

LOS RECIENTES TRATADOS DE LIBRE COMERCIO DE ESTADOS UNIDOS COMO MUESTRA DE SU NUEVA ESTRATEGIA EN EL SECTOR AUDIOVISUAL

Ivan Bernier

Introducción: La nueva estrategia y sus características

Los tratados de libre comercio que Estados Unidos concluyó con Chile¹ en diciembre de 2002, con Singapur² en febrero de 2003, con los Estados de América Central en diciembre de 2003, con Australia en febrero de 2004 y con Marruecos en marzo de 2004, marcan un nuevo desarrollo en la forma que Estados Unidos prevé tratar los bienes y servicios culturales en los acuerdos comerciales. Hasta el año 1998, la posición oficial era que esos productos culturales en general, incluyendo los audiovisuales, no eran diferentes de otros bienes y, por consiguiente, en esos acuerdos debían ser tratados de la misma manera que los demás productos. Una primera señal indicando que esa posición debía examinarse apareció a fines del año 2000, cuando el Gobierno Estadounidense, en una comunicación sobre los audiovisuales y servicios conexos, dirigida al Consejo sobre Comercio de Servicios de la OMC, hacía hincapié en que el sector audiovisual en el año 2000 era “muy diferente de aquel de la época de la Ronda de Uruguay cuando las negociaciones se centraban, principalmente, en la producción y distribución cinematográfica y en la radiodifusión terrestre de bienes y servicios audiovisuales”, llegando a afirmar que “[e]n especial, a la luz del aumento cuántico de las posibilidades de exhibición disponibles en el medio digital actual, es posible reforzar ciertas identidades culturales y hacer comercio con los servicios audiovisuales de manera más transparente, predecible y abierta”.³ Esta visión es la que retomó la Asociación Americana de Cine (MPAA – siglas en inglés de Motion Picture Association of America), en ocasión de una presentación hecha ante el Congreso Estadounidense en mayo de 2001, cuyo contenido era el siguiente:

Muchos países del mundo tienen el noble interés de asegurar que sus ciudadanos vean películas y programas televisivos que reflejen su historia, sus culturas y sus idiomas. En el pasado, cuando las

¹ Para conocer el texto del *Tratado de Libre Comercio Chile – EE.UU.*, visitar el sitio [<http://www.chileusafta.com/>] o [<http://www.ustr.gov/new/fta/Chile/text/index.htm>].

² Para conocer el texto del *Tratado de Libre Comercio Singapur – EE.UU.*, visitar el sitio [http://www.ustr.gov/new/fta/Singapore/consolidated_texts.htm] o [http://www.mti.gov.sg/public/FTA/frm_FTA_Default.asp?sid=36].

³ OMC, Consejo sobre el Comercio de Servicios, Comunicación de Estados Unidos, Audiovisuales y Servicios Relacionados, Párrafo 9, 18 de Diciembre de 2000: Doc. S/CSS/W/21.

ciudades contaban con una única sala cinematográfica y captaban una o dos señales de televisión, resultaba justificable que los Gobiernos impulsaran el uso de productos recreativos locales. En la actualidad, con los multicines y la televisión multicanal, la justificación del contenido de cupos locales ha disminuido de manera significativa. Además, en el mundo del e-comercio, el problema de falta de disponibilidad ha desaparecido completamente. Existen sitios sobre Internet de películas y videos de todos los países del globo y de cada género imaginable. En la red no hay problemas de “espacio en los estantes”.⁴

Más adelante, la MPAA explicaba al Congreso la repercusión de este desarrollo en las negociaciones comerciales en curso, en los siguientes términos:

Por fortuna, hasta la fecha no hemos visto que ningún país adopte medidas para cerrar el mercado a los contenidos distribuidos digitalmente. Esperamos que ese mercado permanezca sin trabas - y deseamos ser capaces de contar con su apoyo cuando trabajemos con nuestros socios comerciales internacionales para mantener las redes digitales exentas de proteccionismo cultural. La aprobación de la Ley de Promoción Comercial por parte del Congreso también resultará muy útil debido a que facultaría a la Administración para negociar esos compromisos en la OMC y otros tratados comerciales.

Este enfoque, que el Gobierno Estadounidense adopta continuamente, quedó en evidencia en julio de 2002, cuando en sus propuestas para liberalizar el comercio de los servicios audiovisuales, en el contexto de las negociaciones del GATS, pidió que los países fijen “compromisos que reflejen los reales niveles de acceso a los mercados en áreas como los servicios de producción y distribución de películas y videos, los de producción de radio y televisión y los de grabación de sonidos”.⁵ Al mismo tiempo, insistió con firmeza sobre la necesidad de mantener los productos audiovisuales distribuidos electrónicamente libres de toda barrera comercial. Unos meses más tarde, el Congreso Estadounidense promulgó la “Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002”, la cual dio vía libre al Ejecutivo para celebrar tratados de libre comercio con las instrucciones, entre otras cosas, de que la conclusión de esos tratados anticipen y eviten la creación de nuevas barreras comerciales que pudieran surgir en el medio digital.⁶ Sin embargo, este nuevo enfoque, que se traduce en derechos y obligaciones legales, se da por primera vez sólo en sus recientes tratados de libre comercio, lo que brinda una idea más clara de la estrategia estadounidense aplicada al sector audiovisual dentro de un contexto multilateral.⁷

⁴ “TRABAS AL COMERCIO DIGITAL”: Testimonio de Bonnie J.K. Richardson, Vicepresidente, Comercio y Asuntos Federales, Asociación Americana de Cine, ante el House Commerce Committee Subcommittee on Commerce, Trade & Consumer Protection, 22 de Mayo de 2001: <http://www.mpaa.org/legislation/>.

⁵ Ver United States Mission – Génova, Press 2002: [<http://www.usmission.ch/press2002/0702liberalizingtrade.html>]

⁶ Ver Sacha Wunsch-Vincent, “The Digital Trade Agenda of the U.S.: Parallel Tracks of Bilateral, Regional and Multilateral Liberalization”, *Aussenwirtschaft*, Vol. 58 (2003), p. 7.

