

**R3D**Red en Defensa
de los Derechos Digitales**DERECHOS
DIGITALES**
América Latina

Juan Carlos Baker
Subsecretario de Comercio Exterior
Dirección General para América del Norte

25 de julio de 2017

“Comentarios Iniciales en el marco de la renegociación del TLCAN”

En el marco del “Mecanismo de Consulta Pública para la Modernización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)”, Derechos Digitales y R3D como organizaciones de la sociedad civil enfocadas en la defensa de los derechos humanos en el entorno digital, así como Creative Commons Internacional como una organización global sin fines de lucro que permite usar y compartir el conocimiento y la creatividad a través de licencias, presentamos este documento de análisis con nuestros comentarios iniciales. En virtud de que no se ha hecho público un documento que refleje la postura oficial del gobierno mexicano en el proceso de renegociación, lo que se presenta a continuación refleja los lineamientos generales de nuestra postura.

Siguiendo la línea del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP por sus siglas en inglés), el TLCAN incluirá reglas que van mucho más allá del libre comercio y que regularán temas propios de la ley interna como comercio electrónico, propiedad intelectual y responsabilidad de intermediarios. La discusión e implementación de estas mismas tendrá un impacto en términos de derechos humanos, principalmente en libertad de expresión, privacidad y derecho de acceso al conocimiento. No son agendas separadas. De no incluirse la perspectiva de las múltiples partes interesadas, los efectos a futuro podrían ser negativos no sólo para los derechos humanos sino también para el desarrollo tecnológico y digital de nuestro país.

Desde las organizaciones firmantes entendemos que el TLCAN busque fortalecer el comercio digital entre México, Canadá y Estados Unidos, sin embargo hacemos énfasis en que también se protejan otros intereses que usualmente no tienen cabida en procesos de negociación de tratados comerciales. La novedad, relevancia y complejidad de los temas en cuestión ameritan que sean discutidos públicamente y de forma multisectorial.

Los objetivos publicados el pasado 17 de julio por la Oficina de Representante de Comercio de los Estados Unidos validan los principios generales contenidos en el TPP.¹ Este último tratado tiende a proteger los intereses de grandes compañías por encima de los ciudadanos, siendo en sí mismo antidemocrático y no puede servir como punto de partida.²

¹ Office of the United States Trade Representative. “Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation.” Executive Office of the President of the United States, 17 de julio de 2017 <<https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf>>

² Vladimir Garay. “Ratificación del TPP: Una encrucijada perversa.” Derechos Digitales, 19 de mayo de 2016 <<https://www.derechosdigitales.org/9925/una-encrucijada-perversa/>>; Gisela Pérez de Acha. “El TPP: el tratado de las grandes corporaciones.” Horizontal, 08 de febrero de 2016 <<http://horizontal.mx/el-tpp-el-tratado-de-las-grandes-corporaciones/>>

Por lo mismo, además de analizar el impacto sobre los derechos humanos que podrían tener los capítulos de propiedad intelectual y comercio electrónico modelados a partir del TPP, también nos referimos a la necesidad de transparencia e inclusión en el proceso de renegociación del TLCAN y a las desventajas de los mecanismos de resolución de controversias previstos hasta ahora.

A. PROPIEDAD INTELECTUAL

Consideramos que las reglas sobre derechos de autor y patentes no deberían discutirse ni pactarse en el marco de tratados de libre comercio por varias razones.

Primero, porque las reglas prescriptivas sobre propiedad intelectual fueron creadas para regular realidades previas a la existencia de internet, y no se ajustan necesariamente a las posibilidades que brinda hoy el entorno digital para generar y facilitar nuevas formas de acceso al conocimiento, la información y el entretenimiento. Las reglas de propiedad intelectual insertadas a través de acuerdos de comercio que se hacen eco de regulaciones previamente existentes en algunos de los Estados partes fracasan en proveer un marco adecuado para permitir a los usuarios, y no sólo a las industrias, capturar los beneficios de la economía digital.

