

**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**

Ivan Bernier

Los tratados de libre comercio que Estados Unidos concluyó con Chile¹ en diciembre de 2002 y con Singapur² en febrero de 2003, marcan un nuevo desarrollo en la forma que Estados Unidos prevé tratar los bienes y servicios culturales en los acuerdos comerciales. Hasta el año 2001, la posición oficial era que esos productos culturales no eran diferentes de otros bienes y, por consiguiente, en esos acuerdos debían ser tratados igual 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 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

¹ Para conocer el texto del *Tratado de Libre Comercio Chile – EE.UU.*, visitar el sitio [<http://www.chileusafa.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.

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.

Esta visión, que el Gobierno Estadounidense adoptó con firmeza, quedó clara 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. Sin embargo, este nuevo enfoque, que se traduce en derechos y obligaciones legales, se da por primera vez sólo en sus tratados de libre comercio con Chile y Singapur, lo que brinda una idea más clara de la estrategia estadounidense en el contexto multilateral⁶. En ese contexto, una mirada crítica a las repercusiones de esos dos tratados de libre comercio sobre el sector cultural, aparece totalmente justificada.

La estructura de los dos tratados es muy similar; aunque la enumeración de los capítulos así como su alcance y contenido apenas varían. Básicamente, ambos abordan temas similares y más o menos en el mismo orden. Sólo un número limitado de capítulos puede tener un impacto particular sobre el comercio de bienes y servicios culturales. Son los capítulos que

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.mpa.org/legislation/>.

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

⁶ Es importante señalar al respecto que Estados Unidos está negociando nuevos acuerdos de libre comercio con Australia, Marruecos, la Unión Aduanera de África del Sur y el Sistema de Integración Económica de América Central.

tratan el comercio transfronterizo de servicios, el comercio electrónico y las inversiones, los que serán analizados en ese orden.

1. Comercio transfronterizo de servicios

En ambos tratados, el alcance del Capítulo sobre el comercio transfronterizo de servicios es esencialmente el mismo: se aplican a las medidas de una Parte que afectan el comercio de servicios de los proveedores de la otra Parte, entendiéndose como comercio transfronterizo de servicios la prestación de un servicio:

- (a) del territorio de una Parte al territorio de la otra Parte;
- (b) en territorio de una parte, por personas de esa parte, a personas de la otra Parte; o
- (c) por un nacional de una Parte en el territorio de la otra Parte.

El Capítulo sobre el comercio transfronterizo de servicios excluye “los subsidios o donaciones otorgados por una Parte o una empresa del Estado, incluyendo los préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno”, lo que afecta de manera particular el sector cultural.

Las obligaciones básicas en los dos capítulos sobre el comercio transfronterizo de servicios son las mismas. Ambos se refieren al trato nacional (otorgamiento a los proveedores de servicios de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorguen, en circunstancias similares, a sus proveedores de servicios), al trato de nación más favorecida (otorgamiento a los proveedores de servicios de la otra Parte 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 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”. A diferencia del GATS, donde las obligaciones referidas al trato nacional y acceso a los mercados responden a un modelo “ascendente”, vinculado a los compromisos específicos de cada Parte, esas mismas obligaciones, en

el Capítulo de servicios de ambos tratados, siguen un modelo “descendente”, es decir, forzado para ambas Partes y todos los servicios, sujeto a reservas o excepciones, lo que resulta más restrictivo.

Por consiguiente, las cuatro obligaciones en cuestión se aplican a todos los servicios, incluyendo los audiovisuales y otros servicios culturales. Sin embargo, en ambos tratados las Partes tienen derecho a señalar sus reservas en cuanto a a) las medidas existentes que no se ajusten a esas cuatro obligaciones y b) los sectores específicos, subsectores, o actividades para las que una Parte puede mantener las medidas existentes, o adoptar nuevas u otras más restrictivas, que no se ajusten a las mismas obligaciones. En los hechos, y en lo que concierne al sector de la cultura, las dos Partes hicieron esas reservas en ambos tratados. En el caso de Estados Unidos, las reservas son muy limitadas y están pensadas esencialmente para que ese país conserve el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferencial a las personas de otros países. Esto se debe a la aplicación de medidas de reciprocidad o a través de tratados internacionales destinados a compartir el espectro de radio, garantizando el acceso a los mercados 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.