⁷ Es importante señalar al respecto que Estados Unidos está negociando nuevos acuerdos de libre comercio con la Unión Aduanera de África del Sur (<http://www.ustr.gov/new/fta/sacu.htm>), Bahrein

Las características principales de la nueva estrategia de negociación de EE.UU., tal como surgen de esos enunciados de políticas, se pueden describir como sigue.⁸ La primera consiste en la adopción de un enfoque lo más liberal posible para fijar los compromisos comerciales, es decir, el enfoque de la lista negativa. La segunda consiste en la amplia aceptación de que los esquemas de soporte financiero existentes para la cultura y la producción de contenidos no necesitan ser desmantelados. La tercera, quizás la más sorprendente, consiste en renunciar a la demanda tradicional de que sean totalmente eliminadas las exigencias de contenido local y otras trabas al comercio en el sector audiovisual, al menos donde estén implicadas tecnologías tradicionales. La cuarta y última característica, que es el corazón de la nueva estrategia, consiste en la exigencia de que los Estados se obliguen a mantener las redes digitales libres de proteccionismo cultural. En las páginas siguientes, examinaremos en profundidad cómo estos diferentes elementos se incorporan en los cinco tratados de libre comercio y consideraremos sus implicaciones.

1. El enfoque de la lista negativa para fijar compromisos

A diferencia del GATS, en que los compromisos específicos referidos al trato nacional y acceso a los mercados siguen un enfoque de "lista positiva", donde las obligaciones de las partes sólo se limitan a los compromisos asumidos en una lista o programa, aquéllos de los capítulos de servicios e inversiones de los cinco tratados siguen un enfoque de "lista negativa", donde todas las partes están obligadas en todos los sectores de servicios, excepto en los que hayan inscrito reservas o excepciones en su lista o programa. Este último enfoque se utilizó durante las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y fue el preferido de Estados Unidos durante la nueva ronda multilateral de negociaciones en el campo

(<http://www.ustr.gov/fta/bahrain.htm>) y con los Países Andinos (Colombia, Perú y Ecuador) (<http://www.ustr.gov/fta/andean/htm>)

⁸ La descripción de estos elementos se extrajeron de Sacha Wunsch-Vincent, supra, nota 6, p. 11. Ver también Ivan Bernier, "Análisis comparativo de los tratados de libre comercio Chile - EE.UU. y Singapur - EE.UU., con un enfoque particular en su impacto sobre el sector cultural", Abril de 2003: <http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/pdf/chronique03-04.pdf>

de los servicios, lanzada en el 2000. Pero aunque los Miembros de la OMC se mantuvieron fieles al enfoque existente, Estados Unidos decidió simplemente imponer su opción preferida en sus negociaciones de libre comercio.

El significado de este cambio de enfoque es considerable. Con la lista negativa, la presión se ejerce claramente sobre los Estados que desean excluir ciertas medidas o determinados sectores de actividades de sus compromisos iniciales debido a que tienen que explicar el porqué de la exclusión y obtener el consentimiento del otro Estado o de los otros Estados contratantes. El resultado es que, en general, el número de reservas en cada uno de los cinco tratados de libre comercio se mantiene bastante bajo. Con el enfoque de la "lista positiva", la situación es muy diferente. Por ejemplo, los Estados que no desean comprometerse en el sector audiovisual sólo deben abstenerse de asumir compromisos en ese sector. Esto es precisamente lo que hizo la mayoría de los Estados al final de las negociaciones en la Ronda de Uruguay. Si existe, esa presión provendrá de aquellos Estados que exijan compromisos específicos en el sector audiovisual: en caso de una negativa para acceder a sus demandas, pueden en cambio negarse a dar curso a los pedidos de acceso a otros sectores provenientes de los Estados que se niegan a abrir su sector audiovisual. Otra consecuencia importante de este cambio de enfoque es que los Estados que no están bien preparados para expresar sus preocupaciones e inquietudes en el sector audiovisual corren el riesgo de terminar totalmente comprometidos por defecto; y como veremos, la mayoría en riesgo, desde esta óptica, son los países en vías de desarrollo. Por último, resulta obvio que el enfoque de la "lista negativa", si se generaliza, significará el fin de lo que cierto número de personas aún llama la excepción cultural del GATS, es decir, el enfoque de la lista positiva.

2. Una visión más distanciada de los subsidios

La segunda característica de la nueva estrategia de Estados Unidos en el sector audiovisual es su enfoque más distanciado de los subsidios. En los cinco tratados se excluyen “los subsidios o donaciones otorgados por una Parte o una empresa del Estado, incluyendo los préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno” de los alcances del Capítulo de servicios. Esto no resulta sorprendente cuando los subsidios ya no están contemplados en el propio GATS, a pesar del Artículo XV. Este artículo reconoce que, en ciertas circunstancias, los subsidios pueden producir efectos tergiversados en el comercio de servicios, y pide que los miembros entren en negociaciones con el objeto de desarrollar las disciplinas multilaterales necesarias para evitar tales efectos. Debido al importante soporte financiero dado por muchos gobiernos a sus industrias culturales, es evidente que estas negociaciones resultaban un motivo de preocupación.⁹ Sin embargo, debido a la complejidad inherente a las pautas de desarrollo de esta área, las negociaciones progresaron muy lentamente, desde su inicio en 1995, en el contexto del Grupo de Trabajo sobre las Reglas del GATS.¹⁰ De hecho, sigue siendo poco claro hasta el momento en qué medida existe un verdadero consenso acerca de la necesidad de tales pautas sobre los subsidios.

Pero a pesar de que actualmente en el GATS no hay disciplinas multilaterales sobre los subsidios como tales, éstos no están totalmente fuera de su alcance. El Tratado se aplica, por ejemplo, en una situación donde el acceso a los subsidios domésticos se concede a ciertos Estados y no a otros. Un ejemplo concreto de esto, en el sector cultural, es el de los acuerdos de coproducción en el campo del cine y la televisión que proporcionan un acceso preferente al financiamiento: pero para el régimen de exención del Artículo II, párrafo 2, del GATS, esos acuerdos estarían violando de manera clara la obligación de NMF del Artículo II, párrafo 1. Lo más importante, es que el Tratado también se aplica a los subsidios cuando los Miembros listan un sector en su programa de compromisos sin ninguna limitación en lo que concierne al trato nacional. El trato nacional

⁹ Una nota anterior a 1998, preparada por el Secretariado del Grupo de Trabajo sobre las Reglas del GATS, decía, en base a las informaciones proporcionadas por las Trade Policy Reviews, que los subsidios para los sectores de servicios, las ayudas a las industrias audiovisuales son los tipos de subsidios mencionados con mayor frecuencia: ver doc. S/WPGR/W/25 (26/01/98).