En segundo término, es importante destacar que el TLCAN original de 1994 no tenía reglas de propiedad intelectual cerradas, sino que más bien seguía las líneas generales del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio³ (TRIPS por sus siglas en inglés) y por el Convenio de Berna.⁴ Tal diferencia no es accidental y tiene consecuencias en términos de la autonomía que brinda a los Estados partes para buscar y darse las reglas de propiedad intelectual que, respetando el marco mínimo internacional, se ajusten en mejor medida a su propia realidad política, económica y social. De haberlas tenido, hoy estaríamos constreñidos a un modelo de comercio con propiedad intelectual hecho a la medida para las industrias predominantes de aquella época, tales como los proveedores de discos *floppy* y video VHS, que eran la norma en ese entonces en las economías más desarrolladas que participaron del acuerdo.

Tercero, porque como ya ha sido mencionado, los foros de negociación de tratados de libre comercio no están abiertos ni a todas las partes interesadas, ni a la ciudadanía. En esencia la asimetría de condiciones afecta el derecho de acceso a la información y el dominio público de la cultura. La presión de industrias musicales, de cine y farmacéuticas -en su mayoría de Estados Unidos- determina el estándar de protección y de lo que debe de privilegiarse, dejando de lado los intereses de usuarios y consumidores en el entorno digital.

³ Organización Mundial del Comercio. “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.” Entrada en vigor enero 1995 < https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf >

⁴ Organización Mundial del Comercio. “Convenio de Berna Para la Protección de Obras Literarias y Artísticas.” Enmendado el 29 de Septiembre de 1979 < http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700 >

Por lo mismo, consideramos que las reglas sobre derechos de autor y patentes deben discutirse y fijarse en foros de naturaleza multilateral y más dinámica como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) que además permite mayor apertura, representación de partes interesadas y mayor consenso global.

Si aún a pesar de estas inquietudes se incluye un capítulo de propiedad intelectual en la renegociación del TLCAN, como mínimo las reglas contenidas no deben expandirse ni ser más onerosas de lo previamente fijado por el derecho internacional, y además deben agregarse explícitamente excepciones y limitaciones robustas que permitan balancear y proteger los derechos de los usuarios frente a los intereses de las industrias de propiedad intelectual. Esto implica a lo menos lo siguiente:

1. No ampliar el periodo de protección.

Una de las primeras cosas que proponía el TPP era aumentar el plazo de los derechos de autor para protegerlos durante la vida de los creadores y hasta 70 años después de su muerte. Este estándar está muy por encima de lo establecido por el derecho internacional hoy en día por el Convenio de Berna y los ADPIC, fijado en 50 años. La ampliación del plazo se alinea a los esfuerzos de cabildeo que las compañías multinacionales dominantes en la explotación de derechos intelectuales han venido desarrollando en sus países de origen a través de la normativa interna, y su exportación a través de acuerdos comerciales.⁵

A pesar de que hoy México es uno de los países que brinda uno de los mayores plazos de protección, que se extiende hasta por 100 años después de la muerte del autor,⁶ fijar tal regla en un tratado de libre comercio restringe irreversiblemente la libertad de los legisladores nacionales para reducir tal estándar en el futuro para favorecer el acceso a la cultura y el conocimiento público.

El efecto práctico de la ampliación de los plazos de protección es limitar el dominio público e impedir que los creadores mexicanos innoven con base en otras obras ya existentes. Además es un esquema que beneficia principalmente a Estados Unidos que, con industrias como Hollywood o Disney, es el principal exportador de contenidos protegidos por derechos de autor en el mundo, dejando a productores y consumidores mexicanos al margen de la realización cultural.⁷ México ocupa el segundo lugar del mundo en importación de mercancías, bienes y servicios⁸ por lo que plazos de protección mayores implica pagar más dinero durante más tiempo por la compra internacional de productos culturales.

⁵ Steve Schlackman. "How Mickey Mouse keeps Changing Copyright Law." Art Law Journal, 15 de febrero de 2014 <<https://artlawjournal.com/mickey-mouse-keeps-changing-copyright-law/> >

⁶ Artículo 29 de la Ley Federal de Derechos de Autor. Última reforma publicada el 13 de enero de 2016 en el Diario Oficial de la Federación. < http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4907028&fecha=24/12/1996 >

⁷ WIPO. "Guide on Surveying the Economic Contribution of the Copyright Industries 2015 Revised Edition", p. 14. < http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/893/wipo_pub_893.pdf >

⁸ Luis Moreno. México, segundo lugar del mundo en importación de mercancías. Grupo Milenio, 22 de julio de 2016 <http://www.milenio.com/negocios/importacion-mercancias-ventas_externas-omc-comercio-Mexico-milenio-noticias_0_778722213.html>

2. No conceder una protección jurídica reforzada a las medidas tecnológicas de protección.

Las medidas tecnológicas de protección son una especie de “candados digitales” que permiten que los titulares de derechos controlen el acceso y reproducción de sus obras en formato digital. Estos candados se aplican hoy a música, libros, *software*, archivos en PDF o películas hasta autos, computadoras, electrodomésticos y hasta a maquinaria pesada de campo.

