



Deleite en la sumisión

BALDO KRESALJA R.*

1. Desde hace un buen tiempo, algo más de cinco años, la “fiesta cívica” más importante en el Perú no ha sido una vinculada a asuntos públicos relacionados con la aún inalcanzada condición de ciudadanos para muchos de sus habitantes; ni tampoco la viabilidad de modificar una Constitución política puesta en vigencia por el autócrata japonés Fujimori, sino una relacionada a un sometimiento voluntario. Celebrada por los gobernantes, auspiciada sin rajaduras por los representantes del gran capital y envuelta en las pompas escritas y mediáticas de los medios de comunicación, el Acuerdo Comercial (TLC) celebrado con los Estados Unidos¹, ha sido mayoritariamente considerado –sin exageración– como tabla de salvación, pasaporte para un sueño, logro republicano y triunfo de la sabiduría y tesón burocrático. Las posiciones discrepantes o los intentos de analizar los costos/beneficios del citado Acuerdo han tenido que luchar denodadamente para hacerse oír, pero el país ha estado mayoritariamente sordo frente a este empeño.

2. Se ha propagado maliciosamente por los defensores del TLC que cualquier crítica, inclusive a un aspecto específico y menor, es demostración irrefutable de que quienes así lo hacen son contrarios al intercambio comercial o a participar en el proceso de globalización, sea desde el punto de vista económico como político o cultural. Se trata de una patraña. No creo que una posición inteligente pueda cuestionar, en cualquier época, la importancia del intercambio comercial y los numerosos efectos positivos que genera. Pero habría que ser amnésico para no recordar que en cualquier materia los intercambios deben estar compensados, equilibrados, y que ello es difícil de alcanzar cuando existe una indiscutible desproporción de fuerza, de riqueza y de conocimientos entre las partes involucradas.

3. Las reglas jurídicas contenidas en los Acuerdos comerciales están destinadas a proteger las inversiones de compañías provenientes de países exportadores de capital, así como a limitar las acciones de los Estados que las reciben. Aparecen en los siglos XVIII y XIX. Fueron ellas las que crearon una base legal mínima que debería en el futuro siempre respetarse, a riesgo de que en caso de incumplimiento el Estado del país receptor de la inversión recibiera sanciones económicas o políticas. Esa base legal, es pertinente recordarlo, era sólo de aplicación a los extranjeros y a sus compañías, nunca a los nacio-

* Artículo publicado en la edición peruana del diario *Le Monde*, en marzo de 2009.

¹ Entró en vigencia en el 2009, siendo las disposiciones principales la Ley 29316 y el Decreto Supremo N° 009-2009-MINCETUR del 14 y el 17 de enero de 2009, respectivamente.

nales de los países receptores de capital, por lo que si el Estado receptor actuaba en forma arbitraria o sin equidad para con sus súbditos o ciudadanos, éstos últimos no tenían quién los defendiera.

4. Los Acuerdos comerciales han ido ganando en importancia durante los últimos años y han sido promovidos por los Estados más poderosos, en especial por los Estados Unidos. La mayor parte de ellos fueron suscritos entre 1960 y 1990 y no dieron en verdad lugar a mayor debate o escrutinio público. Pero esto ha comenzado a cambiar, como consecuencia de un examen más minucioso de su contenido, realizado tanto en los países en vías de desarrollo como en los desarrollados. Así, por ejemplo, no puede olvidarse que durante la gestión del presidente demócrata Bill Clinton y después en forma aguda durante la gestión del presidente republicano George Bush, un conjunto de neo-conservadores, alegando razones de “seguridad” han llegado a declarar que los Tratados o Acuerdos internacionales son una expresión política, pero no legalmente obligatorios²; por lo que los Estados Unidos escogerán aquellas reglas que deseen, actuando según sus propios intereses y dejando de lado aquellas provisiones que consideren inconvenientes. Los últimos gobiernos de los Estados Unidos, en esa dirección, han creído por conveniente imponer a los países de América Latina nuevas reglas por ellos diseñadas en los ámbitos del comercio, la inversión y los servicios, acuerdos que tienen además un importante contenido en el campo de los derechos intelectuales.