¹⁰ Ver la nota sobre cuestiones conceptuales relacionadas con los subsidios preparada por el Secretariado: Doc. S/WPGR/W9. Para obtener el informe más reciente del Grupo de Trabajo sobre las Reglas del GATS Rules, del 4 de octubre de 2001, ver el doc. S/WPGR/6. También consultar Gilles Gauthier, con Erin O'Brien y Susan Spencer, *Déjà Vu or New Beginning for Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade*, in *GATS 2000: NEW DIRECTIONS IN SERVICES TRADE LIBERALIZATION*, 165, 176-181(eds. Pierre Sauvé and Robert M. Stern 2000).

obliga entonces a los Gobiernos, que otorgan subsidios a los proveedores de servicios domésticos, a dar subsidios equivalentes a los proveedores de servicios extranjeros que operan en el país. Esto explica porqué Estados Unidos, en una de sus pocas limitaciones en cuanto a los compromisos específicos en materia de servicios audiovisuales, mencionó explícitamente que los subsidios del Fondo Nacional para las Artes están disponibles solamente para los individuos con ciudadanía estadounidense o para los extranjeros que posean residencia permanente en ese país, una indicación clara de que, desde su óptica, tales concesiones, en ausencia de una limitación, serían incompatibles con el trato nacional.¹¹ De manera semejante, Nueva Zelanda señaló en su lista que la ayuda a la industria cinematográfica a través de la New Zealand Film Commission está limitada a las películas de ese país, según lo definido en la Sección 18 de la *New Zealand Film Commission Act 1978*.¹² En la práctica, la mayoría de los miembros ha incluido limitaciones a sus compromisos de trato nacional aplicables a todas las prácticas de subsidios.¹³

Al encontrarnos con esta situación a nivel multilateral, es legítimo interrogarse si en el caso de los recientes tratados de libre comercio de EE.UU. no se justifican conclusiones similares. En otras palabras, ¿puede una parte contratante de estos tratados comprometerse a otorgar un trato nacional a los inversionistas extranjeros de la otra parte o de las otras partes y, al mismo tiempo, negarles el acceso a sus programas de subsidios? A la luz de la disposición explícita de cada tratado de libre comercio sobre el tema, la respuesta es definitivamente sí. La disposición en cuestión, de encontrarse en el artículo sobre las medidas de no conformidad del Capítulo sobre las inversiones, estipula que la obligación de trato nacional, de trato de nación más favorecida y la referente a los Altos Ejecutivos y Directorios no se aplica “a los subsidios o donaciones otorgados por una Parte, incluyendo los préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno”.¹⁴ Desde este punto de vista, los recientes tratados de libre comercio de EE.UU. aparecen como menos restringidos que el GATS, en cuanto a la utilización de subsidios.

¹¹ GATS/SC/90, p. 46.

¹² GATS/SC/62, bajo servicios audiovisuales

¹³ Ver GAUTHIER, O'BRIEN y SPENCER, *supra*, nota 10, p. 177

¹⁴ Ver el Artículo 11.13.5 (b) del Tratado de Libre Comercio de EE.UU. - Australia, el Artículo 10.13.5 (b) del Tratado de Libre Comercio de EE.UU. - América Central, el Artículo 10.7.5 (b) del Tratado de Libre Comercio de EE.UU. - Chile y el Artículo 15.12.5 (b) del Tratado de Libre Comercio de EE.UU. - Singapur.

Sin embargo, puesta en contexto, la concesión hecha por Estados Unidos con respecto a los subsidios es más aparente que verdadera. La realidad es que en la mayoría de los países del mundo resulta prácticamente imposible realizar la producción de contenido audiovisual y cinematográfico sin subsidios. Estados Unidos sabe muy bien que cualquier tentativa de restringir seriamente el uso de subsidios en esos sectores provocaría una gran resistencia en todas partes. Además, a partir de la decisión de la Comisión Arbitral de la OMC en el *U.S. - Tax treatment of foreign sales corporations*,¹⁵ ahora sabemos que ese país otorgó subsidios considerables a su sector audiovisual; y a juzgar por las propuestas hechas hasta ahora para aplicar la decisión, es posible que dicho sector continúe beneficiándose de una importante ayuda financiera en el futuro, aunque de una manera diferente.¹⁶ Lo más importante, es que EE.UU. no necesita realmente tomar como referencia lo que hacen otros Estados al respecto. Desde el momento en que puede absorber una gran parte de los costos de producción de contenido creativo en su inmenso mercado interno, esto le permite vender dicho contenido en el resto del mundo a un precio ajustado localmente. Inclusive, según Sacha Wunsch-Vincent, los “negociadores de comercio estadounidenses tienen claro que apuntarán a la gran distorsión comercial de los esquemas de ayuda financiera”, lo que trae aparejado el comentario siguiente: “como la mayoría de los esquemas de subsidios pueden tener un efecto de distorsión comercial, la implicación de esta calificación no está totalmente clara”.¹⁷

3. Renunciamiento a las demandas tradicionales sobre las regulaciones discriminatorias en el sector audiovisual

Como se acaba de ver, en los nuevos tratados de libre comercio celebrados por EE.UU., los miembros están totalmente obligados, conforme a las excepciones y reservas precisadas en sus Programas. Estas reservas se pueden hacer con las medidas existentes que no están sujetas a parte o a todas las obligaciones impuestas en los capítulos sobre los servicios y las inversiones del Tratado (Anexo 1: Reservas) o con sectores específicos, subsectores, o actividades para los que cada Parte mantiene las medidas existentes, o adopta medidas nuevas o más restrictivas, que no

¹⁵ WT/DS108/AB/RW

¹⁶ Ver Mike Turgeon, *The Hollywood Reporter.com*, “Proposed bill may hold tax benefit for domestic film production”: http://www.hollywoodreporter.com/thr/pwc/talking_display.jsp?vnu_content_id=1937090. Ver también: http://www.export.gov/eu_tsatus.html

¹⁷ Supra, nota 6, p. 16, a nota 38.

se ajustan a las obligaciones impuestas en esos mismos capítulos (Anexo II: Reservas). Como se observará, este último tipo de reserva es más amplio en su alcance y se aplica tanto a medidas del pasado como futuras. Sin embargo, antes de ver las reservas hechas realmente por los Estados, en cuanto al sector audiovisual, puede resultar útil estudiar primero las obligaciones a las que se aplica esta posibilidad de hacer reservas.

Las obligaciones básicas del Capítulo sobre los servicios se refieren al otorgamiento de trato nacional (otorgamiento a los proveedores de servicios de la otra Parte de un trato no menos favorable que el que otorguen, en circunstancias similares, a sus proveedores de servicios), al otorgamiento de trato de nación más favorecida (otorgamiento a los proveedores de servicios de la otra Parte de un trato no menos favorable que el que otorguen, en circunstancias similares, a los proveedores de servicios de un país que no sea Parte) y al otorgamiento del acceso a los mercados (prohibición de mantener medidas que limiten a) el número de proveedores de servicios, b) el valor total de las transacciones, c) el número total de servicios o la cantidad total de prestaciones de servicios, d) el número total de personas naturales que pueden emplearse en un sector de servicios en particular y e) las medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de personas jurídicas o empresas conjuntas por medio de las cuales un proveedor de servicios puede prestar un servicio). Estas tres obligaciones básicas se completan con una obligación adicional sobre la presencia local que establece “[n]inguna Parte podrá exigir a un proveedor de servicios de la otra Parte que establezca o mantenga una oficina de representación u otro tipo de empresa, o que resida en su territorio como condición para la prestación transfronteriza de un servicio”.