Dichas medidas implican una doble sanción: se puede castigar a alguien por infringir propiedad intelectual, pero también por eludir los mecanismos que protegen las obras. Tal criminalización resulta excesiva e inapropiada por múltiples razones. Primero porque sustrae del control y uso libre de un ejemplar legítimamente adquirido de la obra intelectual a sus usuarios, que puede estar impedidos de realizar aquello que fue siempre legítimo respecto de una obra no protegida por tales mecanismos tecnológicos, tales como la realización de una copia de respaldo o archivo. Se trata aquí de una arbitraria privación de facultades del dominio.

Luego, porque la criminalización de la elusión de una medida tecnológica de protección (y muchas veces de la importación y comercialización de los medios de elusión) implica un desconocimiento total de las limitaciones y excepciones a la propiedad intelectual que pueden hacer completamente legítimo un acceso y uso no autorizado por el titular de derechos intelectuales de la obra. La criminalización del quebrantamiento del candado digital excluye toda consideración de balance entre el interés público y la industria privada.

Por último, la criminalización de la elusión de una medida tecnológica de protección además dificulta actividades tan cruciales como la obtención de la información necesaria para detectar fallas de seguridad en programas de computación; y retrasa la innovación y la creatividad evitando que surjan productos que puedan generar competencia.

Castigar la elusión de dichos candados impide que los usuarios desarrollemos una relación autónoma con la tecnología, obstaculizando un derecho legítimo a modificar y/o reparar nuestros aparatos digitales. En última instancia, esto implica que un puñado de empresas detenten el poder monopólico para reparar y modificar los productos que ellos mismos venden lo cual aumenta el precio de las mismas, afecta el ingreso de establecimientos locales que se dedican a eso, y prohíbe reciclar materiales contaminantes que provienen de los objetos mismos.⁹

Por todo lo anterior, la prohibición de elusión de las medidas tecnológicas de protección, sancionadas bajo el manto del derecho penal, deben evitarse en la negociación e implementación de cualquier tratado comercial. Sobre todo considerando la falta de representación de todos los intereses afectados y el grave daño que este nivel de protección excesivo puede generar al interés público.

⁹ México es el tercer país en la producción de chatarra electrónica en el continente americano. Anualmente se producen en nuestro país alrededor de un millón de toneladas de éste tipo de desechos al año. Baldé, C.P, *et. al.* "The Global E-Waste Mirror 2014." United Nations University, IAS - SCYCLE < <https://i.unu.edu/media/ias.unu.edu-en/news/7916/Global-E-waste-Monitor-2014-small.pdf>> p. 40.

3. Evitar el modelo de “notificación y bajada” de la DMCA

En principio, como regla general, los mecanismos de responsabilidad de intermediarios no deberían incluirse en tratados de libre comercio. Tal como sucede en el caso de otras regulaciones de propiedad intelectual, el diseño de un régimen de responsabilidad de intermediarios es fuertemente impactado por la habilidad de cabildeo de las industrias con intereses contrapuestos en la definición del sistema respectivo. Por ello resulta esencial que el debate de su diseño se realice en el marco de un proceso participativo y abierto, que conceda espacio a la manifestación de los distintos sectores involucrados, independiente del poder económico de los mismos. La negociación de un acuerdo comercial carece de tales características de transparencia y participación.

No obstante lo anterior, la tendencia impulsada por Estados Unidos ha sido la contraria. Este último ha buscado exportar a través de sus acuerdos comerciales su sistema nacional introducido con la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), que incorporó un régimen de responsabilidad de intermediarios por violaciones a derechos de autor.