Singapur también presentó sus reservas en cuanto a los servicios culturales (sólo dos), que representan una limitación importante a la aplicación de las obligaciones básicas contenidas en el tratado de 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. 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 cubre el trato nacional, el trato de nación más favorecida y el acceso a los mercados pero también, por añadidura, la presencia local. No está claro, sin embargo, hasta qué

punto esta segunda reserva protege realmente a Singapur. En la medida en que los dos servicios cubiertos (la distribución y publicación) estén relacionados con la provisión de un bien (los propios medios de comunicación impresos), significa que las medidas que involucran tales servicios, si son incompatibles con el trato nacional, el trato de nación más favorecida y el acceso a los mercados, también podrían enfrentarse al GATT 1994. Precisamente, esta situación es la que surgió con las tapas de los periódicos en la que el Órgano de Apelaciones afirmó “que una revista es un bien compuesto de dos partes: el contenido editorial y el publicitario. Puede considerarse que ambos componentes contienen atributos de servicios, salvo que al combinarse forman un producto físico – el propio periódico”⁷.

Chile, por su parte, hizo importantes reservas en cuanto a los servicios culturales. En el Anexo I (medidas existentes), 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 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) consista en producción nacional. Este porcentaje no es aplicable a la televisión por cable.
- la exigencia del 40% tiene que ser ordenada a través de una resolución del *Consejo*. Sin embargo, desde su creación en 1989, el *Consejo* nunca necesitó adoptar la mencionada resolución, ya que la programación de producción nacional siempre excedió el requisito mínimo. En promedio, la producción nacional de la televisión abierta se mantuvo por encima del 50% de la programación.
- Al terminar el año, el *Consejo* revisa el porcentaje de contenido nacional mediante el cálculo del nivel de contenido en base a una muestra de dos meses de ese año. Como el nivel de contenido nacional nunca fue menor que lo exigido por ley, el *Consejo* nunca ha aplicado la exigencia.

Debido a que esta última reserva sólo se aplica a las medidas existentes a la fecha de entrada en vigor del tratado⁸ (como es el caso de todas las reservas incluidas en el Anexo I), queda

⁷ Doc. WT/DS31/AB/R, 30 de junio de 1997. Canadá sostenía en ese caso que la disposición de la Ley de Impuesto al Consumo cuestionada por Estados Unidos no era una medida que regula el comercio de bienes sino más bien una medida que regula el comercio de servicios (acceso a los mercados que se anuncian).

⁸ Consultar la definición de “medidas existentes” en el Artículo 2.1.

claro que se excluyen la implantación de un nivel de protección para la programación de producción nacional superior al 40% y una ampliación del alcance de la reserva.

Amparado en el Anexo II, Chile también se reserva el 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. Para mayor certeza, el Gobierno apoyó los programas de subsidios para la promoción de las actividades culturales no sujetas a las limitaciones u obligaciones de este Tratado. 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 en esa lista, aparecería, en principio, cubierto por esa reserva de acceso a los mercados. Sin embargo, el hecho de que en el Anexo I se reserva una medida sobre los cupos de televisión, sin ninguna referencia sobre las obligaciones de acceso a los mercados, parece indicar que esos cupos audiovisuales en general se encuentran en el trato nacional en lugar de estar en el acceso a los mercados.

Si se comparan las obligaciones relacionadas con el trato nacional y los accesos al mercado existentes en el GATS para Estados Unidos, Chile y Singapur, los capítulos de servicios de ambos tratados de libre comercio introducen un cambio fundamental, que es el pasaje de un modelo “ascendente” a uno “descendente”. Mientras que actualmente el GATS establece que, “cuando [las Partes] consignan en sus listas compromisos relativos al sector audiovisual o a cualquier sector de servicios, disponen de flexibilidad para asumir compromisos totales o

parciales si así lo desean”⁹, en estos nuevos tratados de libre comercio las Partes se someten totalmente a las excepciones y reservas establecidas en sus Listas, en cuanto a las medidas existentes (Anexo I), o sectores, subsectores o actividades específicos, para los que cada Parte mantiene las medidas existentes, o adopta otras nuevas o más restrictivas que no se ajustan a las obligaciones impuestas (Anexo II). Actualmente, según los Artículos XVI (Acceso a los mercados) y XVII (Trato nacional) del GATS, Estados Unidos queda totalmente comprometido en el sector de servicios audiovisuales, mientras que Chile excluyó dicho sector de sus compromisos específicos. Por su parte, Singapur asumió compromisos parciales sobre la producción, distribución y proyección cinematográficas (sujetos a la obtención de las respectivas licencias, cuya concesión es limitada), grabación de audio, bibliotecas, archivos y otros servicios culturales, pero excluyó la televisión tradicional, por cable, paga y la directa por satélite. Por lo tanto, en los tratados de libre comercio que nos ocupan, el nivel de compromiso de Estados Unidos con respecto al trato nacional y al acceso a los mercados en el sector audiovisual sigue sin cambios, en comparación con los asumidos en el GATS, mientras que los de Chile y Singapur aumentan substancialmente desde el momento en que ambos países asumen sólo el compromiso total de sus excepciones y reservas.

