monsanto) y que fue retirada del Congreso a comienzos de 2014 debido al fuerte rechazo ciudadano.

El clima de mal en peor

Aparte de un capítulo de dos párrafos expresiones de mera voluntad para una “Transición a una Economía Resiliente y Baja en Emisiones”, el TPP no se hace cargo en absoluto de aportar al enfrentamiento del **cambio climático**, ni siquiera en lo que se refiere al crítico impacto de la **intensificación del propio comercio y el transporte de carga**.

Aun más, la implementación del Tratado supone, no sólo un aumento en las exportaciones y el transporte en general, sino también en la **explotación y exportaciones de hidrocarburos**, particularmente de gas natural licuado o de esquisto, proveniente de faenas de **fractura hidráulica (“fracking”) en Norteamérica**, con los consiguientes riesgos para las poblaciones cercanas a esas explotaciones, pero también con el consiguiente **aumento en las emisiones de carbono producto de la combustión en los países compradores, como Chile**, que ya ha suscrito compromisos con EEUU y proyecta incluso la construcción de un puerto con este objetivo.

El Artículo 20.4 Sobre Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente establece: “Cada Parte afirma su compromiso para implementar los acuerdos multilaterales de medio ambiente de los que es parte”. Esto es muy cómodo para EEUU, porque hay convenios internacionales importantes sobre el medio ambiente que no ha ratificado, como el protocolo de Kioto sobre el Cambio Climático. De hecho, en ningún capítulo el TPP menciona el cambio climático, pero la promoción del comercio entre países ubicados a enormes distancias, implica profundizar y extender las emisiones de gases de efecto invernadero.

Estados Unidos tampoco ha ratificado el Convenio de Biodiversidad Biológica ni el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, ni el de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos, por lo que sus inversiones respecto a estos bienes naturales no quedan sujetas a esas restricciones. Este aspecto, entre otros, constata la arbitrariedad y asimetría que se consolida a favor de las Corporaciones y los países Partes de donde provienen

Impedimentos para recuperar bienes comunes

El capítulo de Medio Ambiente no aborda los bienes comunes, pero cualquier intento de modificación que soberanamente se quiera llevar adelante resultará afectado por las disposiciones del TPP, además de las ya existentes en la constitución y leyes chilenas.

En el caso del Agua, la Constitución en el Art. 19, numeral 24 último párrafo señala: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”, esto la transformó en un bien económico y su gestión entregada al mercado. Por ello, bajo el TPP su expropiación o recuperación por parte del Estado, o su reconocimiento constitucional de bien público, por ejemplo, puede considerarse como una afectación a la propiedad si acaso “un beneficio que razonablemente pudiera haber esperado recibir” una empresa, es anulado o menoscabado por medidas de la otra parte, quedando el Estado expuesto a una demanda. El Mecanismo de Resolución de Controversias, el CIADI ya citado, es reconocido como una amenaza en abril de este

año por los relatores de DDHH de Naciones Unidas, en carta al canciller Heraldo Muñoz³⁶.

Inhibición para dictado de normas

Chile tiene una institucionalidad ambiental relativamente joven, con un proceso de implementación lento en relación a su aplicación exigente, al mejoramiento de estándares y promulgación de normas que completen el sistema de gestión ambiental, los cuales por lo general tienen efectos económicos. Estos podrían ser considerados como obstáculos al comercio, constituyéndose en problemas importantes. Un ejemplo de normas deficientes que entre otras deben ser mejoradas, es la norma de calidad del aire en material particulado PM10, que en Chile es de 150 mg/m³ máximo para la norma diaria, mientras que en la Unión Europea la norma diaria es de 50 mg/m³. Lo mismo ocurre para la norma promedio anual de PM10 (exposición prolongada), que en Chile es de 50 mg/m³ y en la UE es 40. Esto contrasta con la reciente constatación del informe de desempeño ambiental de la OCDE que dice que la contaminación atmosférica continúa elevada, sobre todo en las grandes

³⁶ Comunicación conjunta de los Relatores en DDHH de Naciones Unidas, dirigida al canciller Heraldo Muñoz el 20 de abril de 2016 y suscrita por los Relatores Especiales en la esfera de los derechos culturales; en la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión; en el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; los derechos de los pueblos indígenas; y el derecho a la privacidad; así como por los Expertos Independientes sobre la promoción y la protección de un orden democrático y equitativo; y sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional. Observación número 5. Párrafo relativo a la solución de controversias. Texto completo (pdf) disponible en Comunicación Conjunta de los Relatores Especiales. <https://mega.nz/#!kt0X1ITK!aG2cBqZyDu4jmCh-8QRmN3uLLHeB1soafzO86bCHHWFm>

zonas urbanas e industriales³⁷. El estudio “Línea de Base Empresas/Derechos Humanos” realizado recientemente por la UDP reconoce la insuficiencia de las normas ambientales existentes e incluye recomendaciones al Estado sobre normas que deberían ser dictadas en el futuro para mejorar la institucionalidad ambiental.³⁸

Protección irrestricta a la mega minería

Al año 2013, el 41 % de todo el territorio nacional se ha entregado para concesiones mineras de explotación y exploración. Son 31 millones de hectáreas, de las cuales sólo un poco más del 10% está en manos de las empresas estatales. En los tiempos de cambio que vive el país, destacan conflictos socio ambientales ya en desarrollo por los impactos de mega proyectos mineros. Las disposiciones del TPP complicarían aun más la resolución de estos conflictos. La protección a los inversionistas considerada por el TPP constituye un reforzamiento absoluto de las disposiciones contenidas en la Constitución, la cual ya incluye la Concesión Plena, un mecanismo de protección para hacer inviable una eventual expropiación o recuperación por parte del Estado. A ello se agregan los contenidos de la Ley de Concesiones Mineras.

³⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016*, Santiago, 2016.

³⁸ Estudio de Línea Base en Empresas y DDHH Chile, Centro de Derecho Humanos UDP, Capítulo Derecho Ambiental, sección Recomendaciones, pág. 18

El efecto “paralizador” de normas

Relatores de derechos humanos de Naciones Unidas han señalado que el Tratado Transpacífico podría generar un efecto “paralizador” o congelador (“chilling”) respecto de normas medioambientales.³⁹ Ello operaría como un obstáculo para la generación de instrumentos de gestión ambiental y territorial faltantes en defensa del medio ambiente. Entre ellos podemos mencionar:

- Normas de Protección de Suelos y sitios contaminados, respecto de entre otros, el impacto generado por la megaminería. La norma debe reconocer el suelo como un patrimonio y un ecosistema a proteger, en la perspectiva de la soberanía alimentaria de las comunidades.
- Normas secundarias de calidad de ambiental de agua para la mayoría de los ríos de Chile.
- Reglamentaciones sobre Manejo Integrado de Cuencas que permitan ejercer restricciones al uso de los derechos de aprovechamiento de aguas.
- Ley de Ordenamiento Territorial para determinar usos no mineros, o no forestales en zonas no urbanas de vocación turística, agroecológica, apicultura etc. Incluso antes de conocerse el TPP, las empresas mineras han advertido que una ley de estas características lesionaría su derecho de propiedad, al afectar el acceso a sus minerales.

³⁹ Comunicación Conjunta de los Relatores Especiales en DDHH, *ibid* 1

Otros sectores económicos afectados (forestales, salmoneras, semilleros transgénicos) podrían argumentar en términos similares.

Impacto del TPP en medio ambiente, bienes comunes y regulación ambiental

El TPP representa una amenaza frente a los esfuerzos orientados a mejorar la calidad del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas y la salud; la posibilidad de recuperar el dominio o propiedad de bienes naturales estratégicos como el agua y los minerales; y la generación de instrumentos de gestión ambiental y territorial, justos y democráticos.

El punto uno del capítulo de Medio Ambiente, declara que el objetivo es promover políticas comerciales y ambientales que se apoyen mutuamente. Se enuncia la intención de promover, proteger y conservar el medio ambiente, pero el objetivo 20.2.3, mucho más explícito, puede dar pie a controversias entre los países. “Las Partes además reconocen que es inapropiado establecer o utilizar sus leyes ambientales u otras medidas de una manera que constituya una restricción encubierta al comercio o a la inversión entre las Partes”. Luego en los Compromisos Generales (20.3.2) se reconoce “el derecho soberano de cada Parte a establecer sus propios niveles de protección ambiental interna y sus propias prioridades ambientales”.

Sin embargo, en definitiva tanto la aplicación o no de una ley, como la generación de nuevos niveles de exigencia ambiental que afecten al comercio, exponen al país a ser llevados al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI, ICSID por su sigla en inglés).

11. Referencias

Bibliografía Solución Controversias

- Allee, T. y Peinhardt, C. (2008). Contingent Credibility: The Reputational Effects of Investment Treaty Disputes on Foreign Direct Investment. *International Organization*, 65 (3). P 401-432.
- Recuperado de: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285
- Recuperado de: <http://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17005 &LangID=E>
- Mann, H. (2015). ISDS: Who Wins More, Investors or States? *International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News*. Recuperado de: http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2015/06/itn-breaking-news-june-2015-isds-who-wins-more-investors-or-state.pdf?utm_source=lists.iisd.ca&utm_medium=email&utm_campaign=ITN+Breaking+News+Analysis+-+ISDS:+Who+Wins+More,+Investors+or+States
- Public Citizen (2015). Table of foreign investor state cases and claims under nafta and other U.S. Trade Deals. Recuperado de: <http://www.citizen.org/documents/investor-state-chart.pdf>
- Public Health Association of Australia (2016). PHAA submission on the Trans Pacific Partnership Agreement. Canberra, Australia. Recuperado de: <https://www.phaa.net.au/documents/item/1379>

- Stiglitz, J. (13 de Mayo de 2015). The secret corporate takeover of trade agreements. The Guardian. Recuperado de: http://www.theguardian.com/business/2015/may/13/the-secret-corporate-takeover-of-trade-agreements?CMP=share_btn_fb
- Tienhara, Kyla (2010). Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science. Cambridge University Press. Recuperado de: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2065706

IMPLICANCIAS
DEL ACUERDO
TRANSPACÍFICO
(TPP)

www.chilemejorsintpp.cl