En esencia, la DMCA establece que los proveedores de servicios, aplicaciones y contenidos de internet no son responsables por las infracciones a derechos de autor que se cometan en sus plataformas siempre y cuando se cumplan tres condiciones: i) que no tengan conocimiento sobre el material infractor; ii) que tampoco sepan de las circunstancias que hacen aparente la ilicitud de dicho material; iii) que sabiéndolo actúen expeditamente para eliminar o evitar el acceso al material en cuestión.¹⁰

Es decir, que si cualquier intermediario de internet tiene conocimiento de materiales que infringen derechos de derechos de autor en su sitio, y no lo bajan, se vuelven co-responsables por dicha violación. En la práctica esto ha creado mecanismos de censura privada y monitoreo de contenido que se han utilizado en forma abusiva.

La DMCA tiene efectos inhibitorios sobre la libertad de expresión en un doble sentido. Primero para los usuarios, pues estas normas son tan complejas que generan incertidumbre sobre sus expresiones, lo que termina por disuadirlos de publicar cosas que en principio podrían ser legítimas. Segundo, para los intermediarios mismos, porque no les es fácil diferenciar el material ilícito de aquel protegido por la libertad de expresión: cualquier notificación de un supuesto perjudicado amenaza con la posibilidad de un litigio costoso, que orilla a las empresas a bajar más contenido del que deberían.¹¹

En México, el presidente Enrique Peña Nieto ha usado el mecanismo de la DMCA para eliminar videos de Youtube en los que se equivoca diciendo que León es un estado en vez de una ciudad.¹²

¹⁰ 17 U.S. Code § 512 - Limitations on liability relating to material online < <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512> >

¹¹ Rodrigo Vargas Acosta. “Responsabilidad de intermediarios por infracciones a los derechos de autor en Chile, Paraguay y Costa Rica: Un análisis desde la libertad de expresión.” *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2016, <<http://www.scielo.cl/pdf/rchdt/v5n1/art04.pdf>>, p. 148.

¹² “Presidencia baja de Youtube el video donde EPN confunde León y Lagos de Moreno con estados.” Sin Embargo, 29 de abril de 2015, < <http://www.sinembargo.mx/29-04-2015/1329513> >

Este material es de interés público, y con el pretexto de la violación a derechos de autor ha sido eliminado de internet obstaculizando el derecho de acceso a la información.

El derecho internacional de los derechos humanos establece que es necesario que existan controles judiciales sobre la materia para que miles de expresiones legítimas e importantes, no sean eliminadas. Según lo declaró el relator sobre el derecho de expresión de las Naciones Unidas, David Kaye, cualquier demanda para el retiro de contenido debe de estar sujeto a supervisión independiente que determine la necesidad y proporcionalidad del retiro¹³. Por otro lado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado que los agentes privados y las empresas no cuentan con la capacidad de ponderar derechos acorde a las leyes y los estándares de libertad de expresión y demás derechos humanos¹⁴. Esto motivado tanto por los costos que representa dicha ponderación, como por los posibles conflictos de intereses en juego o el deseo de los proveedores de servicios de congraciarse con los gobiernos en ejercicio.

De incluirse sistemas de responsabilidad de intermediarios -aunque insistimos no consideramos sea materia propicia de un acuerdo comercial- es de nuestra opinión que no debe seguirse el modelo de la DMCA. Un ejemplo de un sistema más garantista es el chileno, que implementa “notificación y bajada” de contenidos previa orden judicial, a solicitud del titular de derechos o su representante.¹⁵ Este régimen permite más control y más escrutinio público sobre el material que se elimina de internet y en la práctica evita que las decisiones sobre ponderación de derechos se deleguen en empresas privadas.

4. Agregar excepciones y limitaciones robustas.

Las excepciones y limitaciones contenidas en la legislación de Estados Unidos han permitido la creación de productos nuevos e innovadores como motores de búsqueda, aplicaciones de redes sociales y agregadores de noticias. Para los usuarios, medios de comunicación y creadores de cultura dichas excepciones son esenciales para fines como la parodia, el *remix*, el reporte de noticias y la crítica.

La legislación mexicana no tiene un capítulo fuerte de excepciones y limitaciones, ya sea como catálogo o en términos de “uso legítimo”, como se entiende en nuestras contrapartes en el TLCAN. Es paradigmático que los países desarrollados busquen exportar sus protecciones en los tratados internacionales, pero nunca sus excepciones pues estas son las que hacen que sus economías creativas funcionen. En México esto constituye una desventaja comercial que deja desprotegidos a los artistas, creadores y disidentes de nuestro país, y limita el acceso al conocimiento y la capacidad de innovación de los mexicanos en general.

