



La cultura y el libre comercio



<https://staticshare.america.gov>

JORGE SÁNCHEZ CORDERO*

Difícilmente en el entorno mexicano se han escuchado voces diferentes a los más variados beneplácitos por la conclusión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Es un hecho ampliamente conocido que el nuevo acuerdo en ciernes ha tenido un alumbramiento intrincado. Resulta innecesario mencionar la importancia primordial que éste tiene para México; las expectativas nacionales e internacionales de toda índole han dado buena cuenta de ello.

Es aventurado afirmar si efectivamente el país está entrando en un nuevo entorno comercial y, de serlo, establecer cuál es su extensión. Procede por lo tanto posponer las exequias del TLCAN.

El canon de los abogados empero está gobernado por la máxima popular que sostiene que el diablo se encuentra en los detalles. El análisis riguroso del documento cuya redacción apenas se inicia tendrá que aguardar por lo tanto al que se suscriba y someta a la soberanía del Senado de la República.

Sin embargo, interesa y mucho observar cuáles han sido las variables consideradas en el caso de la salvaguarda de la cultura en el ámbito internacional y cuáles son efectivamente sus posibilidades en las negociaciones comerciales.

En una primera aproximación pudiera parecer que son entornos tan diferentes como excluyentes. Ésta ha resultado no obs-

tante inexacta; para evidenciarla, el perímetro del análisis tiene que extenderse a otras negociaciones comerciales que se han realizado para tener una mejor perspectiva y poder identificar los puntos evolutivos.

Para ello, es obligada una reflexión inicial. Es un hecho público que, durante las negociaciones del TLCAN, fue por iniciativa de Canadá y no de México la incorporación de la salvaguarda de las industrias culturales y la diversidad cultural en sus diferentes expresiones, lo que ha quedado de manifiesto en la literatura extranjera especializada.

La UNESCO

Cualquier análisis en torno al tema debe versar sobre la Convención de la UNESCO en materia de Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de octubre de 2005 (Convención de 2005), de la que México es parte; si bien ésta posee una gran riqueza conceptual, carece de los mecanismos jurídicos para hacerla operativa, lo cual no es de sorprender pues lo mismo se concluiría al examinar las actas que sustentaron su aprobación.

Al respecto, la intervención el 21 de octubre de 2005 de la embajadora de Estados Unidos ante la UNESCO, Louise Oliver, pasará sin duda a los anales de la diplomacia internacional, pues lo



menos que expresó fue que esta convención era un documento erróneo, ambiguo y proteccionista; la confección y rápida aprobación del acuerdo superó los tiempos diplomáticos rutinarios. Con ironía, pero con especial acierto, la literatura especializada sostiene que la UNESCO había pecado de estrabismo, ya que trabajaba con la mirada puesta en las tareas de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

No obstante, la mayor debilidad de este instrumento consiste en determinar que la convención no podrá interpretarse como una modificación de los derechos y obligaciones que emanen de otros tratados internacionales (artículo 20).

No se necesita de una gran perspicacia para entender que esta provisión de la convención de la UNESCO (artículo 20) se refiere claramente a los tratados y convenciones comerciales. Esta debilidad, sin embargo, se ha intentado atemperar con las Directrices Operativas (*Operational Guidelines*).

El libre comercio

Mucha agua ha corrido bajo el puente desde la entrada en vigor del TLCAN. El comercio ha demostrado su gran dinamismo y creado nuevos ambientes, pero la revolución informática del siglo XXI los ha trastocado de tal manera que exige una gran habilidad y conocimiento para su cabal comprensión. A la par del desarrollo de estos ambientes, las tecnologías contemporáneas han generado también nuevos ecosistemas culturales creativos.

En el ámbito comercial el proceso evolutivo forma parte de una historia ya muy difundida. La comunidad internacional buscaba un sistema estable que fomentara el comercio y la inversión como elementos determinantes para la generación de riqueza. Aprobado poco después de la Segunda Guerra Mundial, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) demandaba una nueva conceptualización.

Desde su creación, la OMC, que sustituyó al GATT, ha sido reacia al considerar la cultura y la diversidad cultural en sus diferentes manifestaciones, pues conforme a su canon éstas servirían para camuflar prácticas proteccionistas y discriminatorias. Los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS, por sus siglas en inglés) son una clara evidencia de este aserto: pocos países lograron introducir algunas excepciones acotadas, como el caso de Francia en cuanto a la elaboración del *champagne*. El maíz mexicano y el proceso de nixtamalización no merecieron ni siquiera una sola mención de ninguna de las partes.