Los Capítulos sobre las inversiones de los cinco tratados siguen un modelo similar. Las obligaciones básicas son para reconocer el trato nacional, el trato de nación más favorecida y el nivel mínimo de trato (éste es un trato conforme a la Ley Internacional de Aduanas, incluyendo el trato justo y equitativo y la protección y seguridad totales). La obligación para reconocer el trato nacional es particularmente importante en el sector cultural porque numerosos Estados cuentan con medidas que tratan a las inversiones extranjeras y a los inversionistas extranjeros de manera menos favorable que a las inversiones nacionales y a

los inversionistas nacionales de ese sector. Estas tres obligaciones básicas se completan con otras dos, la primera que trata sobre los requisitos de desempeño y la segunda sobre los Altos Ejecutivos y Directorios.¹⁸ La obligación relacionada con los requisitos de desempeño resulta de interés particular para el sector cultural debido a que, de hecho, ciertos Estados hacen inversiones extranjeras en el sector audiovisual, sujeto a revisión, para determinar si tales inversiones son capaces de arrojar un posible beneficio neto, realizando la determinación en base a los factores relacionados con el desempeño de las inversiones.

Volviendo a la cuestión de las reservas hechas en la actualidad con respecto al sector audiovisual, abordaremos tratado por tratado, según la fecha en que fue firmado, revisando la lista de reservas de cada Parte. En el caso de Estados Unidos, que tiene algunas reservas que son, en gran medida, las mismas en cada tratado, mencionaremos simplemente que, en esencia, esas reservas están pensadas para preservar el derecho de Estados Unidos de adoptar o mantener toda medida que otorgue un tratamiento diferencial a las personas de otros países mediante la aplicación de medidas de reciprocidad o a través de tratados internacionales que impliquen compartir el espectro de radio, garantizando el acceso al mercado o el trato nacional con respecto a la transmisión unidireccional por satélite directa a domicilio (direct-to-home - DTH), los servicios de televisión por satélite de radiodifusión directa (direct broadcasting satellite - DBS) y los servicios digitales de audio. Con respecto a las inversiones, también tienen reservas en cuanto al derecho de restringir la propiedad de las licencias para todas las comunicaciones por radio, incluyendo la difusión. Para los otros Estados, como ahora veremos, la lista de reservas en el sector audiovisual varía considerablemente, en extensión y en importancia.

Chile, que firmó el primero de los cinco tratados, en el Anexo I (medidas existentes), este país se reserva el derecho de mantener una medida de no conformidad sobre la programación de la televisión abierta, por la que “el Consejo Nacional de Televisión puede establecer, como requisito

¹⁸ La disposición *sobre los requisitos de desempeño* se debe leer como sigue: “Ninguna de las Partes puede imponer o hacer cumplir ciertos tipos de requisitos, o hacer respetar todo compromiso o emprendimiento, con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducta, operación o venta, u otra disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de una no Parte en su territorio”. En cuanto a los altos ejecutivos y directorios, una Parte no puede exigir que una empresa de esa Parte con una inversión cubierta designe en puestos ejecutivos a individuos de ninguna nacionalidad en particular, pero puede exigir que una mayoría del directorio sea de una nacionalidad en particular.

general, que los programas difundidos a través de los canales de transmisión televisiva (abierta) incluyan hasta un 40% de producción chilena”. El significado de “transmisión televisiva (abierta)” no está completamente claro, pero a juzgar por la “Carta sobre la televisión”, anexada al Capítulo sobre los servicios, se trataría de la televisión convencional sin incluir la televisión por cable o la televisión por satélite. La carta en cuestión, cuyo objetivo aparente fue conformar a Estados Unidos, confirma que ambas Partes acuerdan que la legislación de Chile otorga al Consejo Nacional de Televisión el derecho de exigir que hasta el 40% de la programación de los canales de transmisión televisiva (abierta) sea en producción nacional. Este porcentaje no es aplicable a la televisión por cable. La letra reconoce también que, en promedio, la producción nacional de la televisión abierta se mantuvo por encima del 50% de la programación. Ante el hecho de que esta reserva se aplica solamente a las medidas existentes a la fecha de la puesta en vigor del tratado,¹⁹ queda claro que el establecimiento de un nivel de protección para la programación de producción nacional que produce más del 40% queda excluido para el futuro, como se excluye también toda extensión del alcance de la reserva.

Amparado en el Anexo II, Chile primero se reserva el derecho de adoptar o mantener toda medida que otorgue un trato diferencial a los países que se encuentran bajo todo tratado internacional bilateral o multilateral existente o futuro, relacionado con las industrias culturales, como los tratados de cooperación sobre los audiovisuales. Chile también se reserva el derecho de adoptar o mantener las medidas relacionadas con el comercio transfronterizo de radiodifusión unidireccional por satélite de telecomunicaciones digitales, si las mismas incluyen los servicios de televisión directa a domicilio, de teledifusión directa, o radiodifusión de audio directa, y los servicios suplementarios de telecomunicación. Por último, Chile se reserva el derecho de adoptar o mantener toda medida relacionada con el acceso a los mercados de todos los sectores, excepto para los mencionados específicamente, que incluyen los servicios recreativos (como el teatro y las bandas en vivo), las agencias informativas, las bibliotecas, los archivos, los museos y otros servicios culturales, así como los servicios editoriales. El sector de las comunicaciones, que incluye los servicios audiovisuales, al no estar mencionado aquí, debería, aparentemente, estar cubierto por esa reserva de acceso a los mercados. Sin embargo, el hecho de haberse hecho una reserva para una medida existente de no conformidad sobre los cupos de televisión parece indicar

¹⁹ Ver la definición de “medidas existentes” en el Artículo 2.1.

que esos cupos audiovisuales en general no están cubiertos por esa reserva. Finalmente, y en cuanto a las inversiones como tales, Chile se reservó el derecho “de adoptar o mantener cualquier medida relacionada con los inversionistas o las inversiones de inversionistas de Estados Unidos en el sector de la radiodifusión unidireccional por satélite de los servicios de telecomunicaciones digitales, si éstos incluyen la transmisión de señales de televisión directa a domicilio, la radiodifusión directa de servicios de televisión, o transmisión directa de señales de audio, y los servicios suplementarios de telecomunicación”.