2. Comercio electrónico

En cuanto al sector cultural, diferentes fuentes evidencian de manera clara que el Capítulo sobre comercio electrónico debe leerse conjuntamente con el correspondiente a los servicios. En primer lugar, el texto de los Capítulos se refiere explícitamente e implícitamente a los servicios. La referencia explícita, según nuestra óptica, se encuentra en el Artículo que trata el suministro electrónico de servicios y en el que se definen los productos digitales. La referencia implícita se hace en el Tratado Singapur – EE.UU., el cual desglosa, a partir del alcance de los suministros de productos digitales, las cantidades que en la práctica corresponden a los servicios de radiodifusión. La relación íntima entre estos dos capítulos queda también confirmada en el *Acuerdo sobre Comercio Electrónico de EE.UU. – Singapur*,

⁹ Las palabras utilizadas aquí reproducen de manera exacta el contenido de la comunicación de Estados Unidos sobre el sector audiovisual y servicios conexos, presentada al Consejo sobre Comercio de Servicios, con el objeto de demostrar que el GATS cuenta con toda la flexibilidad para complacer los intereses culturales específicos: Ver supra, nota 3.

anexado al Capítulo sobre comercio electrónico, que se explye sobre la contribución del comercio electrónico en el desarrollo de la diversidad cultural, en los siguientes términos:

El contenido que se produce sobre Internet puede y debe ser usado como medio para promover la diversidad cultural y preservar la identidad cultural ya que diferentes intereses culturales, sociales y lingüísticos pueden ser producidos y accedidos a través del mundo por terceros con intereses similares. Apoyamos la utilización de las tecnologías y servicios de la información y de las telecomunicaciones que brinden esa oportunidad.

La relación entre el comercio electrónico y los servicios audiovisuales también queda demostrada a través de la siguiente declaración del Sr. Jack Valenti, Presidente de la Asociación Americana de Cine, en momentos de concluirse el *Tratado de Libre Comercio Chile - EE.UU.*: “También damos una calurosa bienvenida al estado actual de los compromisos en materia de e-comercio. La infraestructura de avanzada de las telecomunicaciones de Chile, junto con las previsiones a largo plazo en este campo, garantizarán beneficios futuros a la industria cinematográfica”.

En esencia, los capítulos sobre el e-comercio siguen el mismo modelo en ambos tratados. Los dos comienzan con comentarios generales sobre las metas y alcances, pasando luego a tratar, de manera sucesiva, el suministro electrónico de servicios, los productos digitales, la transparencia y cooperación, para finalizar con las definiciones. Los comentarios generales, comunes a ambos 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. También incluyen una cláusula señalando que “[n]inguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte imponga impuestos internos, directa o indirectamente, sobre productos digitalizados, siempre que éstos se impongan de una manera compatible con este Tratado”. El Tratado Singapur – EE.UU. contiene un comentario adicional de carácter general que no se encuentra en el Tratado Chile - EE.UU., que se refiere al reconocimiento explícito de la pertinencia de las reglas de la OMC en el comercio electrónico. Esto plantea un interrogante interesante con respecto a la posibilidad de conflictos entre esas reglas y las de los tratados de libre comercio. Algunos de éstos contemplan una cláusula que trata específicamente tal posibilidad. Por su parte, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte incluye una cláusula estableciendo que “[e]n caso de incompatibilidad entre tales acuerdos y el presente Tratado, éste prevalecerá en la medida de la

incompatibilidad, salvo que en el mismo se disponga otra cosa”. Sin embargo, los dos tratados de libre comercio abordados en el presente documento no contemplan nada similar¹⁰.

Volviendo ahora a las obligaciones de las Partes, las más importantes se encuentran en los artículos que tratan la prestación electrónica de servicios y los productos digitales. Nosotros examinaremos separadamente las obligaciones relacionadas con esos dos temas, utilizando como referencia, donde corresponda, las definiciones proporcionadas.