5. Los Acuerdos comerciales a que nos referimos son obviamente funcionales a los intereses y propuestas de los EE.UU., que es la parte fuerte de la relación. Son una confirmación de la posición histórica de ese país en lo que se refiere a los Acuerdos de integración económica y política latinoamericanas que siempre ha buscado desalentar, prefiriendo la vía bilateral, donde su poder es difícil de contrarrestar. A ello se agrega que, aún sin el TLC, el mercado de los EE.UU. es muy importante para los países latinoamericanos y que las inversiones de sus compañías en estos países son también -en conjunto- de gran magnitud. Si bien todo acuerdo o tratado entre naciones es en cierta medida una limitación de soberanía, los TLC celebrados por los EE.UU. la limitan grandemente y, en más de un sentido, algunas de sus previsiones pueden considerarse inconstitucionales. En el celebrado con el Perú, EE.UU. no renuncia, por ejemplo, a sus mecanismos de subsidios agrícolas, pero los países pobres deben renunciar a un conjunto de medidas promocionales clásicas, como la preferencia en las compras estatales de la producción nacional. Los TLC que proponen los EE.UU. no están diseñados para un país en particular y no toman más que muy parcialmente en cuenta sus particularidades. Son, pues, una “plantilla” que para los EE.UU. tienen un valor político y estratégico, superior al comercial. Pueden juzgarse, entonces, como expresión de un “neocolonialismo *soft*”.

6. Pero lo que hay que tener presente es que las reglas que contienen los Acuerdos son muy diferentes a los que aplicaron los EE.UU. y las democracias capitalistas europeas

² John Bolton, importante consejero de G. Bush, en su calidad de Senior Vice-Presidente del American Enterprise Institute declaró en 1997 que: “treaties were simple political and not legally binding”, citado por: P. Sands. “Lawless world. America and the making and breaking of global rules”. Penguin Books. Londres: 2005, p. 20.

para desarrollarse y convertirse en las potencias que son hoy. Las opciones destinadas a la protección, a la producción nacional, antes eran ampliamente aceptadas y hoy se cuestionan abiertamente. En este contexto, se suele pasar por alto que en muchos países hoy desarrollados el Estado ha intervenido por décadas en el mercado, subsidiando la investigación y a su industria nacional, sin tener que dar cuenta de sus decisiones a terceros países o empresas multinacionales.

7. El TLC celebrado por el Perú con los EE.UU. descansa sobre los contenidos del ya hoy cuestionado “*Consenso de Washington*” y trata de profundizar el modelo económico-social neoliberal que promueve, tal como es interpretado y entendido por las corporaciones multinacionales y el gobierno de los EE.UU. Persigue la apertura comercial indiscriminada, salvo en el terreno agrícola y en Internet, así como el movimiento libre de capitales pero no de personas, baja presencia del Estado, aliento a las privatizaciones y protección a la inversión extranjera. Esta fórmula económica es en muchos casos difícil de compatibilizar con los procesos democráticos de los países en desarrollo, y es exclusiva de una forma de pensar que, al momento, es dominante en los EE.UU. Es importante poner de relieve que no suele contemplar mecanismos modificatorios, por lo que aspira a tener vigencia indefinida y a imponer su contenido normativo como modelo indiscutido.

8. Una de sus características más acusadas es su asimetría: el producto bruto y el ingreso per-cápita de los EE.UU. es muchas veces superior al peruano. Lo son también los niveles de productividad y calificación de la fuerza laboral. La ausencia de medidas compensatorias —que fue lo que ocurrió en la formación de la Unión Europea— no hace más que profundizar las diferencias. Desde el punto de vista económico, la importancia presente del Acuerdo es mínima para los EE.UU. Su interés mayor, como hemos dicho, se encuentra en el ámbito político y específicamente en la regulación jurídica de los derechos intelectuales.