Otra muestra de este desdén proviene de la tendencia jurisdiccional del órgano de solución de controversias (DSB, por sus siglas en inglés) de la OMC, cuya jurisprudencia es irrefutable al manifestarse en sentido contrario a cualquier asomo de prácticas culturales, que cataloga como discriminatorias. La DSB tiene la autoridad para instalar los paneles de arbitraje, que se rigen con base en normas y procedimientos (DSU, por sus siglas en inglés) orientados a resolver las controversias que surjan a partir del acta final de la llamada Ronda Uruguay, documento fundatorio de la OMC.

Dentro del libre comercio, el tema de la inversión extranjera es especialmente sensible; Costa Rica fue condenada a pagar 16 millones de dólares en febrero de 2000 por haber expropiado un predio contiguo al Parque Nacional Santa Rosa para fines culturales y ambientalistas (*Compañía del Desarrollo de Santa Elena vs. República de Costa Rica /Case ARB/96/1. International Centre for Settlement of Investment Disputes*).

Esta tendencia difiere en el acuerdo de libre comercio suscrito entre Nueva Zelanda y Corea del Sur, que incluye temas relevantes como la danza, el teatro, la música, las artes visuales, las lenguas, la artesanía, la literatura, los contenidos creativos en línea,

las prácticas autóctonas y las expresiones culturales contemporáneas, entre otras. Este acuerdo se ha significado por ser uno de los modelos más acabados que pueden conciliar cultura y libre comercio (Véronique Guèvremont).

El TPP

La otra referencia analítica es el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP, por sus siglas en inglés), suscrito inicialmente por 12 países y que ahora tiene un gran ausente, Estados Unidos, país que se retiró del mismo en enero de 2017.

Como respuesta a la salida de Estados Unidos, los 11 países restantes decidieron continuar con las negociaciones del TPP y aprobaron en enero de 2018 el Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés), que incorporó la totalidad de las disposiciones y anexos del TPP. Los 11 países acordaron suspender la aplicación de algunas disposiciones, irrelevantes para este ensayo, en tanto Estados Unidos pudiera reconsiderar su posición. Se tienen, por lo tanto, dos tratados paralelos con disposiciones idénticas.

En México, el Senado ratificó el Tratado Integral y Progresista de la Asociación-Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés). La redacción y aprobación del TPP fueron hechas en Auckland, Nueva Zelanda, el 4 de febrero de 2016 y las del CPTPP en Santiago de Chile el 8 de marzo de 2018, (*Diario Oficial de la Federación* del 23 de mayo de 2018).

El análisis cultural es trascendente y difiere del TPP y del CPTPP, por lo que a continuación se expone.

Del texto del TPP no se obtiene para la cultura ninguna ventaja particular. En su preámbulo destaca la importancia de la identidad y de la diversidad culturales entre y dentro de los Estados parte y postula que el comercio y la inversión pueden expandir oportunidades para enriquecer la identidad cultural y la diversidad nacional y extranjera. Este es el argumento neoliberal del TPP, de sobra conocido y el cual sostiene que es el incremento del comercio y de la inversión el que crea inevitablemente más cultura.

Este axioma, sin embargo, se ve contradictorio por la ponderación de la diversidad cultural y diverge sustancialmente con la que desarrolla la convención de la UNESCO de 2005. Los Estados parte accedieron a esta limitada concepción de cultura del TPP para darle satisfacción a las preferencias estadounidenses.

La consecuencia es muy clara: debilita la promoción cultural de contenidos mexicanos a través de la regulación en línea de bienes y servicios audiovisuales.

Por su parte la perspectiva del preámbulo del CPTPP es diferente; reafirma la importancia de promover la identidad y diversidad ▶

<https://medialia.net>



Oliver. Discrepancias

culturales, la protección y conservación ambiental, los derechos de los indígenas, el desarrollo sostenible y los conocimientos tradicionales. Claramente existe una discrepancia de enfoques en los preámbulos del TPP y del CPTPP. El dilema ahora consiste en determinar cuál de los dos deberá prevalecer ante el eventual reingreso de Estados Unidos.

La conclusión inicial es que, si bien TPP y CPTPP son textos idénticos, los animan filosofías discrepantes.

Para tener una mejor perspectiva en el análisis cultural es necesario considerar en el TPP, o si se quiere el CPTPP, dos capítulos fundamentales. El 10 sobre comercio transfronterizo de servicios o la prestación transfronteriza de servicio y el 14 sobre comercio electrónico.

La discusión sobre el 10 desde la óptica cultural es relevante. El capítulo no hace especial referencia a la prestación transfronteriza de servicios a través del internet. Esto representa una inquietud de primer orden, ya que fácilmente se puede alegar que, si es el caso, obligaría en este supuesto al Estado destinatario a observar el TPP.