Con respecto a la prestación electrónica de servicios, las disposiciones de ambos tratados son casi idénticas. 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 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”. En el *Tratado de Libre Comercio Chile - EE.UU.*, la redacción es la misma, sólo que no hace ninguna referencia al Capítulo sobre las inversiones, lo que significa que las obligaciones de ese Capítulo no son aplicables al comercio electrónico. La expresión “medios electrónicos” se define como “el empleo de un procesamiento computacional”¹¹. 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. La radio y televisión convencional, que utilizan la transmisión hertziana, estarían excluidas por definición. Las obligaciones básicas aplicables a esos servicios culturales, prestados por medios electrónicos, se detallan en el Capítulo de servicios¹². 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.

¹⁰ Consultar el artículo 103 (2) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

¹¹ Artículo 15.6

¹² Ver la sección previa sobre el comercio transfronterizo de servicios. Las obligaciones del Capítulo Servicios Financieros no se aplican al sector cultural, mientras que las del Capítulo Inversiones, aplicables solamente al Tratado Singapur – EE.UU., se analizan más adelante.

Los suministros considerados “productos digitales” están más elaborados y constituyen la parte verdaderamente innovadora de ese Capítulo. La definición de “productos digitales” en ambos 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 más adelante, los suministros de “productos digitales” sortean, a todos los efectos y propósitos, esa distinción, sometiéndolos, en la práctica, a las mismas obligaciones a pesar de su calificación como mercancía o servicio. 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. 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 Parte¹³. Pero esta obligación, a juzgar por el Tratado Singapur - EE.UU., no impide a una Parte 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

¹³ 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 o cobros sobre, o en relación con, la importación o exportación de productos digitales transmitidos electrónicamente”.

digitales almacenados en el elemento portador”¹⁴. 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”¹⁵.

En ambos 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, el Tratado Singapur - EE.UU. va más allá al agregar una tercera base de discriminación a ese texto, que es la siguiente:

(c) 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 GATT¹⁶, extiende de manera importante el alcance de la obligación del trato nacional para cubrir toda medida de una Parte que no 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.

¹⁴ *Tratado de Libre Comercio Singapur – EE.UU.*, Artículo 14.3 (2); igual enfoque para los aranceles de medios portadores que el aplicado en el Tratado Chile – EE.UU.: ver Artículo 3.5.

¹⁵ Artículo 14.5

¹⁶ “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”.

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 ambos 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 vio en el caso de las obligaciones referidas al suministro electrónico de servicios, esas tres obligaciones básicas correspondientes a los productos digitales también están sujetas a restricciones y limitaciones en ambos tratados, aunque diferentes en cada uno. En el Tratado Chile - EE.UU., las Partes pueden mantener las medidas existentes no sometidas a las obligaciones de trato nacional y de trato de nación más favorecida durante un año, a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado, y pueden mantenerlas a partir de entonces si tales medidas no son menos favorables que aquellas que estaban vigentes a la fecha de entrada en vigor del Tratado y que se enuncian en el Anexo 15.4. En términos concretos, esto significa que si una Parte no tiene ninguna de esas restricciones y limitaciones a la fecha de entrada en vigor del Tratado, más tarde no se permitirá introducir ninguna otra. En el caso del Tratado Singapur - EE.UU., las disposiciones sobre los productos digitales simplemente no se aplican a las medidas “que afectan la transmisión electrónica de una serie de textos, videos, imágenes, grabaciones de sonidos y otros productos programados por un proveedor de contenidos para la recepción sonora y/o visual, y para la que el consumidor de contenidos no cuenta con ninguna elección sobre la planificación de la serie”, para otros servicios de radiodifusión en general, a excepción de la radio y televisión para abonados y radio y televisión prepagas. Durante las negociaciones bilaterales y multilaterales, este último enfoque parece confirmar el mayor interés que Estados Unidos tiene por el comercio de contenidos digitales distribuidos electrónicamente que a través de la radio y televisión convencionales.

3. Inversiones

Los capítulos sobre las inversiones de ambos Tratados siguen un modelo que es muy similar al adoptado en los capítulos de servicios. Comienzan con las disposiciones que establecen el alcance del Capítulo, continúa con el establecimiento de las obligaciones básicas que se aplican en materia de inversión, las que son seguidas por un artículo sobre las medidas de no conformidad, para luego abordar diferentes temas específicos relacionados con las inversiones, como las transferencias de inversiones, la expropiación y compensación, para terminar con una extensa sección dedicada a la solución de controversias del Estado inversor. Aquí nos limitaremos a un breve análisis del alcance, las obligaciones básicas y las disposiciones de no conformidad de los capítulos que tienen un impacto particular en el sector cultural.