Singapur también hizo dos reservas referentes a los servicios culturales en el Anexo 8B, que representan una limitación importante a la aplicación de las obligaciones básicas contenidas en el Capítulo sobre los servicios. La primera se refiere a los servicios de radiodifusión, entendidos como la planificación de un proveedor de contenidos de una serie de trabajos literarios y artísticos para la recepción sonora y/o visual, y para la que el consumidor de contenidos no cuenta con ninguna elección para planificar la serie (excluyendo por consiguiente los servicios de televisión a la carta y televisión paga). Esta reserva se aplica a las obligaciones básicas relacionadas con el trato nacional, el trato de nación más favorecida y el acceso a los mercados y cubre tanto las medidas existentes como las futuras. La segunda reserva concierne a la distribución y publicación de medios de comunicación impresos, es decir, “toda publicación que contenga noticias, información, informes de sucesos, o todo comentario, observación o declaración, que se relacionen al respecto o a todo tema de interés público, impreso en cualquier idioma y publicado para la venta o la libre distribución a intervalos que no excedan una semana”. Aquí nuevamente la reserva se aplica al trato nacional, al trato de nación más favorecida y al acceso a los mercados pero también, por añadidura, a la presencia local, y cubre tanto las medidas existentes como las futuras.

En el Tratado de Libre Comercio de América Central (CAFTA), los seis Estados que ahora están implicados hicieron todas las reservas referentes a los servicios pero la importancia de las mismas varía considerablemente. Los Estados que firmaron primero, Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua, hicieron algunas reservas que limitan, de manera significativa, sus compromisos con respecto al trato nacional y al acceso a los mercados para los servicios culturales. Por ejemplo, en el caso de Guatemala la única reserva hecha en el Anexo I establece que en el caso de los artistas

o grupos de artistas extranjeros que actúen en ese país, deben contar con una autorización de una de las uniones de artistas reconocidas en el país y que en las funciones mixtas, formadas por una o más películas o números de variedades, se dará preferencia a los guatemaltecos si las circunstancias de elenco, programa y contrato lo permiten. En el Anexo II, Guatemala no hace ninguna reserva que limite verdaderamente sus compromisos en el sector audiovisual o inclusive en el sector cultural. Por su parte, Honduras hizo una reserva en el Anexo I destinada específicamente al sector audiovisual, la cual estipula que solamente los hondureños de nacimiento pueden ejercer altos cargos de dirección de los periódicos impresos o medios de noticias de libre difusión (radio y televisión). Asimismo, hizo otra reserva destinada a los servicios de entretenimiento, la cual establece que los artistas musicales extranjeros que desean presentar espectáculos en ese país, ya sea individualmente o en conjunto, deberán pagarle al Sindicato de Artistas de Honduras un cinco por ciento de sus honorarios. Curiosamente, Honduras hizo una reserva en cuanto al derecho de mantener restricciones de acceso al mercado en ciertos sectores, aunque los servicios audiovisuales fueron explícitamente excluidos. Tanto Honduras como Guatemala no hicieron ninguna reserva en el Anexo II que limite sus compromisos en el sector audiovisual. Las reservas de El Salvador y de Nicaragua son esencialmente iguales a las que Honduras hizo en los Anexos I y II. Como se puede apreciar, Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua optaron por dejar su sector audiovisual ampliamente abierto a las importaciones. Las razones por la que estos países actúan de esta manera no son nada claras, especialmente si se tiene en cuenta que contaban con la experiencia de Chile y Singapur para guiarlos en esta área. Los cuatro Estados también incluyeron una reserva similar a la de Chile en cuanto al derecho de adoptar o mantener toda medida que otorgue un tratamiento diferencial a los países incluidos en todo tratado internacional bilateral o multilateral existente o futuro. Pero esta reserva, al parecer, no está considerada como una concesión importante por parte de Estados Unidos. Como lo precisa un informe elaborado por el Comité Consultivo del Sector Industrial en Materia de Política Comercial y presentado al Representante Comercial de Estados Unidos sobre el Tratado de Libre Comercio EE.UU.-Marruecos, que contiene una reserva similar, “desde una óptica comercial, la exención de NMF de Marruecos para las industrias relacionadas con el sector de la cultura no es problemática, pues ese país acuerda otorgar un trato nacional en esta área y nosotros no contamos con que Marruecos

dé mejores condiciones a los terceros que las que otorga, muy a menudo, a sus propios productores”.²⁰

La situación es diferente para el caso de Costa Rica, que tomó un poco más de tiempo para completar su participación en el CAFTA, y de República Dominicana, que fue aceptada en abril de 2004 en lo que ahora se llama CAFTA + Tratado. Se deba o no al tiempo adicional concedido a Costa Rica para la negociación, el hecho es que su lista de reservas en el sector audiovisual es más extensa que la de los otros cuatro Estados centroamericanos. En el Anexo I incluye una reserva en particular que establece, entre otras cosas, que el número de programas de radio y radionovelas grabadas en el extranjero no podrán exceder el 50 por ciento del total de las puestas al aire por día en transmisiones de estaciones domésticas de radio y que el número de programas filmados o grabados en el extranjero podrá estar limitado al 60 por ciento del total de los programas puestos al aire por día en transmisiones de televisión doméstica. También hizo una reserva que cubre las diferentes medidas exigidas para lograr las propiedades mínimas de las empresas nacionales o costarricenses en las industrias audiovisuales. En el Anexo II, Costa Rica hizo una reserva referente al derecho de adoptar o mantener toda medida que otorgue un trato diferencial a los países que se encuentren bajo todo tratado internacional bilateral o multilateral existente o futuro, relacionado con las industrias culturales, como los tratados de cooperación sobre los audiovisuales; y para mayor certeza, establece que los programas de subsidios apoyados por el Gobierno destinados a la promoción de las actividades culturales no están sujetos a las limitaciones u obligaciones de este tratado. Por último, en el caso de República Dominicana, las reservas contempladas en los Anexos I y II cubren más o menos lo mismo que las de Costa Rica, excepto que “en todos los programas de radio producidos en República Dominicana, el 50% de la música difundida debe ser de autores, compositores o firmantes dominicanos y que de cada tres radionovelas difundidas para la audiencia de ese país, una debe ser de autores dominicanos y hecha en la República Dominicana”.