9. Ahora bien, para negociar satisfactoriamente un Acuerdo comercial, resulta esencial conocer cuál es el modelo de desarrollo que el país pretende, modelo que puede ser diseñado inclusive desde una perspectiva capitalista, teniendo en cuenta la capacidad productiva instalada, el nivel de cultura, variables geográficas y experiencias históricas; en otras palabras, es pacífica la afirmación de que existen varios modelos o vías para lograr el desarrollo. No cabe duda que EE.UU. lo ha tenido y lo tiene claro, pero ¿lo tenemos nosotros? La respuesta es evidente: no. Sólo contamos con una incipiente Oficina Nacional de planificación estratégica. Los negociadores peruanos, entonces, no han podido reflejar intereses nacionales de largo plazo, salvo en forma genérica, primando sus particulares preferencias. Las que, además, todo lo indica así, coincidieron en gran medida con los intereses de los EE.UU. Y si bien es cierto que el TLC no aspira a convertirse en una política de desarrollo en sí misma, propone líneas de acción determinantes en más de un sentido, que suponen y asumen un modelo basado en la protección casi ilimitada a los intereses de compañías multinacionales, así como la apertura y liberalización de los mercados con desconocimiento de los intereses del empresariado nacional emergente, entre otros factores.

10. No cabe duda que la determinación de cual debe ser la posición nacional es una dimensión política superior a la dimensión técnica de los negociadores. La proliferación de estudios en las áreas vinculadas a los medicamentos, a la agricultura y a la propiedad intelectual, después de iniciadas las negociaciones, es en el caso del Perú la mejor demostración de haber comenzado un proceso sin que el país en su conjunto –las fuerzas productivas, académicas y políticas- conociera o se hubiera puesto de acuerdo en cuáles eran los intereses permanentes que había que salvaguardar. En otras palabras, muchos con poder real en el Perú lo que querían era firmar el Tratado sí o sí, y sabían que en el camino se evaluarían “*los daños*”, “*los aspectos negativos*”, que no se habían examinado al momento de iniciar la negociación. ¡Qué sincero y cándido testimonio de improvisación, de tercermundismo!

11. Aquéllos que conforman entre nosotros el grupo apologético han hecho continua incidencia en “*nuestra debilidad institucional política*”, y que el TLC representa una especie de “*ancla*” que nos servirá para consolidar y mejorar nuestras instituciones políticas, las cifras económicas y hacer posible la futura gobernabilidad. Desde su perspectiva es una verdad deseada, pero en mi opinión esquivada. Constituye una manifestación típica, propia de una clase adinerada dominante y de una clase política mayoritariamente inepta, frente a un pueblo semi-educado sumergido en el vértigo de la publicidad consumista, pero también ansioso de encontrar una identidad que lo afirme frente al futuro, a lo que no contribuirán los valores implícitos de la industria cultural de masas estadounidense que se imponen en nuestro mercado sin contrapeso visible.

12. La negociadora peruana Sra. Mercedes Araoz, hoy Ministra de Comercio Exterior y de Turismo*, ha señalado que el interés de los EE.UU. en la suscripción del Tratado es que “*no quieren quitarle las preferencias a países que tienen problemas de pobreza, ya que estarían propensos a desarrollar problemas de inestabilidad política y económica y evidentemente propiciarían problemas de drogas y terrorismo*”; cree que somos para los EE.UU. un país “*comercialmente interesante*”; y, claro está, que es necesario para EE.UU. “*establecer un marco que brinde seguridad jurídica para los inversionistas y empresarios estadounidenses*”³. ¡No me atrevo ni siquiera a calificar de ingenua a la Sra. Ministra, pero sí a señalar que creo que si los EE.UU. hubieran mandado a fabricar negociadores no hubieran podido encontrar mejores que Mercedes Araoz, sus antecesores y cercanos colaboradores! Cabría recordarle a ellos, no como verdad absoluta, sino como un planteamiento para consideración y debate, que ha sido voluntariamente dejado de lado que célebres economistas consideran a una sociedad como exitosa en el largo plazo a la que sabe mejor definir qué es lo que debe producir y no por lo que ahora quiere consumir; en otras palabras, exitosa por la forma y calidad en que ha desarrollado su poder de producción, que cabe advertir el TLC no fomenta, pues el modelo que impone nos lleva a consolidarnos como un país exportador de materias primas o de productos con baja transformación, una de cuyas vías es el control jurídico sobre la producción de conocimiento.

* N. del E. (Nota del Editor): Era ministra de Comercio Exterior y de Turismo, a la fecha que se escribió el artículo.

³ Araoz, M. “El TLC en debate”. Fairlie, A. (editor). Lima: 2004, pp. 51-52.

13. Uno de los ofrecimientos que genera más expectativa es aquél que afirma que la firma del TLC va a dar lugar a grandes inversiones extranjeras, en especial de los EE.UU. Se trata de una expectativa sin sustento, no sólo porque nuestro mercado interno es pequeño, sino además por nuestra pobre infraestructura física y nuestra lejanía para comunicarnos con los mercados más importantes. De otro lado, el régimen legal peruano sobre inversión extranjera es amplio, liberal, difícilmente puede ser ampliado. Finalmente, porque la gran inversión en nuestro país va dirigida básicamente a la minería, y sobre ella el TLC no tendrá mayor influencia, pues depende de otro tipo de consideraciones. Entonces, lo que puede perseguir el TLC desde el punto de vista de las inversiones extranjeras es que se mantengan las disposiciones liberales del actual régimen, es decir, favorecer a las que ya están, sean o no compañías provenientes de los EE.UU.

14. Es aquí pertinente tocar el tema de la expropiación, que no sólo incluye la tradicional forma de expropiar, que es cuando el Estado paga por una empresa o inversión determinada, sino que también incluye el concepto de “*expectativas*”, esto es, los rendimientos esperados futuros. Si, entonces, se aplicara un nuevo impuesto o regalías, podrían los afectados considerarla expropiación, así como también el apoyo por parte del Estado a las empresas nacionales. Esto es, por cierto, contrario a lo que hace el gobierno federal, estadual o local en los propios EE.UU. Si a ello se suma que las controversias se deben ventilar en arbitrajes internacionales, esto es, excluirse a los tribunales nacionales, la figura se completa. Y, claro está, ello no es de aplicación directa —lo de la expropiación o del arbitraje— a los ciudadanos locales, a los peruanos, con lo cual se produce una discriminación abiertamente inconstitucional.

15. Es un lugar común aceptar que, al interior de una política de desarrollo integral, los derechos intelectuales (Propiedad Intelectual y Derechos de Autor) juegan un papel importante. Surge de esta consideración la necesidad de conocer tanto su regulación nacional como internacional. Todos sabemos que es de crucial importancia reducir la pobreza, mejorar la educación y la salud pública, así como asegurar un desarrollo sostenible con la naturaleza. La pregunta entonces es en qué medida la Propiedad Intelectual, tal como está hoy regulada, promueve o dificulta el logro de esos objetivos; y también en qué medida las disposiciones del TLC con los Estados Unidos, contribuyen o no a esos propósitos.

No vamos aquí a reproducir los argumentos esgrimidos en las antiguas y nuevas polémicas sobre si la Propiedad Intelectual favorece o no el desarrollo, pero sí recordar la forma en que la trataron o utilizaron los países hoy desarrollados. Así, pues, lo primero que hay que recordar es que a la fecha existe una disparidad en riqueza, en ciencia y en tecnología entre los países pobres y los países ricos, pues los primeros son netos importadores de conocimientos. En segundo término, que entre los propios países subdesarrollados existen grandes diferencias sociales, económicas y culturales, lo que significa que están lejos de ser homogéneos. Justamente, esta falta de homogeneidad en sus capacidades científicas, culturales y técnicas, así como en sus ingresos y posibilidades de desarrollo, se enfrenta con los intentos cada vez más enérgicos para uniformizar la regulación internacional, buscando imponer los estándares de los países más desarrollados, a pesar de que éstos últimos no tuvieron que pasar por este tránsito cuando estaban en sus etapas de desarrollo. En consecuencia, pudieron “apropiarse” con facilidad del conocimiento entonces “libre” y

también del que estaba “protegido”, ante una virtual ausencia de sanciones. Sólo cuando lograron un importante stock de conocimientos se convirtieron en “proteccionistas”. Habiendo así obtenido, sin mayores obligaciones frente a terceros la situación privilegiada que hoy ostentan, buscan ahora consolidarla haciendo difícil el camino a los más pobres. Los Acuerdos comerciales contemporáneos son una de las mejores vías para lograrlo.

16. En los últimos treinta años se ha producido un incremento en el nivel de protección y amplitud territorial de los derechos de Propiedad Intelectual, cuyas principales manifestaciones son la posibilidad de patentar materia viva y productos de la naturaleza, en oposición a la protección tradicional a productos fabricados por el hombre; la protección de las nuevas tecnologías, particularmente la biotecnología y la relacionada con la información; la extensión de la protección jurídica a nuevas áreas tales como los métodos de negocios, el software, datos de prueba y semiconductores; la protección de los conocimientos tradicionales, en especial los vinculados a los recursos genéticos; la ampliación de la protección a las indicaciones geográficas; el reforzamiento de las marcas notorias y la desmesurada extensión de los plazos de protección en el ámbito de los Derechos de Autor, así como un reforzamiento de su protección que hace cada vez más difícil el acceso a la información y las manifestaciones culturales, como la música, cuya comercialización se encuentra en buena medida centralizada en unas pocas empresas que “imponen” sus preferencias en obras y autores. El Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que emergió de la Ronda Uruguay en 1994 al momento de crearse la Organización Mundial de Comercio (OMC) está prácticamente vigente en todos los países, y exige un estándar mínimo de protección, pero deja a los países menos desarrollados una capacidad de maniobra pequeña en algunas áreas específicas, lo que se busca ahora impedir con Acuerdos tipo TLC, denominados justamente ADPIC-plus.

17. Por cierto, las nuevas normas en el ámbito de la Propiedad Intelectual impuestas por el ADPIC y un conjunto de nuevos Acuerdos comerciales afectan mucho a los países más pobres, que deben asumir costos que no afectan a los países desarrollados, pues éstos tienen domiciliados a los más grandes conglomerados empresariales y cuentan con sofisticados sistemas regulatorios que impiden que se afecte en forma considerable sus intereses públicos. Es justamente la imposición de esas reglas a los países menos desarrollados lo que les impide delinear su propio sistema de protección, así como adecuarlo a su sistema legal y a su situación económica. Esto puede ser apreciado con mayor facilidad en el ámbito de las nuevas tecnologías y el acceso a la información, así como en la obtención de medicamentos para las enfermedades que los agobian. También en la obtención, por empresas multinacionales, de patentes provenientes de conocimientos tradicionales o de recursos genéticos originarios de los países en desarrollo, obtención que se realiza sin convenios y sin compensación por la comercialización de esas patentes, lo que puede además afectar la exportación futura de esos productos por los países en desarrollo.

Por tanto, en esta materia, la preocupación central al negociar el Acuerdo Comercial con los EE.UU. debió ser la eliminación de esta materia y, en el peor de los casos, determinar cuál es el nivel de protección adecuado en el ámbito de los derechos intelectuales para el actual nivel de desarrollo socio-cultural y económico del Perú, esto es, cuáles son los incentivos que necesitan nuestros ciudadanos y compañías para inventar, crear y

desarrollar nuevas tecnologías que puedan beneficiar a la sociedad en su conjunto. Y en esta tarea lo único que sabemos con certeza es, primero, que el TLC no facilita tal objetivo y, segundo, que los niveles de regulación deben de adecuarse al grado de desarrollo de cada país, tal como lo hicieron en su momento los países hoy desarrollados.

18. No es éste el lugar para referirnos a la vinculación que tienen los Derechos Intelectuales con los Derechos Humanos, pero sí tener presente la necesidad de un balance entre los derechos de los creadores e inventores y los derechos de los usuarios; en otras palabras, la necesaria reconciliación que debe existir entre el interés público de acceder al conocimiento y a los productos de las nuevas tecnologías con el también interés público de estimular la invención y la creación de todo tipo de productos, en los cuales se asienta el progreso tanto cultural como material.

En esa tarea es importante recordar que para lograr ese equilibrio los actuales sistemas de Propiedad Intelectual entregan a particulares, a individuos y principalmente a empresas, derechos de exclusiva con un alto componente económico para la concreción de esa reconciliación. Pero ese sistema, tal como se manifiesta en el ADPIC, no permite discriminar entre bienes esenciales para la vida o la educación de otros vinculados al entretenimiento o a las cadenas de comida rápida. Es por esta consideración que la mejor doctrina está de acuerdo en afirmar que no debe existir circunstancia en la cual los derechos humanos deben estar subordinados a los requerimientos legales de protección que la Propiedad Intelectual exige. Y esta afirmación se complementa con aquélla que considera que la Propiedad Intelectual debe ser concebida como un instrumento de políticas públicas que confieren privilegios económicos a individuos y empresas con el propósito de contribuir al mayor bien común.

19. Estos comentarios sobre el Acuerdo Comercial celebrado con los EE.UU. son sólo parcialmente aplicables a otros Acuerdos comerciales que ha celebrado y busca seguir celebrando el Perú. Ello es así por dos consideraciones principales: la primera porque la fuerza económica y tecnológica de los EE.UU. en nuestra área geográfica es superior a la de cualquier otra potencia. Y la segunda, porque lo ahí estipulado, principalmente en el ámbito de los derechos intelectuales, resulta una marca mínima a la que todos los demás países aspiran, y que será muy difícil de evadir en el mundo globalizado en que vivimos. En concreto, los niveles de protección acordados en el Acuerdo comercial con los EE.UU. ahora podrán ser utilizados por todos los países o por la Unión Europea, sin mayor compensación para el Perú. Los viejos y archivados conceptos de “dominación” y “dependencia” adquieren nuevamente vida, ante la imposición abusiva de un Acuerdo comercial poco beneficioso, pero desgraciadamente recibido por la clase dominante como un logro democrático.

20. La firma del TLC con los EE.UU. ha significado un intencionado boicot a los esfuerzos de integración andinos y sudamericanos, a lo que se adiciona la estrechez de márgenes que deja para concebir y concretar una política de desarrollo propia. El TLC es desde esta perspectiva un “candado”, un “ancla”, a las políticas económicas generadas en el Consenso de Washington por los neoliberales, así como una rendición incondicionada a las futuras decisiones políticas del gobierno de los EE.UU. en lo que a tecnología e industrias culturales se refiere. Igualmente, es una expropiación a nuestras aspiraciones

futuras, al impedirnos realizar lo que ellos, y otros países y sociedades más desarrolladas hicieron cuando lo creyeron conveniente a sus intereses, y obligarnos a hacer lo que nos dicen debemos hacer, sintetizada en la frase: “Do it as we say, not as we did”.