En ambos tratados, el Capítulo Inversiones se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte que se relacionan a) con los inversores de la otra Parte, b) con las inversiones cubiertas (incluidas en la definición de inversiones) y c) en circunstancias específicas, con todas las inversiones en el territorio de la Parte. Las obligaciones básicas con respecto a tales medidas 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 inversores extranjeros de manera menos favorable que a las inversiones nacionales y a los inversores nacionales de ese sector. Estas obligaciones se completan con otras dos obligaciones, la primera acerca de los requisitos de desempeño¹⁷ y la segunda sobre los altos cargos y juntas directivas. 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 ese sector sujeto a revisión para determinar si tales inversiones son capaces de arrojar un beneficio neto posible, realizando la determinación en base a los factores relacionados con el desempeño de las inversiones.

En ambos tratados, además, las Partes se permiten mantener las medidas no conformes proporcionadas si están conformes a ciertos requisitos incluidos en la lista de reservas y

¹⁷ La disposición en cuestión establece: “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 inversor de una Parte o de una no Parte en su territorio”.

excepciones. Debido a que tanto Estados Unidos como Chile y Singapur han hecho sus reservas aplicables, en la mayoría de los casos, a las obligaciones de los capítulos de servicios y de inversiones, no hay necesidad de tratar nuevamente aquí las reservas relacionadas con los servicios. Sin embargo, existen reservas que fueron hechas exclusivamente en relación con las obligaciones de inversión y que sí deben mencionarse aquí. En el caso del sector cultural, Estados Unidos se reserva el derecho de restringir la propiedad de licencias de radio para todas las comunicaciones por radio, incluyendo la radiodifusión. Por su parte, Chile se reserva el derecho “de adoptar o mantener cualquier medida relacionada con los inversores o las inversiones de inversores 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”.

Conclusión

Nuestro análisis comparativo del Tratado de Libre Comercio Chile - EE.UU. y de su par Singapur - EE.UU., en lo que respecta al sector cultural, muestra que ambos están estrechamente relacionados en su diseño, que tienen un impacto importante en el sector cultural y que forman parte de una estrategia de EE.UU., a la que muchos perciben como un intento para excluir la cultura de los acuerdos comerciales.

A lo largo de todo el análisis, resulta claro que ambos tratados cuentan con un diseño común. Existen, obviamente, algunas diferencias en ciertos pasajes, aunque esas diferencias se pueden explicar por el contexto particular de Chile y Singapur y, hasta cierto punto, por la experiencia ganada por Estados Unidos en la negociación de esta “nueva generación” de tratados bilaterales. Al respecto, el Tratado Singapur – EE.UU., que es 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 (se pasa de un modelo “ascendente” a otro “descendente”), 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 mercados¹⁸. 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 inversiones¹⁹ 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 comercio²⁰. Esta inquietud ya estaba presente en la comunicación que Estados Unidos presentó al Consejo sobre Comercio de Servicios de la OMC en diciembre de 2000²¹, relacionada con los audiovisuales y servicios conexos. Asimismo, se percibe en los dos tratados de libre comercio, como lo reconoció explícitamente Jack Valenti en una rueda de prensa llevada a cabo al finalizar las negociaciones del *Tratado de Libre Comercio Chile* –

¹⁸ 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 otros honorarios y cobros sobre, o en relación con, la importación o la exportación de productos digitales mediante la transmisión electrónica.

¹⁹ Esto no significa necesariamente que toda reserva es automáticamente aceptada. Las reservas también pueden ser objeto de negociaciones, como se observa claramente en la Carta sobre Televisión, anexada al Capítulo sobre servicios del Tratado Chile - Estados Unidos.

²⁰ Los tratados bilaterales de libre cambio 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.

²¹ Precitado, nota 3, p. 5.

EE.UU., cuando declara que “[e]n contraste con otros acuerdos comerciales celebrados en el pasado, este Tratado elude el aspecto de las ‘excepciones culturales’”²².

¿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 ...”²³. Desde nuestro punto de vista, no hay dudas de que los nuevos tratados comerciales permitirán que la industria cinematográfica estadounidense logre un mejor acceso a los mercados de Chile y Singapur. Sin embargo, es difícil predecir si estos tratados facilitarán el ingreso de películas de Chile y Singapur en Estados Unidos. Tampoco se sabe si, en alguna medida, contribuirán al mejoramiento de la diversidad cultural.

²²Ver: <http://www.mpa.org/jack/index.htm>²³Esta 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.:
<http://www.ustr.gov/new/index.shtml>