La lista de reservas de Australia se destaca como la más elaborada y compleja de todas las demás en el sector audiovisual. Esto no es sorprendente, ya que Australia, único país desarrollado entre los Estados implicados en los recientes tratados de libre comercio con Estados Unidos (dejando

²⁰ Ver: <http://www.ustr.gov/new/fta/Morocco/advisor/isac13.pdf>. Una observación similar fue hecha por Sacha Wunsch-Vincent, *supra*, nota 6.

de lado a Singapur), tiene una larga tradición de intervención gubernamental activa en ese sector con el fin de preservar y promover la expresión e identidad cultural del país, y un fuerte soporte público a favor de tal política. Si se juzga por el resultado, en ocasiones las discusiones deben haber sido bastante intensas. Lo destacable en esa lista de reservas es que, por lo general, para Australia resultó un éxito mantener las cuotas de televisión comercial vigentes (55% de los programas de origen australiano y cantidades mínimas de “subcuotas” para dramas y documentales para niños y adultos), las cuotas de contenido existente para la radio comercial (hasta el 25%) y la exigencia vigente de que la teledifusión por suscripción (TV paga) gaste el 10% del presupuesto de programación para dramas y canales de entretenimiento general (incluso, el tratado aquí permite un aumento de ese requisito de hasta 20% y una extensión del 10% para los otros géneros). Lo que resultó una pérdida al respecto fue la capacidad de adoptar cuotas más altas o medidas más restrictivas. Pero Australia estuvo un poco menos acertada al preservar su libertad de intervenir cuando lo desea en el campo de los nuevos servicios de medias. Jock Given resume como sigue el contenido de las reservas hechas al respeto:

“El derecho de Australia de introducir exigencias de contenido local (aunque no en todas las otras medidas de política) en los servicios de 'nuevas medias' están circunscritas de manera ajustada. Es posible imponer medidas en los 'servicios de audio y/o video interactivos', pero sólo para asegurar el contenido australiano o para que los géneros no sean 'desrazonablemente negados' a los consumidores australianos, y solamente a las compañías que hacen negocios en Australia”.²¹

Éste no es el sitio adecuado para discutir sobre el significado exacto de las palabras utilizadas, pero es fácil imaginar los interesantes debates que tendrán lugar cuando llegue el momento de determinar qué se entiende por “desrazonablemente negados”. Por último y en lo que concierne a las inversiones, las reservas hechas por Australia protegen los límites existentes para la inversión extranjera en las áreas de la radiodifusión y periódicos, así como la exigencia para la notificación y el escrutinio de interés nacional de todas las inversiones directas en los medias, independientemente del tamaño y de la lista de esas inversiones de 5%. Pero aquí otra vez, Australia pierde la capacidad de adoptar exigencias más severas.

²¹ Jock Given, informe al Joint Standing Committee on Treaties Inquiry into the Australian-US Free Trade Agreement (AUSFTA), p. 6: <http://www.aph.gov.au/house/committee/jsct/usafta/subs/SUB147.pdf>, Abril de 2004

Marruecos es el Estado que se implicó más recientemente en un tratado de libre comercio con Estados Unidos. Al respecto, los negociadores marroquíes tenían la ventaja de tener acceso a los textos de los tratados de libre comercio ya concluidos por Estados Unidos en los quince meses anteriores. No cabe duda que ya estaban enterados de que una mayoría de los Estados involucrados en esos acuerdos había incluido entre sus reservas medidas destinadas a preservar su capacidad de mantener o adoptar exigencias de contenidos locales. Sin embargo, a diferencia de Australia, Marruecos no incluyó ninguna de esas medidas. No es sorprendente que entre las reservas del Anexo I, las únicas dos menciones hechas, con respecto a los sectores de producción de audiovisuales y cinematográfico, se refieran a las exigencias existentes, es decir, que para establecerse en Marruecos, las compañías productoras deben estar organizadas como sociedades anónimas (SA) o compañías de responsabilidad limitada (SRL) con capital totalmente saldado, y que las compañías dedicadas a la producción ejecutiva deben cumplir con ciertas condiciones, tal como producir, como una empresa establecida en Marruecos, al menos un largometraje o tres cortometrajes rodados en Marruecos. Entre las reservas del Anexo II, Marruecos hace tres menciones. La primera indica que Marruecos se reserva el derecho de adoptar o mantener toda medida que otorgue un tratamiento diferencial a los países incluidos en todo tratado internacional bilateral o multilateral existente o futuro con respecto a las actividades culturales. Para mayor certeza, la misma reserva establece que los programas de subsidios que van en ayuda de las industrias culturales no están sujetos al tratado. En la segunda mención Marruecos se reserva el derecho de adoptar o de mantener toda medida que obligue a los operadores de servicio por cable o proveedores de servicio por satélite, que brinden servicios de suscripción codificada a los consumidores marroquíes, a tener un representante local. La tercera y última mención es más bien breve en su formulación pero potencialmente amplia en su alcance. En esencia, establece que “Marruecos se reserva el derecho de adoptar o de mantener toda medida relacionada con la inversión en las infraestructuras destinadas tanto a la radiodifusión de la radio y televisión como a la radio y televisión por cable” y es aplicable al trato nacional, las exigencias de desempeño, los altos ejecutivos y directorios y las obligaciones de acceso al mercado. Si se tiene en cuenta lo escrito, Marruecos podría imponer exigencias de contenidos locales a los inversionistas estadounidenses en todos los niveles que desee, con tal de que las inversiones se dirijan a la radiodifusión de la radio y televisión o a la radio y televisión por cable.

Lo que surge como comentario obvio, al pegarle un vistazo a las reservas hechas por estos Estados, es que las mismas reflejan de manera exacta la capacidad de negociación de aquéllos y que, como de costumbre, el menos capaz de protegerse a sí mismo termina por pagar el precio más alto. Otra observación que surge al leer esas reservas es que hay una trampa evidente en la noción exacta de una congelación de las regulaciones discriminatorias existentes en el sector audiovisual: lo que a primera vista puede aparecer como una concesión importante de Estados Unidos también excluye la posibilidad de adoptar nuevas medidas que los responsables de establecer las políticas podrían considerar necesarias en los entornos en línea y fuera de radiodifusión. Desde este punto de vista, las reservas hechas por Australia dan una buena idea del tipo de presión que puede ejercer Estados Unidos en los futuros tratados de libre comercio en esta área.

4. Mantener las redes digitales exentas del “proteccionismo cultural”

Como vimos en la introducción, uno de los objetivos centrales de la nueva estrategia de EE.UU. en el sector audiovisual es adaptar lo último de las tecnologías de comunicación al nuevo contexto. No resulta sorprendente que la más importante innovación de los nuevos tratados bilaterales de libre comercio sea la inclusión de un Capítulo de comercio electrónico, el cual sigue esencialmente el mismo modelo en cada tratado.²² Dicho capítulo comienza con los comentarios generales sobre sus metas y alcances para luego pasar a ocuparse, de manera sucesiva, del suministro electrónico de servicios, los productos digitales, la transparencia y, finalmente, la cooperación.