¹³ David Kaye. “Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión” <<http://undocs.org/es/A/HRC/32/38>>, p. 24.

¹⁴ Carolina Botero. “Libertad de Expresión e Internet” Comisión Interamericana de Derechos Humanos <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf>, p. 47 y 48.

¹⁵ Artículo 85 secciones L a U de la Ley de Propiedad Intelectual de la República de Chile <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933>>

Por lo tanto, para promover y garantizar una cultura amplia y rica, de incluirse un capítulo sobre propiedad intelectual en el TLCAN, necesariamente se deben prever excepciones y limitaciones entendidas como “uso legítimo”, también aplicable al entorno digital.

B. COMERCIO ELECTRÓNICO

La negociación de acuerdos comerciales que abarcan la regulación de comercio electrónico necesariamente involucra la afectación del ejercicio de derechos humanos en el entorno digital, tales como la privacidad, la libertad de expresión y el acceso al conocimiento y la información.

Dado el abandono del TPP, a la fecha aún no existe un tratado comercial multilateral que trate los diversos temas de comercio electrónico de forma cabal: flujos de datos, nombres de dominio, cifrado y acceso al código fuente de *software*. La inclusión de estos asuntos debe negociarse y ejecutarse con cautela, con una evaluación desde la perspectiva de afectación de los derechos humanos, y únicamente después de haber consultado a expertos y representantes de la sociedad civil que normalmente no forman parte de dichos procesos, entre ellos: profesionales de seguridad informática, desarrolladores de programas de computación y organizaciones que representen a la sociedad civil, como Derechos Digitales y R3D, entre otros.

Consideramos que **temas como regulación de nombres de dominio, acceso a código fuente de programas de computación, neutralidad en la red y cifrado no deben ser incluidos en tratados comerciales** por no haber alcanzado suficiente madurez dentro del debate público a nivel local. Si se fijan reglas sobre estos en el TLCAN se impediría el desarrollo de los mismos dejándolos fijos en el tiempo con imposibilidad de renegociar y flexibilizar su aplicación en un futuro.

Primero, lo relativo al sistema de nombres de dominio en internet corresponde a foros multisectoriales como el *Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* (ICANN).¹⁶ Sería un retroceso agregar estas cuestiones al TLCAN, minimizando los procesos de apertura y transparencia que se han trabajado al interior de esta institución internacional.

Segundo, las discusiones sobre la revelación del código fuente de programas de cómputo y mecanismos de cifrado tienen consecuencias sobre la política de ciberseguridad de un país que no pueden ser discutidas y fijadas de forma absoluta en foros cerrados que no incluyen el punto de vista de todas las partes interesadas, y que además excluyen a los ciudadanos que son los últimos afectados. Estos temas que no pueden ser abordados desde la perspectiva del comercio, sino que deben ser discutidos por lo que son: temas de derechos fundamentales. En vez de regular medidas que pretendan aplicarse siempre y en todo lugar, existen foros alternativos como el *Internet Governance Forum* de Naciones Unidas que permiten mayor flexibilidad para evitar problemas que aún no podemos imaginar en un futuro.

Tercero, no se puede perder de vista que la neutralidad en la red es un principio fundamental para internet. El principio de neutralidad en la red establece un contexto de igualdad en internet: el

¹⁶ ICANN. “Bylaws For Internet Corporation For Assigned Names And Numbers.” Artículo 1, sección 1.1: Misión. 1 de octubre de 2016 < <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en> >

contenido, aplicación o servicio de tanto pequeños como grandes negocios debe ser igualmente accesible en cuestiones de tráfico.¹⁷ Al incluir disposiciones relativas a este principio en tratados comerciales, corremos el riesgo de condicionar el acceso al contenido en internet a los proveedores de servicios dándoles la posibilidad de discriminar en función de distintos usuarios, como se intentó hacer en el TPP.¹⁸

Por último, si se incluyen reglas sobre el libre flujo transfronterizo de datos, estas deben siempre privilegiar el derecho a la privacidad de los ciudadanos en los tres países. No es una materia neutral: en nuestra época hablar de datos es hablar de privacidad. El TPP promovía el “libre flujo de datos” entre países, incluso cuando estos tratan de información sensible, sin como contrapartida exigir que el nivel de protección brindado a dicha información cumpliera con niveles mínimos consistentes de protección en la jurisdicción receptora.