Precisamente por lo respecta a este capítulo, los Estados parte tuvieron la posibilidad de formular reservas y atemperar el impacto del TPP en lo que respecta a la salvaguarda, protección y promoción de la diversidad de sus expresiones culturales, especialmente en el ámbito digital, y con ello sustraerlos del libre comercio de la prestación transfronteriza de servicios a través del internet.

En efecto, el anexo II del TPP destaca diferentes reservas realizadas por los Estados parte, como las que propician la implementación de medidas promocionales de contenido audiovisual de Australia en el internet, o las de Chile, que posibilitan la formalización de acuerdos de cooperación cultural.

El capítulo 14 desarrolla disposiciones de mayor severidad; prohíbe la implementación de medidas que alteren los intercambios realizados por la vía electrónica, como la imposición de cualquier costo o gravamen aduanal sobre las transmisiones electrónicas (Artículo 14.3). La idea central es clara: evitar cualquier tratamiento discriminatorio en la comercialización de productos digitales.

En este capítulo se define al producto digital como un programa de cómputo, texto, video, imagen, grabación de sonido u otro producto que esté codificado digitalmente, producido para la venta o distribución comercial y que pueda ser transmitido electrónicamente (Artículo 14.1).

El enigma estriba pues en determinar cuál es la extensión de esta noción de productos digitales, específicamente cuando se pretenda implementar los servicios culturales o la comercialización

de bienes culturales digitales, ya que cualquier protección cultural pudiera ser considerada como discriminatoria y violatoria del TPP. La noción acotada de cultura del TPP impide diferenciar los bienes y servicios culturales de los estrictamente comerciales y gozar del privilegio de una protección específica.

Un análisis extensivo del TPP y de sus Directrices Operativas escapa a los límites y el propósito de este ensayo, como son la restricción de políticas públicas en ámbitos tan sensibles, como la cultura, que contradigan la liberalización del comercio y de la inversión, o bien el capítulo relativo a Excepciones y Disposiciones Generales relativo al conocimiento tradicional, a las expresiones culturales tradicionales y a los recursos genéticos (Artículo 29.8 del TPP).

Estos conceptos son notoriamente más estrechos que el de la diversidad cultural expresada en la convención de la UNESCO de 2005. Más aún, el debate entre éstos y los derechos de autor aún no concluye en la Organización Mundial de la Protección Intelectual (OMPI). Se pudiera incluso sostener que son excepciones circulares, ya que el TPP prevalecerá sobre cualquier obligación internacional en materia de cultura.

El posicionamiento de Canadá

Para los propósitos de este ensayo destacan las reservas de Canadá. Este país ha sido enfático en que en la concertación de todos sus acuerdos comerciales se introduzca la *excepción cultural*, noción que se ha desarrollado para crear la de *diversidad cultural* (Convención de la UNESCO del 2005).

La excepción cultural canadiense excluye a sus industrias culturales del ámbito del libre comercio, lo cual le permite continuar con sus políticas culturales y la implementación de otras nuevas conforme al TPP.

La postura de Canadá no deja lugar a dudas: se reservó el derecho de adoptar e implementar medidas que afecten sus industrias culturales y de sostener, directa o indirectamente, la creación, el desarrollo y el acceso a las expresiones artísticas canadienses y a su contenido.

Las reservas de Canadá no libran, empero, todos los escollos. El TPP es particularmente sensible a las prácticas discriminatorias, como lo es el acceso a los contenidos audiovisuales extranjeros en línea, lo que sin duda es una limitante para la postura de ese país.

La literatura canadiense ha sido especialmente crítica en cuanto al acceso de Canadá al TPP aun con las reservas realizadas, que considera insuficientes. El contraste es mayor en lo que respecta al acuerdo recientemente suscrito con la Unión Europea, que admite la legitimidad de objetivos políticos, como la promoción y la protección de la diversidad cultural y otros acuerdos negociados, entre otros, con Perú, Jordania, Panamá y Honduras (Alexandre L. Maltais).

Epílogo

En las negociaciones del TPP, Estados Unidos, secundado por otros países, rechazó categóricamente el planteamiento de diferenciar los productos culturales de los comerciales y negó la legitimidad de los Estados en materia de protección y promoción de las expresiones culturales. La posición de Canadá militó en el otro extremo; por ello, su posicionamiento en el futuro inmediato no debe extrañar. Los días por venir serán determinantes.

Por lo demás se debe esperar a la redacción del documento respectivo y al análisis metódico, particularmente de la letra pequeña y de las cartas paralelas (*side letters*), para poder concluir si efectivamente estamos ante una nueva etapa y, de serlo, esclarecer el nuevo entorno. 

*Doctor en derecho por la Universidad Panthéon-Assas.



Nueva Zelanda, 2016. Redacción del TPP