Los comentarios generales, comunes a todos los tratados, abordan el crecimiento económico y la oportunidad que brinda el comercio electrónico, así como la importancia de evitar las barreras innecesarias a su uso y desarrollo. Con respecto a la prestación electrónica de servicios, las disposiciones de los cinco tratados son casi idénticas. Por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio Singapur - EE.UU., “[l]as Partes afirman que el suministro de un servicio que utiliza medios electrónicos se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las obligaciones contenidas

²² Como lo señala Sacha Wunsch-Vincent, *supra* nota 6, p. 30.

en las disposiciones pertinentes de los Capítulos 8 (Comercio Transfronterizo de Servicios), 10 (Servicios Financieros) y 15 (Inversiones), sujeto a toda reserva o excepción aplicable a tales obligaciones”. La expresión “medios electrónicos” se define como “el empleo de un procesamiento computacional”²³ Pero el alcance exacto de la expresión “ suministro de un servicio que utiliza medios electrónicos” permanece ambiguo dado que, en muchos casos, no está claro si un producto cultural en particular es una mercancía o un servicio. En el sector cultural, la prestación de un servicio que emplea un procesamiento computacional abarca, probablemente, los servicios de información, los productos multimedia, a excepción de los considerados como servicios, películas y música telecargables, radio y televisión para abonados y radio y televisión prepagas. Aunque la radio y televisión convencionales, que utilizan la transmisión hertziana, deberían estar excluidas por definición. Las obligaciones básicas aplicables a esos servicios culturales, prestados por medios electrónicos, se detallan en los Capítulos sobre los servicios y las inversiones. Esas obligaciones son el trato nacional, el trato de nación más favorecida y el acceso a los mercados, sujetas a las reservas tomadas por ambas Partes en relación con esas obligaciones. En realidad, las provisiones de los Capítulos de comercio electrónico sobre la fuente electrónica de servicios no modifican las obligaciones que las Partes tienen en los Capítulos sobre los servicios. Su papel es simplemente confirmar que el trato otorgado en los Capítulos sobre los servicios es totalmente aceptable a los fines del comercio electrónico. En realidad esto no resulta sorprendente si se considera que el mayor alcance de los capítulos sobre los servicios de los tratados de libre comercio se debe en gran parte al uso del enfoque de la lista negativa, cuando se compara con la situación que prevalece en el GATS.

Los suministros considerados “ productos digitales” están más elaborados y constituyen la parte verdaderamente innovadora de ese Capítulo. La definición de “ productos digitales” en los

²³ Artículo 15.6

cinco Capítulos se refiere a " los programas computacionales, textos, videos, imágenes, grabaciones de sonido, y otros productos que sean codificados digitalmente y transmitidos electrónicamente, sin tener en cuenta si una Parte trata a tales productos como una mercancía o como un servicio de conformidad con su legislación interna" . En una nota anexada a esa definición en el Tratado de Libre Comercio Chile - EE.UU., se menciona, " para mayor certeza" , que la definición de productos digitales " es sin perjuicio de las discusiones en curso en la OMC acerca de si los productos digitales transmitidos electrónicamente constituyen una mercancía o un servicio" . Como veremos, los suministros de " productos digitales" sortean, a todos los efectos y propósitos, esa distinción, sometiéndolos, en la práctica, a las mismas obligaciones. La mayoría de los productos culturales, incluyendo los libros y revistas (pero más particularmente los productos audiovisuales como las películas, los programas de televisión, las aplicaciones multimedia y la música) están, o se pueden poner, a disposición como productos digitales. La tendencia se dirige hacia una creciente digitalización de los productos culturales (casi completada en el caso de la música y las aplicaciones multimedia y en proceso de realización en el caso de la televisión y las películas).

Las obligaciones básicas que conciernen a los productos digitales pertenecen a tres categorías, aunque comparten el mismo objetivo común. Dicho objetivo consiste en asegurar que tales productos puedan circular lo más libremente posible. La primera corresponde a los aranceles aduaneros, la segunda al trato nacional y la tercera al trato de nación más favorecida. Las obligaciones correspondientes a los aranceles aduaneros presuponen que los productos digitales a los cuales aquellos se aplican son más bien mercancías en lugar de servicios, debido a que, en principio, sólo los productos tangibles están sujetos a esos aranceles. Al respecto, las Partes tienen prohibido aplicar aranceles aduaneros a los productos digitales transmitidos electrónicamente por la otra Parte.²⁴ En el Tratado Singapur - EE.UU. y en el Tratado de Libre

²⁴ El texto, extraído del Tratado Chile - EE.UU., difiere de aquel del Tratado Singapur - EE.UU., el cual es más amplio en su alcance y se lee como sigue: "Una Parte no podrá aplicar aranceles aduaneros, honorarios

Comercio de América Central está previsto que una Parte no está impedida de aplicar aranceles aduaneros a los medios de comunicación portadores de los productos digitales, “siempre que tales aranceles se apliquen solamente sobre el costo o valor del medio portador, sin considerar el costo o valor de los productos digitales almacenados en el elemento portador”.²⁵ En el mismo Tratado, el “medio portador” se define como “todo objeto físico capaz de almacenar un producto digital mediante un método conocido, o a desarrollarse más tarde, y a partir del cual un producto digital se puede, directa o indirectamente, percibir, reproducir o comunicar. Esos medios portadores incluyen los medios ópticos, los disquetes o las cintas magnetofónicas, sin limitarse sólo a los enunciados”.²⁶

En los cinco tratados, la obligación que se refiere al trato nacional está establecida en términos generales. En el Tratado Chile - EE.UU. puede leerse lo siguiente:

Una Parte no otorgará un trato menos favorable a un producto digital que el otorgado a otros productos digitales similares, sobre la base de que:

(a) el producto digital que recibe el trato menos favorable sea creado, producido, publicado, almacenado, transmitido, contratado para, comisionado, o que estén disponibles por primera vez en términos comerciales en el territorio de la otra Parte; o

(b) el autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor de dichos productos digitales sea una persona de la otra Parte.

Sin embargo, los otros cuatro tratados van más allá al agregar una tercera base de discriminación a ese texto, que es la siguiente:

(a) para que de otra manera se protejan los otros productos digitales similares que son creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados para, comisionados, o que estén disponibles por primera vez en términos comerciales en su territorio.

Este agregado, extraído del Artículo III (1) del GATT²⁷, extiende de manera importante el alcance de la obligación del trato nacional para cubrir toda medida de una Parte que no

o cobros sobre, o en relación con, la importación o exportación de productos digitales transmitidos electrónicamente”.