Hoy en día, si estos datos “migran” a Estados Unidos -que además es lo más probable pues es donde están la mayoría de empresas que prestan servicios en internet como Facebook, Google, Twitter o YouTube- nos enfrentamos a un problema mayor: el Presidente de Estados Unidos recientemente decretó que la Cuarta Enmienda -el derecho a la privacidad- no aplica a extranjeros.¹⁹

La implementación de estos resguardos debe ser cuidadosa, para que ellos no puedan ser considerados como simples “restricciones encubiertas al comercio” en materia de servicios de datos. Lo ideal es que el Estado mexicano se haga cargo de los aspectos de derechos fundamentales involucrados en el comercio y promueva una política que proteja los derechos humanos, balanceando la participación en el comercio de servicios de datos con la adecuada protección a la privacidad.

C. EXIGENCIAS DEMOCRÁTICAS MÍNIMAS

1. Transparencia y apertura de las negociaciones.

La transparencia es una condición esencial en toda democracia. En los procesos legislativos la discusión abierta y plural de las iniciativas legales permite que la sociedad en su conjunto forme parte del proceso de toma de decisiones. Los tratados comerciales siguen la regla contraria: se discuten de forma cerrada, los textos son secretos y el grueso de la población no puede acceder a ellos.²⁰ No existe el diálogo ni el debate en esas condiciones.

¹⁷ Definida como la no discriminación y degradación de contenidos en internet la Neutralidad de la Red establece que los proveedores del servicio de internet deben respetar la velocidad de navegación contratada por los usuarios, sin importar el contenido, origen, destino, aplicación, o los servicios que se provean a través de internet.

¹⁸ Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica. Artículo 14.10, pie de página 7 <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86482/14._Comercio_Electr_nico.pdf >

¹⁹ Natasha Lomas. “Trump order strips privacy rights from non-U.S. citizens, could nix EU-US data flows.” 26 de enero de 2017 <<https://techcrunch.com/2017/01/26/trump-order-strips-privacy-rights-from-non-u-s-citizens-could-nix-eu-us-data-flows/> >

²⁰ Michelle Limenta. “Open Trade Negotiations as Opposed to Secret Trade Negotiations: From Transparency to Public Participation.” New Zealand Yearbook of International Law, Vol. 10, 2012, <<http://www.nzlii.org/nz/journals/NZYbkIntLaw/2012/3.pdf> >

A pesar de que afectan al grueso de la población con efectos que quedan fijos al pasar el tiempo, las reglas decididas en tratados comerciales son esencialmente antidemocráticas. Tienden a regular materias que van más allá de las relaciones económicas entre países y afectan derechos humanos sin que los ciudadanos ni sectores representados formen parte del proceso deliberativo.

La renegociación del TLCAN no puede seguir esta tendencia. En este sentido consideramos que es necesario incorporar de manera efectiva y en condiciones de equidad a las diversas partes interesadas y además a la sociedad en su conjunto para que el intercambio comercial de los países se haga en las mejores condiciones posibles para los ciudadanos.

Por ello, para que la renegociación del TLCAN ocurra en un contexto de transparencia suscribimos la adopción, como mínimo, de las propuestas accionables presentadas por las organizaciones de la sociedad civil de Estados Unidos y Canadá *Electronic Frontier Foundation, Creative Commons* y *OpenTheGovernment.org*. Estas son las siguientes:

1. La publicación de las propuestas presentadas por los negociadores de México inmediatamente después de haberlas presentado a las demás partes dentro de la negociación.
2. La apertura de las propuestas a discusión y diálogo público.
3. La publicación de las relatorías de las reuniones que se lleven como parte de la negociación, que contengan las propuestas presentadas por cada parte, acuerdos a los que se llegaron, así como una lista de los asistentes a la reunión y su procedencia.
4. El nombramiento de un ente independiente encargado del cumplimiento de estas y demás medidas de transparencia.
5. La elaboración de análisis independientes sobre los beneficios y costos de la entrada en vigor del tratado, sobre los cuales se sustente la toma de decisiones

Una de las razones por las que el TPP no prosperó, fue la falta de transparencia en las negociaciones. Como miembros de la sociedad civil confiamos en que se recoja dicha experiencia y que en esta oportunidad se avance en la apertura y la pluralidad de la discusión para alcanzar acuerdos que nos convengan a todos, y que también representen los intereses y preocupaciones de los ciudadanos de los tres países.

2. Mecanismo de Solución de Controversias Inversor-Estado (ISDS)

Un último tema que atañe a los procesos democráticos de nuestro país se relaciona con los mecanismos de resolución de controversias previstos en tratados comerciales. En este sentido, hacemos eco del consenso obtenido durante el encuentro de Organizaciones Sociales de Canadá, Estados Unidos y México: dichos mecanismos, por su falta de neutralidad y por no escuchar a todas las partes afectadas, debe ser eliminado en la renegociación del TLCAN.²¹

²¹“Eliminar los privilegios a los inversionistas extranjeros, así como el mecanismo de resolución de controversias entre los inversionistas y el Estado (ISDS), así como respetar el derecho de los pueblos a ejercer controles democráticos sobre las políticas públicas en cada país.” Declaración Política del Encuentro de Organizaciones Sociales de Canadá, Estados Unidos y México. 1 de

Desde el TLCAN acordado en 1994, se amplió la definición de inversión para incluir “la expectativa de obtener ganancias o utilidades” prohibiendo además las “expropiaciones indirectas”.²² Históricamente esto ha implicado que políticas públicas del Estado Mexicano que protegen derechos humanos pueden considerarse como daños a la expectativa de ganancia de inversionistas extranjeros.

Las disputas sobre esto se resolverán en el Mecanismo de Solución de Controversias Inversor-Estado (conocido por ISDS del inglés Investor-State Dispute Settlement), contenido también en el TLCAN original y que ha beneficiado mayoritariamente a las empresas.²³ Ni sindicatos, ni ciudadanos u organizaciones no gubernamentales tienen interés jurídico en estos tribunales arbitrales.

En México uno de los casos más paradigmáticos se dio en 1997 cuando la compañía Metalclad demandó al gobierno por cancelar un permiso para desechar sus productos nocivos en San Luis Potosí, a pesar de que estaba contaminando la región.²⁴ El ISDS condenó a México al pago de 16.7 millones de dólares por la violación de disposiciones contenidas en el capítulo XX del TLCAN.

Por lo anterior, y con base en los siguientes argumentos, consideramos que debe eliminarse de las negociaciones en un nuevo tratado.

1. Es antidemocrático al ser utilizado para impugnar políticas que protegen derechos humanos.

Según datos de UNCTAD de los casos de arbitraje que resultan procedentes el 60% resulta a favor de las corporaciones²⁵. El temor de los Estados frente a las pérdidas multimillonarias, junto con el costo del litigio y el costo político que estos casos conllevan son razones que provocan que una gran parte de los casos de arbitraje entre los Estados y los inversionistas ni siquiera lleguen al arbitraje, revolviéndose en negociaciones privadas que son inaccesibles para los ciudadanos. Este mecanismo actúa como un efecto paralizante ante legislaciones que puedan ser impugnadas por corporaciones. En la práctica esto implica que inversionistas tienen una especie de veto sobre regulaciones nacionales.

2. Carece de independencia e imparcialidad, beneficiando casi siempre a las empresas.

Una revisión de los casos de arbitraje conocidos hasta finales del 2013 muestra que en general, los árbitros han apalancado los intereses de los inversionistas extranjeros a costa del interés público²⁶. Los árbitros han seguido interpretaciones más amplias comparadas con las que usualmente se

junio del 2017 < <http://www.movimientos.org/es/content/declaraci%C3%B3n-pol%C3%ADtica-del-encuentro-de-organizaciones-sociales-de-canad%C3%A1-estados-unidos-y> >

²² Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Capítulo XX, < http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/CAP20.asp >

²³ Gus Van Harten *et al.* “Who Has Benefited Financially from Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size and Wealth of Claimants.” Osgoode Legal Studies Research Paper No. 14, 2016 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713876 >

²⁴ Metal Clad v. México. Caso ICSID No. ARB(AF)/92/1, 1997 < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/17> >

²⁵ Thomas Mc Donagh. “Who really wins more ISDS cases - governments or corporations?” Open Democracy UK, > <https://www.opendemocracy.net/ourkingdom/thomas-mc-donagh/who-really-wins-more-isds-cases-governments-or-corporations> >

²⁶ Gus Van Harten. “Comments on the European Commissions Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA.” 3 de julio de 2014. Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series N 59. < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2466688&rec=1&srcabs=2410188&alg=1&pos=6 > p. 19.

realizan en cortes nacionales o las que se acostumbran en la ley internacional en sus determinaciones.²⁷ Es un modelo de arbitraje que no cuenta con las características de un proceso judicial justo, independiente e imparcial. No permite la participación de las partes que pueden ver sus derechos afectados (más que mediante la presentación de un *Amicus Curiae*), y además carece de debida transparencia por las cláusulas de confidencialidad que no permiten revelar los conflictos de interés que puedan afectar las deliberaciones de los árbitros.²⁸ Además, no es posible apelar el resultado del arbitraje.

CONCLUSIONES

La economía digital tiene un rol cada vez más importante en el crecimiento económico. Por consecuencia, la Secretaría de Comercio debe ser muy cautelosa al incluir ciertos temas en la renegociación del TLCAN. La misma naturaleza de los tratados comerciales es que sus reglas son poco flexibles y perduran en el tiempo: toda disposición sobre tecnología tiene gran probabilidad de quedar obsoleta en pocos años o demostrarse poco efectiva al cabo de algún tiempo, lo cual a su vez puede afectar el comercio mismo. En tal contexto resulta relevante la reserva de independencia a nivel nacional de la habilidad de adecuar el propio régimen normativo a la realidad política, económica y social del país, sin restricciones externas impuestas a través de las obligaciones asumidas en acuerdos comerciales bilaterales.

Las reglas relativas a la revelación de códigos fuente, neutralidad en la red y cifrado incorporadas a acuerdos comerciales bilaterales tienen un mayor potencial de impacto en los derechos a la privacidad, la libertad de expresión y el acceso al conocimiento de los ciudadanos, en comparación con el beneficio que la incorporación de tal regulación podría sumar al desarrollo de la economía digital. Consideramos que en principio deben quedar fuera de este tratado, sobre todo si no se incluye a las partes afectadas y a expertos en el tema en la negociación. La simple mirada desde el intercambio comercial no basta para abarcar la complejidad y el dinamismo de dichos temas.

En la misma línea, consideramos que el TLCAN no es el foro ideal para fijar y debatir reglas relativas a la propiedad intelectual. En las negociaciones, las industrias culturales, farmacéuticas y tecnológicas de Estados Unidos están bien representadas, mientras los consumidores y usuarios de internet y los emprendedores e innovadores de nuestro país no tienen voz ni voto sobre estándares que afectarán su vida diaria en un futuro. Si llegara a incluirse un capítulo sobre derechos de autor y patentes -contrario a nuestras recomendaciones- por lo menos, como mínimo, deben fijarse reglas claras y obligatorias en cuanto a excepciones y limitaciones que incluyan un catálogo amplio de excepciones y limitaciones o el “uso legítimo” de material bajo derecho de autor.

Adicionalmente, instamos a que si se llegaran a considerar reglas sobre responsabilidad de intermediarios, que estas no imiten el modelo de “notificación y bajada” de la *Digital Millennium Copyright Act* de Estados Unidos, sino que se promuevan reglas con control judicial previo, cercanas a las de Chile que tienen menos efectos inhibitorios sobre la libertad de expresión.

²⁷ *Ibid.*, pg. 19.

²⁸ *Ibid.*, pg. 44.

De forma más urgente y fundamental, exigimos que tanto las provisiones sobre comercio electrónico como propiedad intelectual sean transparentes y discutidas de forma abierta con el público mexicano en todas las etapas de la negociación. De la misma manera, pedimos formar parte de las subsecuentes etapas de negociación para emitir nuestras opiniones y análisis correspondientes.

Atentamente,

- Luis Fernando García. Red en Defensa de los Derechos Digitales (lfgarcia@r3d.mx)
- Gisela Pérez de Acha. Derechos Digitales México (gisela@derechosdigitales.org)
- Timothy Vollmer. Creative Commons Internacional (tvoll@creativecommons.org)