²⁵ *Tratado de Libre Comercio Singapur – EE.UU.*, Artículo 14.3 (2) y *Tratado de Libre Comercio de América Central*, Artículo 14.3; igual enfoque para los aranceles de medios portadores que el aplicado en el Tratado Chile - EE.UU.: ver Artículo 3.5.

²⁶ Artículo 14.5

²⁷ Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

proporcione las condiciones competitivas para las importaciones iguales a aquellas de los productos nacionales, las que podrían incluir medidas con un efecto comercial equivalente al de las restricciones cuantitativas.

El tercer tipo de obligación que se aplica a los productos digitales es el trato de nación más favorecida. El texto de las disposiciones de los cinco tratados sobre este tema es idéntico. El mismo estipula que:

- (a) Una Parte no otorgará un trato menos favorable a un producto digital creado, producido, publicado, almacenado, transmitido, contratado para, comisionado, o que esté disponible por primera vez en términos comerciales en el territorio de la otra Parte que el que otorga a un producto digital similar creado, producido, publicado, guardado, transmitido, contratado para, comisionado, o que estén disponibles por primera vez en términos comerciales en el territorio de un país que no sea Parte.
- (b) Una Parte no otorgará un trato menos favorable a un producto digital cuyo autor, intérprete, productor, gestor, o distribuidor sea una persona de la otra Parte que el que otorga a un producto digital similar cuyo autor, actor, productor, gestor, o distribuidor es una persona de un país que no sea Parte.

Como se puede constatar, el objetivo principal de los capítulos de comercio electrónico, con respecto al sector audiovisual, es asegurar que los productos digitales distribuidos a través de los nuevos medios de comunicación se mantengan exentos del "proteccionismo cultural". Dichos capítulos prevén beneficios ilimitados en el futuro a cambio de concesiones bien circunscritas en el presente.

Conclusión

El análisis que hemos hecho de los recientes cinco tratados de libre comercio concluidos por Estados Unidos con respecto al sector cultural muestra que sus modelos están íntimamente relacionados, que tienen un impacto importante en el sector cultural y que forman parte de una estrategia estadounidense para asegurar de que las redes digitales permanezcan libres del proteccionismo cultural.

A lo largo de todo el análisis, resulta claro que los cinco tratados cuentan con un modelo común. Existen algunas diferencias en ciertos pasajes que se pueden explicar por el contexto particular de cada Estado y, hasta cierto punto, por la experiencia ganada por Estados Unidos en la negociación de estas dos "nuevas generaciones" de tratados bilaterales. Al respecto, el más reciente, parece algo más restrictivo que el concluido con Chile.

El impacto de estos tratados sobre el sector cultural no es nada despreciable. No sólo implican un cambio en la manera de enfocar la negociación de las concesiones, sino también un cambio de prioridad en el tipo de concesiones buscadas. La nueva estrategia de Estados Unidos en el sector cultural deja bien en evidencia que mientras las medidas que no se conforman al trato nacional, al trato de nación más favorecida y al libre acceso a los mercados pueden tolerarse tal como existen actualmente en el sector audiovisual tradicional porque están obligadas, de una manera u otra, a desaparecer con el tiempo. Ninguna tolerancia se acepta cuando se trata de contenidos distribuidos digitalmente, que son el centro de la nueva economía de comunicación, y que deberían permanecer por consiguiente libres del proteccionismo cultural. Para llevar a cabo esa estrategia, Estados Unidos propone actualmente un enfoque centrado de manera clara en la libre circulación de contenidos distribuidos digitalmente y elude la dicotomía entre los bienes y servicios culturales haciendo que los productos digitales queden sujetos a las mismas obligaciones básicas que se aplican al suministro electrónico de servicios, que son el trato nacional, el trato de nación más favorecida y el libre acceso a los mercados.²⁸ Para facilitar la aceptación de tales compromisos, las partes contratantes se atribuyen el derecho de hacer excepciones y reservas para cubrir sus medidas culturales no conformes de los sectores de servicios e

²⁸ El libre acceso a los mercados de los productos digitales se realiza, en gran medida, a través de la implantación de un compromiso de trato nacional extenso y la prohibición de aplicar aranceles aduaneros y

inversiones y, en esos dos capítulos se restringen los subsidios. Pero esto resultará más que compensado con las ganancias previstas en el nuevo medio digital.

Por último, también resulta claro que la nueva estrategia tiene un objetivo político que “intenta” contar con el apoyo de otros Estados, a fin de excluir al sector cultural, totalmente o en parte, de los tratados bilaterales o regionales de libre comercio.²⁹ Esto fue reconocido explícitamente por Jack Valenti, en una rueda de prensa al anunciar la conclusión de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio Chile – EE.UU., cuando declara que “[e]n contraste con otros acuerdos comerciales celebrados en el pasado, este Tratado elude el enfoque de las ‘excepciones culturales’”.³⁰ Además, el mensaje es que se está utilizando la misma estrategia con igual fin político en otras negociaciones de libre comercio ya en curso, como lo demuestran claramente las llevadas a cabo con Australia.

¿Qué puede pensarse de esta nueva estrategia? Para responder esta pregunta, nos gustaría citar lo dicho por Jack Valenti y la MPAA: “El Tratado de Libre Comercio Chile – EE.UU. representa el logro de un hito en el acceso a los mercados por parte de la industria cinematográfica”.³¹ Desde nuestro punto de vista, no hay dudas de que los nuevos tratados comerciales permitirán que la industria cinematográfica estadounidense logre un mejor acceso, no sólo al mercado de Chile, sino también a los de Singapur, América Central, Australia y Marruecos. Sin embargo, es difícil predecir si estos tratados facilitarán el ingreso de productos de esos países a Estados Unidos, cuyo consumo de películas y productos audiovisuales provenientes del resto del mundo nunca superó el 5% del total. También sigue siendo un interrogante si, en alguna medida, esos tratados contribuirán al mejoramiento de la diversidad cultural.

otros honorarios y cobros sobre, o en relación con, la importación o la exportación de productos digitales mediante la transmisión electrónica.

²⁹ Los tratados bilaterales de libre comercio concluidos hasta la fecha por Canadá con Israel, Chile y Costa Rica excluyen las industrias culturales del alcance de los mismos, como se hace en todos los tratados bilaterales de inversión concluidos por Canadá desde 1996. Las disposiciones que excluyen al sector audiovisual de los capítulos de servicios también se fundan en los tratados bilaterales de libre cambio de la Unión Europea con México y Chile.

³⁰ Ver: <http://www.mpaa.org/jack/index.htm>

³¹ Esta declaración se extrajo de las citas del acuerdo anexo al United States Trade Representative Posting del 11 de diciembre de 2002, en relación con el Tratado de Libre Comercio EE.UU.:

