

Excepción y diversidad cultural

Jesús Prieto de Pedro

Jesús Prieto de Pedro es Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y Titular de la Cátedra Andrés Bello de Derechos Culturales (Convenio Andrés Bello, Universidad Carlos III de Madrid, UNED).

Es el experto designado por el Gobierno español ante la UNESCO para la elaboración de la Convención para la diversidad cultural. Pertenece a los Comités Editoriales de diversas publicaciones jurídicas. Es consultor y participante invitado por diversos organismos internacionales y administraciones públicas, en especial culturales.

Ha sido Vicedecano y Decano de la Facultad de Derecho, y Vicerrector de la UNED; Director del Programa de Doctorado de Derecho de la Cultura (Instituto para la Comunicación Cultural, UNED-Universidad Carlos III de Madrid). Obtuvo el premio Extraordinario de Doctorado en Derecho y el Premio Nicolás Pérez Serrano (Centro de Estudios Constitucionales).

Es autor de más de medio centenar de artículos y monografías jurídicas, entre las que destacan los siguientes libros y estudios: *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 3.^a reimpresión, Madrid, 2004; *Lenguas, lenguaje y derecho*, Civitas, Madrid, 1991; *Democracia y diferencia cultural. Cultura, poder y representación en Estados Unidos y España*, Madrid, 1998; *Industrias culturales y desarrollo sustentable*, OEI-CONACULTA, Méjico, 2004.

Presentación

La idea de realizar este informe surgió de una conversación que mantuve con Manuel Gutiérrez Aragón sobre la cuestión de la hegemonía y, en concreto, de la norteamericana y el papel esencial que en su conquista y mantenimiento había jugado la cultura y, dentro de ella, el cine. En aquel momento, lo mismo que ahora, estaba en pleno debate el tema de la excepción cultural y llegamos a la conclusión de que Europa, y España como parte de la misma, o se tomaba mucho más en serio este trascendental asunto o el monocultivo cultural, con sus secuelas de pensamiento e imagen únicos, se acabaría imponiendo si es que no lo estaba ya. Porque si lo meditamos despacio, el predominio mundial de los EE UU no es sólo una consecuencia de su liderazgo tecnológico o militar sino que se debe, principalmente, a una aplastante hegemonía cultural a través de la industria audiovisual y, muy en especial, del cine. Un dato de este informe expresa mejor que mil palabras lo que decimos: mientras EE UU y la UE producen al año, más o menos, el mismo número de películas, los filmes norteamericanos cubren el 80% del mercado europeo, mientras los producidos en la UE sólo alcanzan el 3% del mercado USA. Si nos fuésemos a otros continentes este dominio sería muy superior pues prácticamente la diversidad cultural ha desaparecido de amplios escenarios del planeta. Convinimos, por lo tanto, en que era conveniente que Alternativas se ocupase del tema y encargase un trabajo a persona que pudiera analizar con rigor el asunto y avanzar algunas propuestas.

Cuando algo más tarde le expusimos el proyecto a Teddy Bautista, presidente del Consejo de Dirección de la SGAE y patrono de la Fundación Alternativas, lo acogió de inmediato con interés y puso a nuestra disposición los medios para llevar a cabo tan ardua empresa. Le encargué la elaboración de este informe al profesor Jesús Prieto de Pedro, catedrático de universidad y a la sazón, vicerrector de la UNED. Después de un largo y costoso trabajo, el profesor Prieto ha concluido su labor y creo que la espera ha merecido ante la calidad del resultado. El lector tiene ante sí el producto de un ingente trabajo de reflexión y síntesis del autor, de largas conversaciones entre el profesor Prieto y el que suscribe, de reuniones en las que han participado, con valiosas

observaciones, Enrique Bustamante, J. M. Álvarez Monzoncillo, Pere Portabella y Gustavo Buquet, autor a su vez de un informe sobre los “Fundamentos económicos de la excepción cultural” que acompaña este informe. También han aportado estudios parciales Gonzalo Abril; Antonio Zapatero y Marta García León.

Así pues, este estudio no es una elaboración más sobre la excepción cultural. En mi opinión, en él se contiene un nuevo enfoque sobre el tema, al situar en el centro de la reflexión la defensa de la **diversidad cultural**, como un valor y un derecho de alcance universal y al colocar la excepción como un instrumento para alcanzar, proteger y desarrollar esa diversidad de lo cultural que, no lo olvidemos, define una de las identidades más esenciales de lo humano. Contiene, de igual modo, un gran esfuerzo conceptual y no es una casualidad que el trabajo se inicie con una lúcida cita de Albert Camus: “Nombrar mal las cosas es aumentar el infortunio del mundo”. En efecto, las grandes batallas de las ideas se empiezan –y a veces se acaban– ganando o perdiendo por el significado que se dé a los conceptos, a las palabras, pues el resultado de ese combate termina formando parte del sentido común de las personas. En esta dirección, es muy sugerente la distinción que hace el profesor Prieto entre globalización, mundialización y universalismo. A partir de este enfoque universal y plural de la cultura, el informe avanza propuestas de alcance mundial, huyendo así de una visión eurocentrista de la cuestión. Ello no empece para que se dedique una parte sustancial del estudio a la política audiovisual europea, y española.

En fin, como todos los trabajos que produce la Fundación Alternativas, contiene una serie de recomendaciones y propuestas con la intención de suscitar el debate, asumir nuevas aportaciones y, a la postre, de que esas sugerencias puedan ser útiles para los actores políticos o sociales que tengan en su mano poderlos llevar a la práctica.

Nicolás Sartorius
Vicepresidente Ejecutivo, Fundación Alternativas

4-03-05

Contenido	Página
I- Industrias culturales, globalización y liberación del comercio de bienes y servicios culturales	3
1. Industrias culturales y globalización	4
1.1. Aclaremos de qué hablamos: globalización, mundialización, universalismo.....	4
1.2 La producción industrial de la cultura.....	10
2. La liberalización del comercio internacional. Hacia un librecambismo de nuevo cuño y sin retorno	13
3. El GATT, el GATS y los bienes y servicios culturales	21
4. La consecuencia de la globalización cultural: ¿norteamericanización de la cultura?	23
5. El desafío: la preservación de la diversidad cultural y el pluralismo cultural mundial	28
II- Las políticas nacionales de protección de la cinematografía en Europa. Alemania, Gran Bretaña, Francia y España	36
1. Introducción	37
2. Alemania	38
3. Gran Bretaña	39
4. Francia	43
5. España	48
III- Un estatuto especial para la cultura	51
1. Introducción	52

2. La excepción cultural	53
2.1 Aclarar conceptos: excepción, exención, especificidad y diversidad	53
2.2 Régimen de la excepción cultural en el GATT, en el GATS y en la OMC	56
3. La especificidad general de la cultura y, en particular, de los bienes y servicios culturales ante el comercio	58
3.1 Introducción: la posible extrapolación de un “ <i>par ailleurs</i> ”	58
3.2 La especificidad en la propiedad intelectual	59
3.3 La especificidad en el patrimonio cultural	64
3.4 La especificidad en las industrias culturales	66
3.5 La especificidad en todas las cosas o la transversalidad de la cultura y su reconocimiento jurídico	70
4. Diversidad cultural, libertades fundamentales, interés general y bienes públicos colectivos	74
5. La cultura ¿una excepción económica?	78
6. Epílogo: del “fin de la excepción” a una nueva excepción universalista	82
IV- Propuestas y recomendaciones	85
A. Consideraciones de carácter general sobre la protección de la diversidad cultural	86
B. Propuestas de carácter conceptual	87
C. Propuesta legislativa en relación con las industrias culturales	88
D. Medidas específicas en relación con la cinematografía y el audiovisual	91
E. Otras recomendaciones	94

**I. INDUSTRIAS CULTURALES, GLOBALIZACIÓN Y
LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE BIENES Y
SERVICIOS CULTURALES**

1. Industrias culturales y globalización

1.1 Aclaremos de qué hablamos: globalización, mundialización, universalismo

“Nombrar mal las cosas es aumentar el infortunio del mundo”. Son de agradecer estas palabras de Camus cuando se inicia una reflexión sobre conceptos fetiche de nuestro tiempo y, por ello, tan manoseados como los de globalización, mundialización y universalismo. Por ello, atendiendo el consejo que se desprende de la reflexión del escritor francés, querríamos proponer al lector un esfuerzo aclaratorio sobre el significado de estas voces en su relación con lo cultural que, lo anticiparemos ya, no son intercambiables, por más que se acostumbre a usarlas como sinónimas. Una adecuada delimitación de sus de sus entrecruzamientos y de sus diferencias, podría dejarnos en las manos una buena luz para alumbrar el camino que vamos a emprender.

Globalización es, de las tres, la voz más de moda y, en este momento, la de significado más brumoso. Según Beck “globalización es a buen seguro la palabra (a la vez eslogan y consigna) peor empleada, menos definida, probablemente la menos comprendida, la más nebulosa y políticamente la más eficaz de los últimos -y si duda también de los próximos- años”. Como nos recuerda el documentado estudio de A. Solá ¹, esta voz de origen latino significaba globo en sentido genérico (*globus lunae*, en Virgilio, el disco de la luna). En la lengua castellana tendrá una presencia lánguida; apenas se encuentra en los diccionarios históricos y le cuesta entrar en los diccionarios modernos. El *Diccionario de Autoridades* (1713) se refiere únicamente a “globoso”, pero el *Tesoro de la Lengua castellana o española* (1611), de Sebastián de Covarrubias, no conoce esta palabra, aunque sí universo, mundo u orbe (pintaban a Cibeles con “un atambor redondo, que significaba la redondez del orbe”). Pero cómo no, una vez más, el rico depósito léxico de El Quijote es la excepción: “de trescientos y sesenta grados que contiene el globo (...) la mitad habremos caminado”. No obstante, el hecho es claro: hace aún muy poco tiempo, en 1925, la *Enciclopedia Espasa-Calpe*

¹ En la explicación de la voz “globalización” seguimos el documentado estudio de Amadeu Solá, “El mundo en globo”, *Punto y coma*, nº45 (<http://europa.eu.int/comm/translation/bulletins/puntoycoma/45/pyc455ht>).

rechazaba aún con desdén la palabra “global” como “un neologismo que no tiene razón de ser”.

La lengua francesa tomará el préstamo de la palabra latina *globus* para designar el planeta (*globe terrestre*), expresión que se registra ya en el siglo XVI. Se comprende que Joan Coromines recuerde cómo en España algunos autores consideraran que era afrancesado decir “globe por globo terráqueo”.

El paso decisivo, sigue señalando Solá, hacia el significado actual de globalización lo dará el inglés. El *Oxford English Dictionary* sitúa en 1553 la expresión “*The hole globe of the world hath been sayked aboute*”. Esta lengua será la primera donde se asentará el sentido moderno, que nos interesa especialmente ahora, de global como mundial y universal en el lenguaje político y militar y, más recientemente, en relación con el medio ambiente (*global environment, global climate...*). Mas el dato ahora importante es que en el último desarrollo de esta voz, el que conocemos ahora, el centro de gravedad se ha desplazado a la economía, que es el ámbito en el que hoy tiene una multiplicación mayor de sintagmas de uso: *global economy, global trade, global corporations, global products, global marketing...*

Por otros caminos, aunque paralelos, transcurre la construcción del concepto de *mundialización*, a partir, también en este caso, de una voz latina, la voz *mundus*. Descubrir, conocer que el mundo era mundo es una conquista reciente. Sin duda, una cierta *imago mundi* estuvo en los mitos primitivos de forma difusa. Pero la constatación empírica de hasta dónde llega el mundo no se empieza a tener sino con el descubrimiento de América. El descubrimiento del Nuevo Mundo (“la parte de mar y tierra nuevamente descubierto”, lo define S. de Covarrubias) es el que inserta realmente en el “mundo” al Viejo Mundo conocido hasta entonces (Europa, Asia y África Septentrional), porque es a partir de ese momento cuando los seres humanos que habitaban en éste adquieren la conciencia de que hay otro mundo. Montaigne expresó esa conciencia nueva en la Europa del siglo XVI con su célebre frase: “*Notre monde vient d’en trouver un autre*”.

Tras esa conquista intelectual, hacer del mundo un ámbito operativo vendrá muy pronto. El proceso de mundialización adquirió formas perfectamente reconocibles ya en el siglo XVI. Con la expansión del colonialismo europeo se fueron ampliando las redes de transporte y comunicación² y todos los dispositivos institucionales, informativos y textuales que, sobre todo merced al uso de la imprenta, dieron soporte instrumental a esta expansión

² A. Mattelart, *La invención de la comunicación*, Bosch, Barcelona, 1995.

(cartografía, textos científicos y técnicos, prensa...) que han tramado el soporte simbólico y la legitimación del proceso mismo. Pero otro factor fundamental que el autor belga no señala es el de la construcción del orden político internacional, que será el cañamazo de la mundialización. Ello exigió dos pasos. El primero fue la configuración de los Estados-nación como organizaciones políticas típicas, como los actores políticos del mundo. Prefigurado anteriormente este sujeto, su consagración vendrá con los Tratados de Westfalia (1649). El segundo es la progresiva articulación de un orden inter-nacional para el mundo que impulsarán los nuevos Estados.

Las voces *universalización* y *universalismo*, a diferencia de las nociones anteriores, juegan conceptualmente en otro orden, fundamentalmente, como veremos, en el de los valores. Su raíz latina (*unum versus alia*) expresa su función primaria de concebir lo plural como un todo unitario en tanto está unido o es recorrido por una misma esencia o cualidad. El temprano Diccionario de Sebastián de Covarrubias (1611) ilustra esta idea: “Universal, lo que es común a todos”, “el que tiene noticia de muchas cosas y habla de ellas científicamente”; a su vez, la voz universidad vale como “comunidad y ayuntamiento de gentes y cosas, y porque en las escuelas generales concurren estudiantes de todas partes, se llamaron universidades... También se llaman universidades ciertos pueblos que entre sí tienen unión y amistad”. Más tarde, el Diccionario de Terreros y Pando (1786) abunda en la idea, pero más explicada: “la generalidad de alguna cosa, que comprende a todos, o que en todos son comprendidos sin excepción”. No pasemos por alto los rasgos significativos de esta definición: el comprender un conjunto entero no sólo de cosas sino también de sujetos (“todos”) y el énfasis que pone en abarcar la plenitud del conjunto (“todos son comprendidos sin excepción”). En el francés antiguo se registra su uso en expresiones como “*universes terres, l’empire univers*” (Rabelais), “*le monde univers...*”, que dejan ver que el sustantivo universo no se confunde con el de mundo, sino que subraya en él determinados aspectos. Una destacada aportación en la construcción del concepto se debe a la filosofía, a la llamada “cuestión de los universales” que originaría un vivo debate en la Edad Media, a partir de los siglos XI y XII, en torno a la traducción que había hecho Boecio, en el siglo VI, de la *Isagogé* de Porfirio. El debate de los *universalia*, “nociones genéricas” que se contrapondrían a los “particulares”, plantea el valor objetivo de los conocimientos intelectuales ³.

³ Si bien el origen de la cuestión de los universales está ya en los textos de Platón y Aristóteles, el debate se formaliza en la Edad Media y llega a nuestros días. Había sido Porfirio, en el siglo III, quien había planteado en su *Isagogé* la cuestión del valor objetivo de los conocimientos intelectuales. Los comentarios que hizo Boecio, en el siglo VI, de la obra de Porfirio serán retomados, inaugurando una intensa disputa en las

Se trata, en todo caso, de una voz que ha demostrado un fecundidad inagotable, como prueban los diccionarios actuales (entre todos ellos, el inmenso *Grande Dizionario della Lingua Italiana*)⁴, para generar y recrear sintagmas nuevos, sobre todo usada como adjetivo: sufragio universal, justicia universal, universalidad de los derechos humanos, gravitación universal, exposición universal, universalismo cultural, cultura universal, bienes universales, universal lingüístico, historia universal, panacea universal, ley universal, diccionario universal, cuantificador universal, heredero a título universal, juicio universal, noción universal, principio universal, valor universal... Pero la complejidad de los desarrollos que ha tenido esta voz no impide que podamos destacar en ella algunos rasgos claros: la vocación de integralidad que la caracteriza —el concepto no admite la exclusión de nada ni nadie— y el aliento ético y humanista que recorre el núcleo fuerte de sus usos. Precisamente, entre las palabras que nombran la realidad del mundo, es a ésta a la que le ha correspondido el lugar de calificar los grandes ideales y valores comunes a todos los hombres, como se percibe de forma palmaria en los derechos fundamentales, de los que se predica la “universalidad” como cualidad constitutiva de su concepto; cualidad que ha sido incorporada ni más ni menos que al título del gran documento en el que se consagran dichos valores: “La Declaración Universal de Derechos Humanos” de 1948.

Pese a ser claro que no son piezas que se dejen fácilmente cazar en el bosque del lenguaje, deseáramos, a partir del excurso etimológico y conceptual previo, destilar algunos elementos de las voces globalización, mundialización y universalización a partir de los que deseamos adelantar una toma de posición que, por aproximativa que sea, nos parece esencial para las cuestiones que vamos a analizar en el presente trabajo.

Entrando en la recapitulación, entendemos la mundialización como un proceso de descubrimiento real y, a la vez, de construcción simbólica del ámbito total en el que tiene lugar la vida humana y la progresiva ampliación de las acciones de interacción a ámbitos superiores a lo local y lo nacional, pero según procesos determinados principalmente por la lógica de los Estados nación. Como proceso complejo, la mundialización es un proceso multidimensional con múltiples facetas comerciales, tecnológicas, financieras, culturales..., pero asimismo con una relevante dimensión político jurídica, determinada por la creciente construcción de un orden jurídico internacional y por las regulaciones internas de los Estados. Desde el punto de vista de los

escuelas filosóficas de los siglos XI y XII, actualizada recientemente por los lógicos. Sobre el concepto de los universales puede verse Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*.

⁴ Salvatore Battaglia, *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, Unione Tipografico Editrice Torinese, 2002. Asimismo, Le Robert. *Dictionnaire de la Langue Francaise, Paris-Canada, 1986*.

valores, la mundialización vendría significada, en su fase más reciente, como un proyecto de la modernidad que ofrece una cara de Jano, pues ha sido sin duda alguna fuente fundamental del afianzamiento de valores universales, pero tampoco se puede cerrar los ojos al hecho de que desde él se han pretendido legitimar procesos “eurocéntricos” de colonización e imperialismo.

Entendemos, a su vez, la globalización como una deriva reciente de la mundialización que acentúa y prima ciertos aspectos ya latentes o presentes en ésta. Las diferencias de la globalización respecto a la mundialización vendrían dadas, en primer lugar, por la intensificación en las últimas décadas, a causa de los nuevos progresos tecnológicos y de las comunicaciones, del despliegue de conexiones, relaciones y *networks* entre los individuos y las comunidades humanas que ya no cruzan a través de las fronteras nacionales sino que las eluden y difuminan. La globalización es “básicamente espacial”, como recuerda D. Held⁵, y, por ello mismo, débilmente territorial (semánticamente, el concepto de “mundo” es un concepto más articulado y denso que el de “globo”). En segundo lugar, sin dejar de ser también un fenómeno multidimensional, la globalización se caracteriza, a resultas del radical componente librecambista que la impregna actualmente, por la primacía que ha adquirido en el proceso la dimensión económica que se impone a las demás dimensiones, culturales, medioambientales, sociales..., en tanto entren en conexión con el comercio. La postergación de contenidos sociales y políticos sustituidos por reino del mercado supone una gran omisión característica de la globalización, que es el olvido del mundo de la vida humano y de su textura espiritual, es decir, de su sustancia ética⁶. Otra consecuencia de esa orientación neoliberal es asimismo la visión reduccionista de lo económico presente en ella, en tanto constriñe la economía a la producción y el comercio internacional, con menosprecio de una visión integral de los problemas de la producción, la gestión, el reparto y el consumo en atención a los intereses y necesidades generales que le toca atender. En último lugar, los articuladores de las reglas de la globalización son, no ya los Estados a través de las regulaciones y la relaciones internacionales sino que, en virtud de la desregulación que caracteriza el proceso, el centro de gravedad se desplaza a los sujetos privados y, fundamentalmente, a las corporaciones económicas transnacionales; en este nuevo escenario, los Estados, en vez de ser ellos los que regulen los mercados, tienden a convertirse en un agente más de los mercados.

⁵ “Globalización, cosmopolitismo y democracia. Entrevista con David Held”, *Revista de Occidente*, marzo de 2003, nº 262.

⁶ Salomón Lerner, “¿Globalización o mundialización? Impacto sobre el *ethos* de la educación”.

Todo esto nos permite entender que resulta muy conveniente realizar un permanente esfuerzo de diferenciación de ambos conceptos, por más que designen hoy procesos simultáneos, pues la globalización no ha venido a desplazar la mundialización entera sino únicamente una parte de su ámbito. Frecuentemente, la falta de delimitación de los perímetros de la globalización y de la mundialización y de sus puntos de contacto y de sus superposiciones es la causa de ambigüedades y confusiones, especialmente graves en lo que se refiere a la cultura. La mundialización cultural –una tendencia natural de la especie humana, que adquirió una gran aceleración con los “descubrimientos”– es hoy más intensa que nunca y atañe a todas las manifestaciones de lo cultural, es un proceso que afecta a la cultura entera. En cambio, la globalización cultural incide sobre todo en una parte, eso sí de peso creciente, de los bienes de la cultura en el mundo actual –aquellos que son generados a través de procesos de producción industrial y que su intercambio se realiza a través del mercado–, en tanto se insertan en el comercio internacional y quedan así sujetos al devenir librecambista que lo preside en nuestros días. Sin tener clara esta distinción es imposible comprender y explicar la compleja realidad de la cultura en el mundo actual.

Lo que late en el fondo de todo es que mundialización y globalización, apuntarían dos “culturas políticas” de entender las relaciones y los intercambios en el planeta, pues, aparte de ser realidades ciertas, son también modelos alimentados por ideologías diferentes. Un reciente y erudito libro de Gruzinski, *Les quatre parties du monde*, apunta en esa dirección cuando reivindica, lo que creemos que no debería entenderse como una absolución de los excesos cometidos, el modelo de mundialización ibérica de la conquista del Nuevo Mundo frente al modelo de globalización: “la mundialización ibérica es difusión planetaria de los seres, las ideas, las creencias, que generalmente se mezclan con creencias, ideas y seres de otros continentes. En cambio, la globalización impone modos de pensar, un tipo de lenguaje y evita todo contacto, toda comunicación con los mundos exteriores”⁷. La globalización se manifiesta, pues, como un proceso básicamente aculturador y, en consecuencia, unilateral y origen de exclusiones. Tenemos aquí planteado, en estado germinal, el choque de dos modelos contrapuestos que, en lo que aquí nos interesa, son también dos modos de entender la cultura que, según podremos ver más adelante, se enfrentan en el debate de la excepción cultural.

⁷ Serge Gruzinski, *Les quatre parties du monde. Histoire d'une mondialisation*, La Martinière, 2004.

Frente a este orden de problemas el universalismo señorea como el horizonte ideal, como el gran proyecto ético humano. Pese a ser una constante de los ideales humanos, la formulación explícita del proyecto universalista moderno se ha de datar en la Ilustración como el proyecto ético con que la ideología ilustrada ha legitimado o tratado de rectificar críticamente las conquistas de la mundialización. En su relación con la cultura el universalismo no se debe reducir a la idea simplificadora que lo hace equivaler a un conjunto de bienes culturales compartidos por toda la especie (lo que Todorov llama el universalismo de llegada o resultado, que es indudablemente uno de los planos del universalismo, pero no el único), sino que en él es clave la concepción procesal o de recorrido (de *parcours*, en palabras del mismo autor)⁸, en tanto implica el reconocimiento recíproco de las diversas expresiones culturales humanas como parte de una riqueza de la especie y por ello acreedora a verse protegida por el superior sistema de valores jurídico-universales de los derechos fundamentales, la justicia y la igualdad. Para la diversidad el universalismo es, sobre todo, un proceso. Además de un cuarteto de Beethoven, del Taj Majal o de las Pirámides de Egipto –bienes culturales universales, entre otros tantísimos que la historia humana va sedimentando– son universales aquellas expresiones culturales que aspiran a ello porque se sustentan en valores no contrarios a la dignidad humana y porque aceptan entrar en diálogo e interactuar con las demás expresiones culturales desde la aceptación de que son fragmentos del conjunto de la cultura humana. Los asuntos que vamos a abordar a partir de este momento nos van a enfrentar al hecho de que la cultura, llevada por la lógica de la mundialización, no obstante no ser plenamente universalizadora, ha pasado, en una parte de ella (principalmente en la que atañe a las industrias culturales), a verse sometida a la lógica de la globalización neoliberal, lo que es fuente de mutilaciones y de desigual intercambio y posibilidades de acceso para muchos seres y grupos humanos. La globalización, como hemos dicho, es un proceso indiferente a los valores humanos universales. Se trataría, en definitiva, de recuperar el espíritu de una mundialización alimentada por el ideal universalista que reconozca un espacio a todos sin exclusión, de una mundialización que se proponga el adensamiento de los valores humanistas. Ése espíritu es el que pretendemos conduzca estas páginas.

1.2 La producción industrial de la cultura

Abordemos el asunto de las llamadas “industrias culturales”.

⁸ T. Todorov, *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Seuil, Paris, 1989

Advirtamos, de entrada, que el modo de “producción industrial o empresarial” de bienes y servicios culturales viene de lejos. Es común pensar que la generación económica de bienes culturales sólo se dio a partir del siglo XX así como que las “industrias culturales” fue algo que inventaron Adorno y Horkheimer. Lo que estos preclaros filósofos de la escuela de Frankfurt hicieron en su reflexiones en los años cuarenta no fue sino dar nombre y ayudar a nacer intelectualmente la crisálida de la nueva “cultura de masas” serializada, mercantilizada, inauténtica y estandarizada –así la caracterizan– frente a la que ellos formulan su aldabonazo crítico, un aldabonazo no exento de cierto elitismo cultural y estético. Quizás haya que reconocer hoy que de aquellos polvos vienen estos lodos. Haber “despreciado” las industrias culturales por inauténticas probablemente sea una de las causas de que se hayan tenido que quedar en el andén esperando el paso de algún nuevo tren.

Pero tampoco olvidemos algo en lo que no se suele recabar y es que ese modo de producción industrial lo había inaugurado cinco siglos antes la imprenta organizada, desde su nacimiento, si bien según los modos de la época, como una empresa; esa empresa que el caballero de la Triste Figura nos describe en su viaje a Barcelona en la búsqueda del lugar del que procede la versión apócrifa de su historia cuando llega a aquel local en el que reza el rótulo: “Aquí se imprimen libros”. Entra él y observa el trabajo que allí se hace “viendo tirar en una parte, corregir en otra, componer en ésta, enmendar en aquella...”, dándose cuenta de que lo que se está imprimiendo es su propia novela, *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, un libro donde, para asombro de Sancho, se cuentan cosas –como con pluma maestra recuerda Carlos Fuentes⁹– que sólo él y su amo se dijeron, secretos que ahora la impresión y la lectura hacen públicos, sujetando a los protagonistas de la historia al conocimiento y examen crítico, democrático. “Ha muerto la escolástica, ha nacido el libre examen”, sentencia Fuentes.

No es por un prurito retórico o literario por lo que invocamos aquí los orígenes de la imprenta y *El Quijote*. Es porque nos muestran, en su *status nascendi*, las principales trazas de este nuevo modo de crear y difundir cultura que transforma profundamente su propia realidad. El hecho es que el pensamiento libre y los modos de simbolizar y la comunicación de sentidos de vida empiezan a vagar masivamente por el mundo. De la primera edición, que realiza la imprenta de Juan de la Cuesta en Madrid en diciembre de 1604, sale antes del verano siguiente un importante cargamento para las Indias (300 ejemplares a Nueva España y un centenar más a Cartagena de Indias); al

⁹ C. Fuentes, *El espejo enterrado*.

rebufo del éxito, inmediatamente se publican dos impresiones piratas; nuevas ediciones se harán en 1605, en Madrid, de 1800 ejemplares, y en Lisboa; en 1607, se edita en Bruselas y, en 1617, en Barcelona. Por otra parte, el desarrollo empresarial del nuevo ingenio es espectacular, como acredita, por ejemplo, el dato de que la primera imprenta en Venecia se estableció en el año 1469 y que en el año 1500 el número de imprentas ¡era de 417! Valgan estos escarceos para descubrir, en embrión, un característico orden de cuestiones y de problemas recurrentes de la nueva forma de creación y producción cultural, como son la difusión masiva de las ideas a causa de la facilidad de reproducción de las obras y de circulación en el espacio y en el tiempo, la protección de la intimidad y de la propia imagen y el plagio y la usurpación de la autoría.

El caso es que tras quinientos años de existencia del libro impreso, como medio “industrial” privilegiado de creación y transmisión de la cultura, surgirían otras poderosas tecnologías aplicadas a la comunicación que traen el cine, la radio, la televisión, el disco, el audiovisual y el multimedia, Internet... Pero la innovación no está ahora en el modo de producción sino en los nuevos objetos de expresión que se incorporan a ese modo de producción industrial (música, cine, audiovisual...) y en las condiciones y nuevas características en las que se va a desenvolver el proceso: la enorme concentración empresarial en inmensas megacorporaciones que programan su oferta para todo el planeta, la transterritorialización empresarial, la tendencia a la concentración oligopolística...

¿Qué es lo que origina estas innovaciones? Hay, antes de nada, una causa tecnológica, el desarrollo de nuevas invenciones técnicas (fotografía, cine, grabación sonora...) con una altísima potencialidad de reproducción de la creación original y que, en los últimos años, reciben un nuevo impulso con la irrupción de las tecnologías digitales y de la gran red de comunicación que es Internet, factores que tienden a dotar a estos productos y servicios de unas características hace poco inimaginables: la particular levedad del soporte (los soportes tradicionales –celuloide, papel, disco...– convergen hacia un flujo electrónico de *bits* caracterizado por su inmaterialidad física); la tendencia al entreveramiento de las autorías, de los medios y de los géneros; la fácil reproductibilidad y la seguridad de que las copias no se diferencian de los originales; y la concentración del coste de producción, en una manifestación radical de las economías de escala, en la primera unidad producida y la tendencia al coste cero del coste marginal de toda nueva unidad. Estas características, llegadas, por otra parte, de súbito sin margen para su digestión reposada, alteran la realidad tomada en cuenta por la legislación tradicional de

protección de los derechos de los creadores y asimismo añaden más mimbres a la ya de por sí fuerte especificidad teórica de la economía de la cultura.

2. La liberalización del comercio internacional. Hacia un librecambismo de nuevo cuño y sin retorno

Pero sólo con los elementos anteriores no podría entenderse la situación presente. Desde la perspectiva económica hay, en efecto, un factor que anticipábamos en la introducción –la liberalización del comercio internacional– que ha arrastrado unas consecuencias trascendentales en la conformación actual de las industrias culturales. Su impacto en la cultura es enorme, pues esta liberalización ha venido a recomponer el orden precedente de la producción y distribución cultural en tanto toma como espacio de mercado el planeta entero y ha generado un proceso, sin precedentes en la historia, de acumulación y concentración empresarial que modifica profundamente el equilibrio entre quienes crean, producen, comercializan y consumen los bienes culturales.

Para ser rigurosos, debe recordarse que el librecambismo no es un invento del siglo XX¹⁰. Algunos economistas clásicos como David Ricardo y Mill ya habían preconizado, en el siglo XVIII, las ventajas para la productividad y la riqueza de las naciones que hacía posible la especialización internacional (teoría de los costes comparativos), así como para la cooperación entre las naciones y para la libertad de los individuos. El país que se incorporó antes y con más fe a esta doctrina económica en el siglo XIX fue Gran Bretaña, aunque no sin dificultades internas a causa de la oposición de su electorado rural al librecambismo; fruto de estas resistencias sería la promulgación, en 1815, de las *Corn Laws*, un conjunto de leyes proteccionistas de la producción del cereal que serían el objeto de disputa hasta su abolición en 1846. Al abrigo de la estela de Gran Bretaña, otros países europeos, con diferentes grados de convencimiento, iniciarán, también en el siglo XIX, políticas de derribo de sus barreras proteccionistas. Francia será más renuente a instaurar una política de libre cambio, que no adquirirá carta de naturaleza sino vencida ya a la mitad del siglo XIX con la firma, en 1860, del Tratado de

¹⁰ Una elaborada síntesis sobre la historia de la liberalización del comercio internacional y que se toma especialmente en cuenta en la exposición que hacemos, puede encontrarse en Michel Rainielli, *L'Organisation mondiale du commerce*, Repères, La Decouverte, Paris, 2000.

libre cambio con Gran Bretaña. A iniciativa del Estado de Prusia, se aprobarán en 1833 una serie de medidas aduaneras que traerán una real zona de libre cambio alemana frente a terceros países (el *Zollverein*). Pero las crisis económicas de finales del siglo XIX y, de forma especial, la crisis de 1929, ofrecerán un clima favorable para el reverdecimiento de las viejas tesis proteccionistas, cuyo momento álgido se alcanza en el periodo de entreguerras. La propia Gran Bretaña romperá con su tradición librecambista, en 1932, con la introducción de derechos de aduanas, de hasta un 33%, sobre los productos manufacturados. Estados Unidos, campeón después del librecambismo, en 1930 adoptará desmesurados derechos de aduana de hasta un 90% (tarifa Smoot-Hawley) para numerosos productos industriales. Francia, en 1931, “inventa” la técnica de las cuotas de importación, que tendrá gran éxito y será emulada por numerosos países. En definitiva, las doctrinas proteccionistas de Hamilton, List y Wagner conocieron una nueva primavera en este periodo.

Ahora bien, esta situación durará poco: el fin de la Segunda Guerra Mundial inaugurará la etapa más intensa y de onda más larga (pues llega hasta hoy y bien parece que, por primera vez en la historia, estamos ante una situación sin regresión posible) a favor de la liberalización del comercio internacional.

La columna vertebral de esta nueva etapa será en el GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), que sería adoptado en 1947¹¹. Pero no estamos ya ante un episodio más de los precedentes ires y venires proteccionistas y librecambistas. El contexto en el que nace el GATT refleja cambios decisivos. En efecto, con los acuerdos de Breton Woods, en 1944, se inicia un proceso de creación de instituciones globales para la economía, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, entre las que el GATT sería una derivación de ese proceso. Así lo expuso el presidente Roosevelt cuando en 1945, al fijar la nueva posición de los Estados Unidos, se refirió explícitamente a la necesidad de completar los acuerdos de Breton Woods con la creación de un organismo para impulsar el libre comercio, propuesta que será acogida por la recién nacida ONU, que puso en marcha los trabajos para la creación de una Organización Internacional del Comercio como organismo especializado de aquélla. La Carta constitutiva de este organismo fue objeto de negociación en La Habana, en 1948, pero paradójicamente –el país impulsor sería el que al

¹¹ Sobre la organización económica del comercio internacional, aparte de la aportación de Rainielli, ya citada, pueden consultarse asimismo las obras de Sara González Fernández, *Organización Económica Internacional. Relaciones y organismos fundamentales*, Ed. Pirámide, Madrid, 2002 y Monserrat Millet, *La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC*, Servicio de Estudios, La Caixa, Barcelona, 2001.

final impediría su aprobación— no llegaría a ser ratificada, debido a un problema político interno de EE UU, el desacuerdo entre el Presidente y el Congreso, políticamente enfrentados en aquel momento, en torno a las competencias que se derivaban de la Carta. De hecho, la OMC que se crea después en 1994 no hace sino retomar el proyecto encallado en 1947, aunque en este momento, es importante advertirlo, fuera del sistema de las Naciones Unidas.

A pesar del fracaso del proyecto de la OIC, esas iniciativas dejarían otro fruto de enorme eficacia, un acuerdo general sobre las tarifas aduaneras y el comercio, que se aprobaría en Ginebra en octubre de 1947 por las veintitrés naciones participantes en su negociación. Si bien el GATT no es sino un tratado multilateral —se convertirá en un organismo especializado con la creación de la OMC— se ha revelado como un sistema jurídico funcional de una eficacia inesperada. Este sistema descansa básicamente sobre dos reglas de no discriminación que los países signatarios se comprometen a otorgar a los bienes importados: el principio de tratamiento nacional y el principio de nación más favorecida (NPF).

El principio de tratamiento nacional y de acceso al mercado, enunciado en el artículo III del GATT, prohíbe toda medida discriminatoria entre los productos nacionales y los importados y establece la exigencia de “comercio leal” (*fair trade*). Los bienes importados son acreedores a un trato igual que el de los propios y, en el caso de que los productos nacionales recibieran subvenciones o ayudas públicas, los productos extranjeros de igual naturaleza deberían ser beneficiarios igualmente de dichas ayudas. El artículo XVII del Tratado determina claramente que cualquier operador extranjero que distribuya sus productos en un Estado signatario del GATT tiene derecho a disfrutar de la misma financiación pública que las empresas nacionales, incluso hasta tratándose de un servicio público.

A su vez, el principio de nación más favorecida (NPF), sancionado en el artículo I del Tratado, obliga a que los países no puedan de entrada establecer discriminación alguna entre sus contrapartes comerciales, lo que significa que en el caso de que acuerden otorgar una ventaja determinada a un importador, este tratamiento ha de extenderse a los demás importadores, que quedan igualados en la condición de parte “más favorecida”. La gran virtualidad de esta cláusula consiste en que las medidas privilegiadas que se puedan acordar en un marco de relaciones bilaterales, automáticamente se transforman en medidas multilaterales.

Pero el GATT posee otra característica que hace de este Tratado un instrumento de una eficacia extraordinaria en pro de la liberalización del comercio internacional y es que está concebido no como un punto de llegada sino como un acuerdo dinámico, como un “tratado proceso” (de “forum permanente” ha sido calificado), orientado a seguir ampliando continuamente los compromisos de libre comercio adquiridos por los Estados parte. De hecho, no cabe el retorno sobre los compromisos asumidos. Una vez se forma parte de su sistema, como dice el cuento popular, se ha entrado en el reino de “irás, pero no volverás”. Esto es el resultado de las presiones y retorsiones que amenazan a los países que se planteen retroceder sobre las mercancías cuyo comercio les interesa porque les resulta favorable. Por otra parte, al servicio de este proceso el Tratado dispone de un método específico, las llamadas “rondas de negociación” o ciclos de negociación comerciales multilaterales (NCM) que, hasta el año 1986, en el que se inicia la Ronda de Uruguay, ha dado lugar a los siguientes encuentros: Ginebra (1947), Annecy (1949), Turquía (1951), Dillon Round (1960-1961); Kennedy Round (1964-1967) y Tokio Round (1973-1979). En la Ronda de Uruguay (1986-1994) se creará la OMC, bajo cuyo paraguas se promoverán la fracasada Millenium Round (Seattle, 1999) y la actual ronda en marcha, la Ronda de Doha, iniciada en noviembre de 2001.

Por último, el GATT ha demostrado asimismo una notable capacidad evolutiva y adaptativa. De acuerdo con la explicación de Rainielli¹², del análisis de las Rondas de negociación se desprenden distintas etapas. Así, en la primera (Ginebra, Annecy y Turquía) las negociaciones se realizan producto a producto en un marco bilateral y a la cláusula de nación más favorecida le corresponderá a continuación generalizar el acuerdo. Los límites constatados en este método y los resultados modestos conseguidos llevarán a que, en 1960, en la Dillon Round (nombre del entonces Secretario norteamericano del Tesoro) se ensaye otra fórmula que se toma de la CEE, entonces en construcción. Éste consiste no ya en la búsqueda de rebajas máximas de las tarifas aduaneras sino en, como hace la CEE, buscar una rebaja común de los derechos de aduana calculada como el promedio aritmético de las tasas relativas al conjunto de los productos. La Kennedy Round, iniciada en 1964 y finalizada en 1967, se hace cargo del cambio de los equilibrios económicos que se ha producido en el comercio mundial. La CEE se ha convertido en el primer exportador mundial, el 24,6 %, del total, mientras que EE UU y Canadá sólo alcanzan el 18,8 %. EE UU hace valer su interés introduciendo un giro fundamental en la estrategia negociadora, consistente en el paso de una actitud defensiva (proteger a los productores

¹² Un desarrollo más amplio de las etapas que expone Rainielli puede consultarse en *op. cit.*, págs. 52 a 96.

americanos frente a la concurrencia extranjera) a otra marcadamente ofensiva (abrir los mercados extranjeros a los exportadores norteamericanos).

Si bien se había acordado abrir la Tokio Round en 1973, esta nueva ronda no se desarrolló efectivamente sino entre los años 1977 y 1979, debido a determinadas circunstancias entre las que se encuentra el despolvamiento de las tesis proteccionistas que alienta la crisis del petróleo en el año 1974. Este ciclo implica ya a 99 países, entre los que hacen acto de presencia los países en desarrollo con la exigencia de que se tome en cuenta su realidad particular en las negociaciones. Esta ronda se desarrolla de acuerdo con un sistema diversificado de grupos y subgrupos de trabajo y se cierra con la redacción de nueve acuerdos específicos (sobre barreras técnicas al comercio, los mercados públicos, las subvenciones, el comercio de la carne, el comercio de la leche, la evaluación en aduana, las licencias de importación, el comercio de aeronaves civiles y las prácticas antidumping) que podían ser ratificados de forma separada por los países miembros. Sin embargo, el estatuto que se recoge para los países en vías de desarrollo resulta altamente vago y ambiguo.

El balance de los treinta años transcurridos desde la adopción del GATT en 1947 resulta, en definitiva, altamente positivo para la liberalización del comercio internacional en general y, de forma particular, para la reducción de los derechos de aduana.

En este contexto llega el octavo ciclo, la llamada Ronda de Uruguay, que inauguraré el encuentro más complejo y ambicioso de las negociaciones seguidas y que tiene lugar entre los años 1986 y 1995. Su trascendencia es fácil de comprender a partir de los datos siguientes: en ella participan 120 naciones; se amplía el objeto de la liberalización comercial de las “mercancías” (Tratado GATT) a los “servicios” (Tratado GATS); nace una nueva criatura institucional, la Organización Mundial del Comercio (OMC), se retoma el asunto de la liberalización de la agricultura, que había quedado paralizada en 1955, pero, sobre todo, se da un pisotón neoliberal en el acelerador de la liberalización del comercio internacional.

En lo que se refiere a la negociación de las mercancías, los resultados globales en esta Ronda fueron notables, pues los derechos de aduana medios para el conjunto de los países industriales descienden del 6,3% al 3,9%. Una novedad es la incorporación de un nuevo asunto, los derechos de propiedad intelectual (EE UU manifestó un especial interés en asegurar unas garantías mínimas en los países a fin de evitar los perjuicios que le ocasionaban las

reproducciones ilícitas, pero en esas garantías no se incluye el contenido moral del derecho de autor), que fueron objeto de acuerdos específicos, los llamados ADPIC. Sin embargo, en este capítulo de las mercancías la agricultura generaría un gran conflicto en varias direcciones. Por un lado, entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo –para los que las políticas agrícolas proteccionistas europeas y norteamericanas eran expresión de la hipocresía de los grandes: liberalizo lo que me da ventaja, pero no lo que me perjudica– y, por otro lado, entre la CEE y los EE UU, que polarizaría los debates y provocaría el desarrollo de una negociación bilateral paralela a la Ronda de Uruguay entre ambas partes, como, de hecho, fue el acuerdo *Blair House* de noviembre de 1992.

El otro gran tema de la Ronda de Uruguay son los “servicios”, pues, por primera vez, su circulación internacional será puesta sobre la mesa de la liberalización. En 1986 la economía había cambiado significativamente (los servicios poseían en ese momento un peso económico que no tenían en 1947) e igualmente se había modificado la consideración que de ellos se hacía en tanto objeto de comercio internacional (pues ya se deja de pensar que, por su naturaleza, los servicios no eran aptos para circular fuera de las fronteras nacionales). Como resulta evidente, el conflicto estaba servido, pues, una vez más, los intereses de los países desarrollados (grandes potencias económicas en los servicios: EE UU, los países europeos y Japón) chocaban con los de los países en vías de desarrollo. Y, en el asunto que aquí nos ocupa, la liberalización del comercio de los servicios provocará otro encontronazo entre los Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea, en relación con un tema que inicialmente pasó desapercibido para muchos Estados, pero que, a lo largo de la Ronda, actuando Francia como locomotora, terminaría por polarizar dos cosmovisiones económico-culturales a través de la batalla de la “excepción cultural”. Henos, pues, ante el tema central del informe.

Por último, la Ronda de Uruguay dejará otro resultado de gran trascendencia, el nacimiento de la Organización Mundial del Comercio, cuyo Tratado de creación se concluye el 15 de abril de 1994 en la ciudad de Marrakesh. Este organismo viene a consumir, casi cuarenta años más tarde, la primera aspiración con la que se puso en marcha el ambicioso proceso de liberalización: la creación de un organismo permanente para el de las relaciones culturales internacionales, en el que los Estados dejan de ser “partes” de un tratado y pasan a ser “miembros” del organismo. Dotado de personalidad jurídica, tiene como órgano supremo de gobierno una Conferencia General, que se reúne cada dos años, siendo gobernado en el ínterim por el Consejo General, al que corresponde nombrar al Director

General y del que dependen tres Consejos del Comercio (de mercancías, de servicios y de propiedad intelectual). Decide por consenso y en él la UE dispone de tantos votos como Estados miembros suyos están incorporados a la OMC. Un elemento importante del sistema es la existencia de un Órgano de Solución de Diferencias (OSC) que cumple la función de jurisdicción suprema de la OMC.

Junto al tratado de creación de la OMC, la Ronda de Uruguay dejará, en lo que a lo jurídico se refiere, otros tres Tratados: el tratado modificado del GATT para las mercancías, el Tratado del GATS para los servicios, y el acuerdo relativo a los ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual que afectan al comercio). Por otra parte, metodológicamente, la aportación de esta Ronda es haber pasado de una fórmula de negociación temporalizada (los ciclos) a un sistema de contenidos (negociaciones temáticas).

Logrado un alto éxito en la liberalización del comercio internacional en los productos y en los servicios, el neoliberalismo agresivo de la década de los noventa se plantea una nueva cota, enfilando hacia otro gran objeto, la liberalización de las inversiones, que debía concretarse en la adopción de un nuevo Tratado, el llamado acuerdo AMI (Acuerdo Multilateral sobre Inversiones). Tras una iniciativa frustrada en 1998, en el seno de la OCDE, a causa de la firme oposición de Francia, este proyecto será incorporado al orden del día de la llamada Millenium Round, celebrada en Seattle en el año 1999. Este proyecto AMI constituye la cima de la euforia y el ensoñamiento neoliberal de los noventa por la radicalidad de sus pretensiones, que iban mucho más lejos de lo pretendido con el GATT y el GATS: la imposición absoluta del principio de tratamiento nacional a favor de las inversiones internacionales, la inclusión de todos los dominios, sin listas específicas, salvo lo referente a la seguridad nacional y al orden público y la inclusión de una cláusula de irreversibilidad, que llevaba indefectiblemente al desmantelamiento de todas las medidas nacionales de regulación pública. Pero sus impulsores no contaron con la aparición en escena de un actor nuevo. La fuerte movilización de los grupos anti-globalización que se dieron cita en la ciudad americana arrumbó la Millenium Round, que fue suspendida sin ni siquiera poder celebrar la ceremonia de inauguración y sin que se llegara a adoptar acuerdo alguno. Allí las corporaciones multinacionales chocaron con la democracia de base.

En el momento actual se encuentra en marcha una nueva ronda de negociación iniciada en noviembre de 2001 en la ciudad de Doha (Qatar)¹³ y que, según las previsiones iniciales, debería haber finalizado en diciembre de 2004. Sin embargo, en el momento presente no existe previsión sobre su finalización (hay países que manifiestan su deseo de cerrarla en la Conferencia que tendrá lugar a finales de 2005 en Hong Kong, pero es posible que haya que prolongarla hasta el 2007) debido a las graves dificultades surgidas en la quinta conferencia interministerial, celebrada en septiembre de 2003 en Cancún. La fuerte contestación de los países del Tercer Mundo, en la reunión de Méjico, ante la negativa de los países ricos a negociar el levantamiento las enormes protecciones de sus agriculturas –el ámbito económico donde la liberalización podría traer más beneficios para los países en desarrollo–, aparte de otros conflictos, llevaron a un resultado final desastroso, al “fiasco” de Cancún. Una nueva reunión celebrada en Ginebra en agosto de 2004 ha permitido (tras la aceptación por los EE UU y la UE, aunque con la oposición de Francia, de una tímida apertura a la liberalización de los productos agrícolas, pues se ha acordado negociar la fijación de “una fecha límite para eliminar las subvenciones agrícolas”), según las palabras del Comisario europeo del comercio, Pascal Lamy, “resucitar” el sistema multilateral del comercio, ya que “en Cancún, el ciclo de Doha acabó en cuidados intensivos”. Nada nuevo, pues, en la trayectoria de la OMC y del sistema GATT, que se ve atrapado en la gran hipocresía de ser un sistema generador de gran riqueza, pero sobre todo para los ya más ricos. Los escollos crecientes están provocando un cambio de estrategia de los grandes, consistente en la intensificación de los acuerdos bilaterales de librecomercio, fundamentalmente con países del Tercer Mundo, dada la mayor capacidad, en estas relaciones “vis a vis”, de persuadirlos a abrir sus fronteras al comercio. ¿Qué ocurrirá en adelante? Los graves desastres en Seattle y Cancún de un organismo que decide en nombre del mundo, pero que se tiene que reunir cada vez más clandestinamente, a pesar de sus constantes énfasis en la transparencia, y la transformación que se está produciendo en su seno, por la que los países en desarrollo –liderados por el grupo G-20– plantean exigencias de justicia en la liberalización del comercio y por la que EE UU se ve cada vez más sujeto a demandas ante los órganos de la OMC, generan un horizonte incierto. En el Congreso de EE UU ya se han oído voces, y hasta amenazas de retirada, contra una organización a la que se acusa de haberse convertido –¿ironía o cinismo de las palabras?– en “una ONU del comercio”, pues “numerosos miembros están exasperados por la lluvia de condenas

¹³ Sobre los objetivos de la nueva ronda de Doha, puede verse la Declaración ministerial de la OMC adoptada el 14 de noviembre de 2001 (www.wto.org/spanish/thewto_s/min01_s/mindecl_s.htm).

infligidas recientemente a Estados Unidos por el Órgano de Solución de Controversias (ORD)”¹⁴.

3. El GATT, el GATS y los bienes y servicios culturales

¿Cómo quedan los bienes y servicios culturales en este nuevo sistema de comercio?

Aunque este asunto se desarrollará con detenimiento más adelante, conviene adelantar ahora una breve explicación; y, para responder la pregunta, es preciso analizar separadamente los dos instrumentos, el GATT y el GATS, dado que la situación es distinta.

El Tratado del GATT de 1947 no incluye referencias a la cultura en general. Pero en su articulado sí contempla dos sectores concretos, el del cine y el del patrimonio cultural, a los que confiere un régimen particular.

El sector del cine fue beneficiario de un tratamiento específico, de una excepción expresa en el artículo III, párrafo 10, al principio de tratamiento nacional. Este artículo autoriza a los Estados a mantener reglamentaciones cuantitativas internas en relación con la difusión de las películas cinematográficas y, de acuerdo con el artículo IV, las partes contratantes pueden establecer cuotas de pantalla, es decir, la exigencia de que las películas nacionales tengan asegurada una determinada proporción de difusión frente a las películas de origen exterior. No obstante, las ayudas al cine reciben un tratamiento poco preciso en el Tratado. El artículo XI formula las excepciones a la regla general de supresión de toda restricción cuantitativa y no cita el audiovisual, de lo que se desprende que cualquier otra medida restrictiva está también prohibida; a pesar de ello, no queriéndose agravar las consecuencias restrictivas de este artículo, se ha querido defender que las ayudas al cine deberían considerarse autorizadas a condición de que no adopten la forma de restricciones cuantitativas a las importaciones. Tampoco ofrece un balance positivo, entre las “cláusulas de salvaguardia” contenidas en artículo XIX, la que autoriza la aplicación de medidas de restricción cuantitativa “en caso de peligro grave para los productores

¹⁴ *Le Monde*, 8 de diciembre de 2004.

nacionales” derivado de la liberalización del mercado, debido a las especiales dificultades de justificación que plantea por mor de la especial naturaleza del cine como mercancía.

Pese a lo anterior, el Tratado de 1947 contiene, en el artículo XX, una excepción general en relación con los “tesoros nacionales” portadores de valor artístico, histórico o arqueológico, autorizándose a los Estados a adoptar medidas de protección.

Entremos ahora en el análisis del GATS. La posición ante lo cultural en este nuevo Tratado, adoptado en la Ronda de Uruguay, en 1994, aún admitiendo los claroscuros del tratado del GATT, es muy favorable. Si bien la negociación del status jurídico del cine en el tratado anterior no había presentado dificultades especiales, la propuesta norteamericana realizada en esta nueva ronda para la liberalización del audiovisual generaría un grave conflicto. EE UU tenía como objetivo máximo la inclusión plena del audiovisual, mientras que, en la UE, Francia y otros países propugnaban la exclusión total; una postura más contemporizadora era la sostenida por el entonces Comisario de Comercio Europeo y jefe de la misión europea negociadora, el británico Leon Brittan, que pretendía la inclusión de la cultura y del audiovisual, pero preservando su especificidad mediante reglas particulares. La solución final no se atiene a ninguna de estas propuestas, pues los servicios de la cultura se incorporan al GATS (no se olvide que éste era el objetivo de mínimos de EE UU), a cambio de que Europa no asumiera ningún compromiso respecto al libre acceso a su mercado interno, lo que le permitía seguir protegiendo su producción nacional e incluso la adopción de medidas que pudieran resultar discriminatorias para las producciones extranjeras, pero éstas habían de desaparecer en el plazo máximo de diez años ¹⁵

Europa valoró esta decisión como una victoria, como la victoria de la “excepción cultural”. Esta expresión hoy es para una buena parte del sector del cine europeo un grito de combate frente a la americanización de la cultura, pero esa sobrecarga ideológica no debe hacernos olvidar que el concepto de “excepción” no es un concepto del lenguaje de la cultura sino un concepto del propio lenguaje de los Tratados, presente en el artículo XX del GATT, que referíamos más arriba, y en el artículo XIV del GATS. Dichas excepciones cumplen la función de dejar fuera del sistema del libre comercio determinados bienes y servicios relacionados con la salud, la seguridad, el orden público..., entre los que los negociadores europeos pretendieron que se nombrara la cultura. De hecho la “solución” a la que se llegó –momentánea,

¹⁵ L. Bonet, *La excepción cultural*, Real Instituto Elcano.

pues lo que realmente se ha hecho es ganar tiempo pero no cerrar el conflicto—no asegura de forma definitiva la exclusión del audiovisual en el GATS. Los sucesos posteriores lo confirman bien, pues no han faltado países (EE UU, en el 2000; Brasil y Suiza, en el 2001) que han declarado su voluntad de comprometerse.¹⁶ No obstante, en justicia, tampoco se debe minusvalorar lo alcanzado. Dado que, a diferencia del GATT de 1947, el GATS no contiene una obligación general de tratamiento nacional en el propio tratado —esta obligación debe ser expresamente asumida por los Estados, junto a la obligación de acceso al mercado, en cada compromiso asumido— el resultado práctico de esta “no oferta” de compromisos sobre el audiovisual por los Estados tiene temporalmente efectos análogos a los de una excepción. En lo que atañe a las subvenciones a los servicios, el GATS tampoco contiene reglas específicas, lo que deja las cosas en un terreno ambiguo. En tal sentido se ha defendido la conveniencia de una reglamentación general de las subvenciones o, alternativamente, de reglamentaciones específicas para los servicios relacionados con la cultura.

La cuestión de la excepción cultural deberá ser abordada en algún momento del actual ciclo de Doha, pues, aparte de la agricultura, el otro gran asunto objeto de negociación para la liberalización es el de los servicios. No obstante, quizás como ya ocurrió en la Ronda de Uruguay, es de prever que el conflicto se haga explícito en un momento tardío del ciclo negociador. No está la negociación de Doha, como hemos expuesto, para echar nueva leña al fuego.

4. La consecuencia de la globalización cultural: ¿norteamericanización de la cultura?

La mundialización o, siendo consecuentes con la propuesta conceptual que hacíamos más arriba, la globalización, en lo que atañe a las industrias culturales, viene marcada por un extremo desequilibrio entre países productores y países consumidores de los bienes culturales, desequilibrio que es abismal en el caso de los productos y servicios audiovisuales y cinematográficos. Esta situación se ha resumido en una breve expresión, la de “americanización de la cultura” que, más allá de su función descriptiva,

¹⁶ Comunicación de los EE.UU., de 18 de diciembre de 2000 (S/CSS/W/21), de Suiza, de 4 de mayo de 2001 (S/ CSS/W/74), y de Brasil, de 9 de julio de 2001 (S/CSS/W/99), que pueden consultarse en www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/s_propnewnegs_e.htm

se ha transformado en un eslogan que funciona como el epíteto crítico de una determinada situación cultural de nuestro tiempo: ¿Qué es y qué tiene de cierto esa americanización?

Sin duda, es una ley en el devenir de la historia la existencia de grandes procesos de difusión cultural –que modificaron profundamente la diversidad cultural preexistente– como, por citar alguno, lo fueron la romanización o la “europeización” de América como consecuencia del Descubrimiento. Si bien desbordaría el objeto de esta reflexión detenernos a hurgar en las características de estos procesos, los invocamos para comprender mejor lo que ahora sucede, pues si, como advertíamos, la mundialización no es de ahora, no por ello se puede ignorar que la mundialización presente encierra para la humanidad grandes oportunidades pero asimismo amenazas de magnitud inusitada.

Esa duplicidad de direcciones debe quedar clara. La mundialización no es en sí perversa, como a veces se pretende sostener. Es, antes bien, un proceso de una enorme complejidad y fuertemente polar, por los enormes factores de progreso, pero a la vez por los reales factores negativos –de pérdida de otros progresos precedentes– de los que es portadora. La mundialización no es, por lo pronto, un proceso lineal sino un movimiento en “zig-zag” y en múltiples direcciones y, en ella, no se pueden dejar de reconocer *prima facie* factores altamente positivos, en tanto movimiento que lleva al ser humano desde su condición de especie biológica unitaria –éste es el dato de partida indiscutible– a *homo universalis* –lo que es una construcción social, política y cultural que se inició ya en el mismo momento en que apareció en la tierra–, como resultado de un proceso complejo de creación de lazos, intercambios, referentes y valores comunes, en definitiva, de universos simbólicos. Martín Barbero describe en términos muy claros esta visión encrucijada de la mundialización en relación con la comunicación cultural: “Pensada como elemento constitutivo de la mundialización cultural, la comunicación entrelaza un doble movimiento de perversiones y oportunidades. La primera perversión proviene de la conformación de *megacorporaciones globales* cuya concentración económica se traduce en un poder cada día más inatajable de fusión de los dos componentes estratégicos de la comunicación, los vehículos y los contenidos, con la consiguiente capacidad de control de la opinión pública mundial y la imposición de moldes estéticos cada día más ‘baratos’. La segunda perversión es la que han introducido los acontecimientos del ‘11 S’ enrareciendo de controles y amenazas las libertades de información y expresión hasta el punto de poner en serios riesgos los más elementales derechos civiles. Pero la comunicación aparece también como encrucijada de

dos estratégicas oportunidades: primera, la que abre la digitalización posibilitando la puesta en un *lenguaje común* de datos, textos, sonidos, imágenes, vídeos, que viene a desmontar la hegemonía racionalista del dualismo que hasta ahora oponía lo inteligible a lo sensible, la razón a la imaginación, la ciencia al arte, y también la cultura a la técnica o el libro a los medios audiovisuales. Y segunda, la configuración de *embriones de un nuevo espacio público y una nueva ciudadanía* movilizados por una enorme pluralidad de actores sociales, movimientos y medios comunitarios cuyas redes permiten avizorar *nuevas culturas políticas* capaces de hacerse cargo de la *cultura-mundo*. ¡Atención!, la mundialización no está conformando UNA cultura global sino rehaciendo las condiciones de existencia y ejercicio cotidiano de las culturas, tanto de las nacionales como las locales. Lo que no quiere decir que no haya dimensiones de la vida que estén siendo hegemonizadas por las imágenes y los imaginarios de las grandes industrias culturales...”.

Quede indubitablemente claro el lado positivo de la mundialización, porque no reconocerlo, como a menudo se quiere hacer, es incurrir en el craso error, plásticamente expresado por el dicho popular, de que cuando se critica aquélla “al tirar el agua sucia de la bañera se nos vaya también el propio niño”.

Pero las amenazas no son menos ciertas y han hecho ya acto de presencia en nuestra vida cotidiana. Una encuesta elaborada por la UNESCO en el año 1999 nos daba algunos macrodatos de la situación: de 185 países analizados, 88 nunca habían producido película alguna (“¿significa ésto que 465 millones de personas –decía el informe– no podrán ver su imagen reflejada?”); Europa había importado 6.000 títulos de películas, mientras que había producido menos de 500; África importó más de 2.800 películas y su producción se limitó a 42 títulos¹⁷. Poniendo nombres y apellidos a este desequilibrio, el hecho es que EE UU llena más de un 90% de la cuota de pantalla del mundo, mientras que en sus propias salas el cine europeo apenas alcanza el 3% y cuotas decimales –y muchos países ni siquiera son acreedores a este pequeño honor– del cine de otros lugares del mundo. He aquí, pues, una justificación que autorizaría la utilización de la etiqueta “americanización de la cultura”

Sin embargo, el problema no es sólo de desequilibrio de mercado, por radical que sea (por cierto, ¿qué no haría EE UU en el caso de que la situación fuera la inversa?), porque hay otra dimensión fundamental. ¿Cuál es? Parafraseando una expresión del gusto de los economistas, podríamos decir:

¹⁷ www.unesco.org/industries/cinema.

¡es la cultura, idiota! El asunto, en efecto, es el desequilibrio extremo en las oportunidades de la mayor parte de los seres y grupos humanos para ver reflejados en la pantalla sus sueños, sus mitos, sus representaciones del mundo, porque hoy el cine, el audiovisual y las demás industrias culturales son instrumentos fundamentales de expresión de la creatividad y de la experiencia cultural de los individuos y de los grupos. El desequilibrio comercial es brutal, pero el simbólico también lo es porque, a diferencia de lo que ocurre en otros bienes y productos que se comercian internacionalmente, en el intercambio cultural se produce, como valor añadido, una plusvalía simbólica para quien domina dicho intercambio. En efecto –y esto sí es nuevo y decisivo en la actual globalización– nunca había existido en el mundo un centro como el que hoy existe con esa inmensa capacidad de difundir modos de vida, sueños, valores y, en una palabra, ideología. Hablamos de dos grandes poderes: del poder económico pero también del efficacísimo –dado que penetra en el tuétano de nuestras sociedades– *soft power* de la dominación cultural, en nada menos importante que el primero.

Kapuscinski detecta magistralmente el *punctus dolens* de la nueva situación cuando nos recuerda que la noción de ‘globalización’ se confunde a veces con la lucha que libran las corporaciones internacionales por el acceso a los mercados, por la máxima libertad posible del flujo de capitales y productos por encima de los Estados y las regiones, pero advierte que esta interpretación económica es demasiado estrecha y superficial: “El problema es que la noción de ‘globalización’ comprende también elementos culturales, que tratan de transformar la cultura en un mercado más. Como, de acuerdo con la ideología de la globalización, todo depende de las leyes del mercado, se tiende a conseguir que esas mismas leyes rijan en la esfera de la cultura. Es una propuesta que introduce nuevos criterios de valoración. Nadie pregunta ya si un determinado libro es bueno o malo, porque lo único que interesa es si es un éxito o no. Nadie pregunta si una película tiene valor artístico, sino cuántos espectadores la vieron y cuánto dinero dejó en las taquillas. Todos aplicamos en algún momento esos criterios, sin darnos cuenta muchas veces de sus consecuencias para el sentido y el lugar de la cultura en la vida del ser humano”¹⁸.

Pero el escritor polaco no termina aquí su reflexión, sino que la prolonga refiriéndose a las dos grandes bifurcaciones de la cultura en el mundo actual, la anglosajona -básicamente norteamericana- y la europea: “Simplificando las ideas podemos decir que en la tradición norteamericana las obras culturales son producto del trabajo humano. El valor de ese trabajo es

¹⁸ Ryszard Kapuscinski, “El mundo global en cada aldea”, *EL PAÍS*, 28 de enero de 2001.

establecido por aquél que compra o no compra la obra. Mientras que la tradición europea veía en la obra cultural el producto de una inspiración, algo con contenido sagrado, y su valor mercantil tenía una importancia secundaria”.

Esta explicación es, sin duda, altamente esclarecedora, en tanto revela algo sutil, pero clave, y es que la propia concepción de la cultura en uno y otro lugar del Océano Atlántico tiene efectos sobre la función que el mercado cumple en relación con la cultura (en este momento desearíamos recordar cómo el “servicio público cultural” es una construcción europea desconocida en EE UU y que en Francia se vive como parte de la cultura francesa).

Mas, por el hecho de aceptar como cierto lo anterior, no querríamos dejar de advertir el peligro reduccionista implícito, en asuntos tan complejos como el presente, en estas clasificaciones binarias en términos de bien y de mal, que son el abono en el que florece el maniqueísmo. En aras del rigor, cuando menos es preciso reconocer que ni la cultura americana es sólo mercado ni la europea sólo cultura creación. En el seno de ambas están presentes las dos tendencias (¿es que de EE UU no vienen grandes creaciones culturales de altísima calidad?; ¿es que Europa no produce también cultura-basura similar a la de su vástago histórico, EE UU?), pero, éste es el nuevo matiz, lo cierto es que las dominantes se presentan invertidas en una y otra cultura. Esta crítica resulta fundamental, y la llevaremos a nuestras conclusiones, para entender que con la “excepción cultural” no basta, que la excepción no es una patente de corso –nuestras basuras europeas son buenas o son menos malas, porque son nuestras– que exima de una política cultural de estímulo de la calidad, de la cultura-creación frente a la cultura-mercado. Pero no querríamos cerrar todavía esta reflexión, ya que resulta imposible dejar de advertir asimismo –y he aquí otro límite de esta visión de la realidad cultural que ciega nuestros ojos en el contencioso europeo-americano– que el asunto de la diversidad cultural del mundo es algo más que Europa y Estados Unidos. ¿Es que América Latina, África, el mundo asiático... no son grandes realidades culturales con sus intereses legítimos en el concierto mundial? ¿Incluso no sería pertinente tomar en cuenta el eje cultural Norte-Sur?

5. El desafío: la preservación de la diversidad cultural y el pluralismo cultural mundial

“La humanidad se instala en el monocultivo: se dispone a producir civilización de masas, como la remolacha. De ordinario, será su único plato”. Esta reflexión de Levi-Strauss nos alerta ante el peligro de la monocultura. El mundo se enfrenta a un proceso de unas magnitudes desconocidas hasta ahora de homogeneización cultural que, como decíamos hace un momento, es motivo de alarma. La preservación de la diversidad cultural es el gran desafío de este momento. Ahora bien, ¿cuál es la diversidad que está en cuestión?

La pregunta es necesaria y no se debe obviar. Si aceptamos que éste es un gran desafío y estamos de acuerdo en que hemos de concentrar en él todos los esfuerzos, conviene hacerlo con la mayor claridad de criterio.

En esa indagación, la primera cosa es aclarar qué sea la diversidad, porque se trata de una palabra de contornos abiertos que, en su acepción ordinaria, alude a lo diferente, a lo distinto, sin más. Este sentido abierto y poco preciso no nos es útil, porque no es en cualquier diferencia donde se plantea el reto de la lucha contra la homogeneización, sino en determinadas diferencias, que vamos a llamar diferencias fuertes. Amparándose en esta acepción difusa, Jean Marie Messier afirmaba que de la diversidad ya cuidaba la multinacional que entonces presidía, Vivendi Universal. Sin perjuicio de que pensemos que dejar a las grandes corporaciones mediáticas la gestión de la diversidad es como encomendar a la zorra el cuidado de las gallinas, el entonces presidente de Vivendi no dejaba de tener cierto punto de razón y hasta podríamos concederle el beneficio de la duda y aceptar que sus palabras no fueran un ejercicio de cinismo, porque, en ese sentido amplio, diversidad hay en todo. Una “*major*” norteamericana también, a su modo, ofrece diversidad entre series televisivas de hoteles, de policías, de cruceros o de escuelas de baile. Una metáfora nos ayudará a entenderlo: ¿cuál es la diversidad que nos preocupa? ¿Es diversidad disponer de una habitación con un conjunto de ventanas que, al abrirlas, todas miran al mismo paisaje con la mínima diferencia del cambio de ángulo de visión o disponer de una habitación en la que cada ventana nos asoma a un paisaje distinto?

Otra acepción de la diversidad que suele aparecer a continuación en los diccionarios y de más interés ahora, es la que la define como abundancia de cosas. Este sentido más restringido nos sitúa en la pista de lo que puede ser un sentido fuerte de la diversidad, entendida así como abundancia o pluralidad de

expresiones culturales. No viene de más recordar que en la raíz latina de la palabra está la prefijo “*di*”, o “*dis*”, uno de cuyos sentidos es aumentativo –a su vez, el adjetivo “*dis*” significa rico– y que el *diversorium* era, en la lengua latina, la posada que recibe gentes de diferentes procedencias.

Son, en efecto, las grandes formas de expresión cultural diferenciada legadas por el devenir histórico de la especie humana, esas “formas irrepetibles de ser humanos” de los individuos y de los grupos que dijera Levi-Strauss, amenazadas ahora por un proceso uniformizador alógeno, las que constituyen el objeto de la reclamada acción de preservación. Estas expresiones culturales presentan hoy múltiples conformaciones que van desde lo mundial a lo supranacional, lo estatal, lo territorial y lo local y de lo étnico a las grandes áreas o espacios culturales y lingüísticos.

Pero ha de darse un paso conceptual más, aceptando que no es cada expresión cultural aislada lo que se ha de proteger. Siendo consecuentes con una visión global de la diversidad, el objeto protegido ha de ser el conjunto de la diversidad como patrimonio humano, ya que la mundialización ha de modificar también nuestros esquemas conceptuales y, en consecuencia, es preciso dejar atrás las precedentes visiones cerradas, las visiones “ghetto” de la diversidad. El propio concepto de diversidad se ha de mundializar. Esta lógica nos lleva a otra clave fundamental, que el objeto de la acción de preservación no puede ser el de congelar las diferencias culturales del mundo. El repliegue identitario no es una solución razonable, por cuanto dicha pretensión tiene de mutilación de las grandes posibilidades y de disfrute cultural que abre la mundialización; y ni siquiera sería una solución eficaz, ya que sólo sería cuestión de tiempo la caída de las trincheras ante el vendaval mundializador y las tecnologías electrónicas y del éter que convierten en inútiles y porosas las “aduanas” nacionales. Aparte, ese repliegue descansaría en una tesis errónea, ya que la diferencia cultural en la historia humana –como argumenta F. Barth¹⁹– es fruto de la interacción, el intercambio y la negociación antes que del aislamiento. Esta convicción se debe inscribir en las políticas públicas de la diversidad, mediante la no asunción de un concepto “cosificado” de la diversidad sino en la aceptación de ésta como un proceso esencialmente dinámico e imbricado. Situados en esta perspectiva, la preservación de la diversidad no es sino, para las políticas públicas, *la creación de las condiciones que hacen posible que todos los individuos y grupos humanos disfruten de oportunidades aceptablemente equitativas para el desarrollo de su singularidad cultural, de su identidad*, por otra parte, cada vez más polifónica y compleja. Condiciones que, a su vez, se concretan, en

¹⁹ Friedrik Barth, (comp.), *Los grupos étnicos y sus fronteras*, FCE, 1976.

primer lugar, en el propio reconocimiento de la diversidad como un hecho, pero, además, en la garantía efectiva de los poderes jurídicos -nos referimos a los derechos culturales- que convierten a los individuos y los grupos en actores protagonistas de su devenir cultural.

Aquí es, precisamente, donde se localiza el destrozo que produce la globalización aculturadora, por la que unos pocos “actores” jibarizan la diversidad y la reacomodan en los márgenes imponiendo unilateralmente, desde su posición hegemónica y de su control de la economía-mundo, la evolución cultural de los grupos humanos.

El mundo, sustentado hasta hace poco en la soberanía cultural de los Estados, había alcanzado a través de su acción cultural un equilibrio eficaz en la preservación de la diversidad. El Estado Contemporáneo ha sido una gran máquina de producción de identidad –como expresa E. Gellner, parafraseando a Weber, en su esencia se inscribe tanto más que el monopolio de la violencia legítima el de la “cultura legítima”–, que cumplía dos objetivos: uno simbólico, la búsqueda de un mito de pertenencia diferenciada, y otro comunicativo-funcional, la promoción de un sistema común de comunicación para la facilitación de las relaciones sociales y productivas de los múltiples grupos y fragmentos de población que, por su mayor dimensión, la nueva unidad política estatal viene a integrar.

Este proceso no fue siempre pacífico ni respondió a un patrón único, pero en él podría advertirse una fase más tardía que llega a nuestros días, en el que el afianzamiento de la unidad lingüística y cultural básica ha hecho posible, ya sin peligro para la vida en común, “soltar amarras” en pro de una pluralización cultural, étnica y territorial, en el seno de los Estados, desigualmente realizada, pero en todo caso claramente visible en las Constituciones de las últimas décadas. La instauración del principio de descentralización y el reconocimiento de un espacio público a favor de las minorías y de las comunidades culturalmente diferenciadas son la base del modelo de pluralismo cultural estatal.

He aquí otra clave imprescindible, *el concepto de pluralismo cultural*, para precisar la noción de diversidad, porque esta noción apela en sí a un dato de la realidad cultural y, por ello, quedarse en su reconocimiento sin otras medidas, no es sino más de lo mismo, reiterar el enfoque neoliberal formal. Sin embargo, el concepto de pluralismo cultural aporta una dimensión institucionalizada y pública del proyecto de preservación de la diversidad. Como afirma la Declaración de la Diversidad Cultural, aprobada por la

UNESCO en diciembre de 2001, el pluralismo es el proyecto político de la diversidad (art. 3). El proyecto político que institucionaliza el objetivo de preservación de la diversidad a través de un sistema de garantías jurídicas que compromete de forma directa a los poderes públicos democráticos. Esas garantías jurídicas, como se puede seguir en el constitucionalismo cultural de las últimas décadas, se concretan en los derechos culturales. Es cierto que este concepto de derechos culturales sufre de cierta “mala prensa” en tanto se ha venido asociando a la reivindicación de las minorías, como si los individuos y los demás grupos –y, por ende, las mayorías– no fueran titulares de estos derechos. Pero ese error debe ser corregido porque incluso en dicha lógica ¿no debería estimarse que, en la situación que describimos –y aun reconociendo que no todas están en igual grado de debilidad–, hoy “minorías” son la mayor parte de las expresiones culturales del planeta, no sólo las llamadas tradicionalmente minorías?; ¿es que en el marco de la globalización presente el concepto de minoría no es sino una cuestión de escala? La tarea pendiente está, pues, en afirmar los derechos culturales como derechos fundamentales universales, de todos, como derechos complejos que comprenden dimensiones personales (la libertad de creación cultural, el derecho de acceso a la cultura...) y de grupo (evitaremos, por las insalvables dificultades conceptuales que arrastran y por lo que tienen de “cabo de las tempestades” para la filosofía política liberal, hablar de “derechos colectivos”, pues nos parece que la idea, exenta de una buena parte de la conflictividad aludida, la expresa con ventaja la noción “bienes culturales colectivos”). Una cultura, una lengua, no son hechos individuales, son conformaciones comunitarias o colectivas. En efecto, una lengua no se protege exclusivamente mediante el reconocimiento de derechos individuales a sus hablantes, imprescindibles, pero que precisan verse acompañados asimismo de medidas que atiendan al bien colectivo, el proindiviso compartido, que también es. Así, reconocer la oficialidad de la lengua es una forma de dotarla de una eficaz protección colectiva en tanto conlleva, entre otras consecuencias, la consideración de esa lengua como vehículo normal y legítimo de comunicación entre los poderes públicos y los ciudadanos y de estos entre sí, así como su inclusión obligada como lengua vehicular y como lengua enseñada en el sistema escolar.

Tras lo anterior, estamos ya en disposición de concretar el horizonte institucional de la diversidad en lo que toca a las industrias culturales y que no es otro que hacerlas parte de un proyecto de *pluralismo cultural mundial*. Este nuevo concepto emergente nos parece imprescindible, pues, a la hora de pensar la diversidad en la mundialización, es preciso encontrar conceptos para la nueva situación, pensar con categorías-mundo y encontrar las medidas-

mundo que permiten afrontar la nueva situación. Estas nuevas categorías exigen la plenificación de los derechos culturales en todos los ámbitos de la realidad cultural actual, en todos sus planos de expresión, mundial, supranacional, estatal, territorial y local, y en las manifestaciones no territoriales étnicas y de los grandes ecosistemas culturales. Existen, sin duda, herramientas jurídicas internacionales (especialmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos –artículo 27–, y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se adoptaron en 1966 en desarrollo de la Declaración anterior), pero hoy se muestran insuficientes para abordar la magnitud del desafío de la preservación de la diversidad. Aquí es donde se revela urgente llevar a término el proyecto de Convención de la Diversidad Cultural actualmente en elaboración a iniciativa de la UNESCO. A este texto le corresponde, desde ese pensar-mundo la diversidad, erigir su preservación en un *principio general del derecho internacional* y establecer las reglas y las garantías básicas de los derechos culturales y de los compromisos de los poderes públicos desde una concepción plena de lo cultural que incluye no sólo los elementos de la tradición y el patrimonio cultural, sino todos los demás ámbitos actuales –y, muy en particular, las llamadas industrias culturales– de expresión de la creatividad y de acceso a la cultura. En un segundo escalón, se encuentran las áreas territoriales supranacionales como es el caso de la Unión Europea, que deben ser asimismo un ámbito institucional destacado en la articulación del pluralismo cultural mundial. La CEE, nacida en 1950 como un proyecto centrado exclusivamente en lo económico, no obstante, a partir del Tratado de Maastricht en 1992, ha dado pasos significativos en esta dirección –asumiendo la reflexión tardía, pero clarividente, de unos de sus padres fundadores, Jean Monnet: “si pudiera iniciar de nuevo el proceso de construcción europea lo haría por la cultura”– al incluir la dimensión cultural como una de las dimensiones, junto a la económica, la política y la social, de la construcción europea. En efecto, el artículo 128 del Tratado de Maastricht, hoy 151 del Tratado de Ámsterdam (ahora literalmente incorporado al proyecto de Constitución como artículo 181) proclama en su frontispicio la preservación de la diversidad europea como un gran objetivo político jurídico: “La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común”. Es precisamente este compromiso jurídico lo que está permitiendo asentar posiciones como la de la excepción cultural, la directiva Televisión Sin Fronteras y las acciones de apoyo al audiovisual, las medidas del precio fijo del libro, etc²⁰. Y en este escalón supraestatal sería de

²⁰ J. Prieto de Pedro, “Balance y enseñanzas de la legislación sobre las industrias culturales en la Unión

desear la extensión de estas fórmulas de articulación de la diversidad a otros ámbitos regionales mundiales. En este sentido nos hemos referido ya a la conveniencia de la instrumentación de una Carta Cultural Iberoamericana²¹, que pudiera establecer las bases de una política de pluralismo cultural como región, cuya elaboración ha sido objeto de acuerdo en la última Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Costa Rica en noviembre de 2004. E igualmente sería deseable la adopción de iniciativas similares en Europa²² y en otros grandes “espacios culturales” del mundo.

El tercer y último escalón es el estatal-territorial-local, hasta ahora el más activo, pero erosionado –en lo que afecta a la cultura que se crea y produce a través de los modos de producción económica– por la globalización neoliberal. En él, sin duda, sigue estando hoy el epicentro de las políticas de pluralismo cultural. El Estado nación se encuentra inmerso en un proceso de transformación hacia arriba y hacia abajo, pero resulta precipitado declarar su muerte, como a menudo se hace, pues equivaldría *de facto* a declarar la muerte de la democracia y, en el caso que nos ocupa, de la mayor fuente de legitimación de que en el momento presente pueden disfrutar las políticas culturales. La construcción europea es el ejemplo claro, el más claro en el mundo, de esa transformación hacia arriba en tanto la UE responde a un modelo de instituciones supranacionales con competencias propias y con legitimación democrática propia. Pero no es óbice para afirmar que hoy por hoy, en el mundo el ámbito más pleno de legitimación de la voluntad popular y de la democracia sigue estando en los Estados y en las instancias territoriales internas, los entes territoriales y locales. Por ello, se hace imprescindible, al amparo del proceso de institucionalización jurídica de la diversidad cultural, la reafirmación de la competencia de estas instancias como piezas básicas del edificio del pluralismo. Ahora bien, creemos que es una visión desajustada con la nueva realidad y con la construcción que formulamos el hablar de “soberanías culturales” exclusivas en estos ámbitos. Realmente uno de los cambios que se vienen avizorando desde hace ya años –y del que la Constitución española de 1978 es un texto adelantado– es el abandono de las tesis excluyentes –*inclusio unius, exclusio alterius*– en el sistema de reparto de tareas entre los poderes públicos, en beneficio de una concepción concurrencial. Esta nueva concepción –que hace posible que cada instancia territorial, sin exclusión de las demás, lleve a cabo políticas generales de promoción de la diversidad desde su circunscripción específica–

Europea”, en AA- VV., *Industrias culturales y desarrollo sustentable*, OEI-Conaculta, Méjico, 2004.

²¹ J. Prieto de Pedro, “Propuesta de una Carta o Convención Cultural Iberoamericana”, *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, nº 22, 2003.

²² Concretamente en una reciente reunión de Ministros de Cultura de España y Francia, ambos han expresado el deseo de promover la pronta elaboración de una “Carta Cultural Europea”.

indudablemente resuelve mejor una gestión pública de la diversidad adecuada a la multidimensionalidad creciente de la identidad cultural. La identidad es cada vez más para los seres humanos y los grupos en los que desarrollan su vida -a diferencia de la realidad cultural del pasado en la que la oportunidad de disfrutar de otras expresiones culturales distintas de las de su *ius soli* eran inexistentes o mínimas- una cuestión de múltiples pertenencias, mundial, europea, latinoamericana, árabe o estatal, regional, local, minoritaria... Esta identidad compleja no responde a la ortodoxia geométrica de los círculos concéntricos, sino a la de, siguiendo la metáfora de Václav Havel, un conjunto de círculos descentrados superpuestos que permiten una gran riqueza de posibilidades combinatorias. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español anticipó tempranamente, STC 49/1984, de forma excelente esta concepción, si bien después no ha sabido profundizar en la senda abierta: “Una reflexión sobre la vida cultural lleva a la conclusión de que la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, y aún podríamos añadir, de otras comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la que las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo, puede comprenderse dentro de ‘fomento de la cultura’. Esta es la razón a que obedece el artículo 149.2 CE, en el que, después de reconocer la competencia autonómica, afirma una competencia estatal poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial. Hay, en fin, una competencia estatal y una competencia autonómica en el sentido de que más que un reparto vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente”.

Esta concepción trasladable, asimismo, en términos generales hacia arriba de los Estados- tiene otra ventaja añadida capital para la concepción democrática de la acción pública en la cultura: esa concurrencia ensancha la libertad de opción del individuo, que deja de depender del trozo exclusivo de diversidad que le ofrece el trozo de tierra en el que ha nacido o en el que reside y que puede disfrutar de un variado abanico de posibilidades en el que realizar sus elecciones.

En conclusión, la solución para una mundialización más universalista y democrática precisa “repensar” las políticas culturales con conceptos e instrumentos renovados, entre los que el reto del pluralismo cultural mundial es la clave desde la que se deben formular las políticas culturales en todas las

instancias para recuperar lo cultural como dimensión fundamental de la ciudadanía democrática y, en consecuencia, reconocer que la diversidad es portadora hoy de un “interés general” de rango mundial, de un “bien público colectivo” de la humanidad entera. La diversidad cultural precisa ser objeto de una alta visión geoestratégica –como propone Jean Tardif, ha de ser elevada a la categoría de “desafío geocultural”– que asuma su valor de patrimonio irrenunciable de la especie humana, fundamental para sentar las bases de una aceptable manera de vivir juntos. Al servicio de esa visión es urgente articular, como se ha señalado antes, los instrumentos y los cauces jurídicos internacionales. Frente a una globalización cultural sin actores democráticos, en la que la “política cultural” real se privatiza y tiende a ser suplantada por las decisiones de las grandes megacorporaciones económicas, se ha de instaurar un sistema de reglas públicas garantizadoras de los derechos culturales de los individuos y de los grupos que les haga posible retomar el protagonismo perdido en los últimos años en su devenir cultural, desde el reconocimiento de su condición de ciudadanos culturales y no de consumidores culturales a los que les reduce dicha globalización; y a la vez se ha de proseguir en la profundización de la vía del desarrollo del pluralismo cultural estatal e infraestatal abierta en las últimas décadas, repensado en el nuevo contexto. Estas son las condiciones del tránsito de una globalización vertical y aculturadora de la diversidad a una mundialización ascendente en la que lo universal se construye desde una contribución equitativa de todos los modos irrepetibles de ser humanos y desde el reconocimiento de todas las diferencias como trozos de una riqueza humana global.

Ese repensar la mundialización debe preguntarse también sobre el asunto de los nuevos sujetos o actores que faltarían. En efecto, el edificio del nuevo pluralismo cultural mundial precisa de escalones proporcionados. A la escalera actual le falta algún peldaño. Hoy el salto entre lo mundial y la estatal resulta excesivamente amplio. Ahí es donde deberían ocupar un papel las grandes áreas culturales, los “espacios culturales” (iberoamericano, europeo, francófono, asiático, magrebí,...), a modo de “ecosistemas de diversidad”, que podrían ser actores de reflexión, negociación y cooperación de esas nuevas políticas culturales de lo mundial y que estarían llamados a hacer de “puentes” altamente funcionales entre lo mundial, lo estatal, lo territorial y lo local. Existen ya algunos organismos que pretenden articular y representar a dichos espacios (OEI, OIF, UL, CPLP...), pero faltaría avanzar en su articulación jurídico institucional.

II. LAS POLÍTICAS NACIONALES DE PROTECCIÓN DE LA CINEMATOGRAFÍA EN EUROPA: ALEMANIA, GRAN BRETAÑA, FRANCIA Y ESPAÑA

1. Introducción

Las políticas de protección de la cinematografía se confunden con el mismo devenir del cine.

No está de más empezar recordando que el cine arrancó con una encarnizada guerra por el control privado de la propia patente, guerra que tuvo dos frentes, uno entre EE.UU y Francia y otro en el interior mismo de los EE UU como consecuencia de la lucha por el monopolio de su explotación emprendida por Thomas Alva Edison. Como explica R. Gubern, el gran inventor americano, decidido a exterminar a todos sus competidores, abrió la caja de los truenos y con los peores modales esgrimió los derechos que detentaba sobre la patente del kinetoscopio encomendando a un ejército de abogados la persecución implacable de los pequeños productores. La actitud despiadada de Edison generó un clima insostenible (se rodaba con protección de hombres armados, muchos productores vieron saqueados sus negocios, algunos se tuvieron que exiliar a Europa...) y una enorme conflictividad judicial, como prueba que entre los años 1897 y 1906 se plantearan 502 procesos. Edison, personaje ambicioso y con pocos escrúpulos, había adivinado que sobre su patente podía alzarse una fabulosa potencia industrial. La guerra de patentes concluyó, en 1906, con la creación de un *trust* internacional, la *Motion Pictures Patents Company*, capitaneada por el propio Edison.²³

Desde el punto de vista del dominio mundial del cine, Francia fue el país que en los primeros años alcanzó una posición de ventaja, que duraría hasta 1917. Sin embargo, en ese año el relevo lo tomarían los Estados Unidos que, favorecidos por las consecuencias (descenso de la producción e interrupción de las exportaciones) de la I Guerra Mundial sobre la industria del cine francesa, conseguirán situarse a la cabeza del mercado mundial, posición hegemónica que no han perdido hasta hoy.

Lo cierto es que hasta ese momento no se habían instaurado políticas nacionales de protección de la cinematografía. Pero la percepción de que el centro de gravedad se había desplazado en la industria del cine al otro lado del Atlántico, en beneficio de las “*major*” americanas, será el origen en Europa de las primeras políticas nacionales de protección del cine a través de medidas de fomento y de barreras tarifarias, indirectas y no comerciales.

²³ Román GUBERN, *Historia del cine*, Editorial Lumen, Madrid, 1993, págs. 29 y ss., en las que puede encontrarse un excelente y detallado relato de estos turbulentos inicios del cine en los EE UU.

2. Alemania.

En la avanzadilla de este proceso se sitúa Alemania. En los años 1916 y 1917 el Estado alemán adoptó las primeras medidas de protección del cine nacional frente a la importación de películas extranjeras, a partir de la convicción, activada por la Guerra en la que estaba inmersa, sobre la importancia, para la independencia de la nación, de defender su cine frente al exterior.

No obstante, esa convicción, como señala A. Mattelart, venía animada por otras raíces más lejanas, la filosofía del economista Friedrich List, a quien se debía la creación en el siglo XIX de la Unión aduanera alemana (*Zollverein*) a la que nos hemos referido en páginas anteriores y “que no concebía la construcción del Estado nación y de una ‘economía nacional’ sin un ‘proteccionismo educador’ y se oponía ferozmente al librecambismo inspirado en los teóricos de la economía clásica, Adam Smith y David Ricardo”²⁴.

Pero la política protectora inaugurada por Alemania responde a una visión estratégica global del sector. Por ello, se adoptan medidas para favorecer una industria nacional del cine fuerte que asegurara una producción propia de imágenes. Esta pretensión tomará forma con una medida organizativa de envergadura. En efecto, en 1917 se tomará la iniciativa de crear un organismo, la UFA (*Universum-Film Aktiengesellschaft*), a la que se encarga esa misión. Este organismo nació por un acuerdo del Estado alemán, las Fuerzas Armadas y el sector bancario y su singularidad reside en llevar a cabo una vasta operación de concentración empresarial y de integración vertical y horizontal: incorpora la mayor parte de pequeñas empresas intervinientes en el proceso cinematográfico, desde las que fabricaban película virgen a las productoras, distribuidoras y salas de exhibición.

El comunicado hecho público con motivo de su creación es muy esclarecedor del contexto en el que nace y de los objetivos que se le encomiendan: “Es grato poder comprobar que la opinión según la cual una película no tiene como fin único el entretenimiento del público, sino que debe responder a las necesidades educativas y económicas nacionales, está cada vez más extendida. Por ello ha sido preciso proporcionar bases más sólidas a la industria cinematográfica alemana, especialmente desde el punto de vista

²⁴ Armand Mattelart, *Geopolítica de la cultura*, Ediciones Trilce, Madrid, 2002, pág. 78.

comercial y financiero, para que, una vez firmada la paz, pueda entrar en lucha, al menos en igualdad de condiciones, tanto en lo que se refiere al capital como a la organización, con las firmas extranjeras cuya influencia, hasta ahora, era preponderante”.²⁵

Los resultados de estas acciones proteccionistas serán altamente positivos, pues, a mediados de la década de los años veinte, ya en la República de Weimar, la industria del cine alemana había superado la postración de los años de la Guerra y se había colocado prácticamente en el segundo lugar de la producción cinematográfica mundial.

La vigente Ley Fundamental de Bonn, de 1949, otorga a la Federación una competencia concurrente para dictar normas básicas sobre el régimen de la prensa y el cine (art. 74). No obstante, debe tenerse en cuenta que, en lo que se refiere a las competencias en materia de cultura dicha Constitución está presidida por el principio de Kulturhoheit, es decir, de otorgar toda la soberanía cultural a los *Länder*.

3. Gran Bretaña

Como es sabido, Gran Bretaña representa un modelo distinto de “administrar” la cultura; pero su acción de defensa del cine, teniendo también elementos originales, lo es menos²⁶.

Las primeras medidas arrancan tempranamente, con la *Cinematograph Act*, en 1909. Esta ley otorga a las autoridades locales facultades de policía de seguridad sobre el nuevo espectáculo, en concreto para la autorización de exhibición de imágenes en las que se utilizasen “filmes inflamables”, según decía el texto de la ley. Pero esas facultades de policía de seguridad se interpretarán generosamente hasta el punto de amparar otro objeto no contemplado expresamente por la norma, la policía de los contenidos, es decir, la censura cinematográfica, que subsiste hasta hoy, incluso después de haberse abolido la censura teatral por la *Theatres Act* en el año 1968. No obstante, el sistema se ha ido decantando hacia una fórmula compleja en un proceso que tiene un primer hito en 1912, año en el que la propia industria

²⁵ Mattelart, *cit.*, pág. 78.

²⁶ Una explicación detallada del derecho de la cinematografía británico puede encontrarse en Carmen Camba, *El Derecho de la Cinematografía en España y en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanc, 2002, págs. 99ss.

decide asumir dicha función al constituir un organismo privado, el *British Board of Film Censors*, base del actual *British Board of Film Classification*. La razón de hacer una referencia a este organismo es que es una muestra clara de la característica colaboración público-privado, y de la tenue línea separadora en los asuntos del cine entre lo público y lo privado en Gran Bretaña. La decisión sobre asuntos de tal gravedad como la censura cinematográfica –que las leyes *Cinematographic Act* de 1952 y de 1985, pese a haberse desvanecido la peligrosidad del soporte de nitrato inicialmente utilizado, han mantenido dentro de la autorización de exhibición– sigue estando encomendada a un organismo de composición privada. Dicha actividad censora, aunque desde 1970 ha sido “pulida” por mor de la conversión del BBFC en instancia de clasificación de las películas, se concreta en la emisión de informes de clasificación de los filmes (en los que, no se ignore, cabe la denegación de la clasificación), a los que las autoridades locales se han de acomodar en las autorizaciones de exhibición que finalmente les corresponde adoptar²⁷.

No obstante, el sistema inglés de regulación del cine no se acomoda a un enfoque liberal puro que se interesa estrictamente por la policía de seguridad y moral. Antes bien, ha desarrollado un temprano y diversificado sistema de medidas de apoyo y protección de su industria cinematográfica. Estas medidas nacen en 1927, con la *Cinematograph Films Act* –perfeccionada por otras leyes de igual denominación en 1938, 1940 y 1960– que pone en pie un doble sistema de cuotas de exhibición y distribución. Pero uno de los aspectos más novedosos de esta legislación es que afronta por primera vez la protección de la competencia mediante la restricción de las prácticas de “contratación a ciegas” (práctica abusiva conocida actualmente como “*block booking*”, por la que el exhibidor, para obtener la cesión de una película destacada ha de aceptar un paquete que incluye otros filmes no solicitados) y de contratación anticipada (en aquellos años se había impuesto en Gran Bretaña la práctica de contratos de futuro sobre películas que incluso no se habían producido aún), modalidad ésta última que la ley acepta sólo en el caso de que la contratación no se haga por un plazo superior a los seis meses.

El sistema de protección de la industria cinematográfica británica viene en todo caso determinado por una fuerte paradoja, por otra parte comprensible a la luz de sus raíces culturales. Por un lado, pretende –al igual que los demás países europeos– la protección de su industria cinematográfica frente a la invasión de la producción cinematográfica exterior que, como hemos visto, era de origen norteamericano. Pero, he aquí la paradoja, por otra parte la

²⁷ *El Derecho de la Cinematografía en España y en la Unión Europea...*, cit., págs. 100 a 104.

política cinematográfica inglesa pretende afirmar la convergencia de raíces culturales anglosajonas. La superación de esta paradoja se logra, a partir de la *Cinematographics Acts* de 1940, mediante una política de favorecimiento de las inversiones norteamericanas en la industria del cine británico que reciben como compensación, al llevarse a término, un tratamiento privilegiado ante las cuotas de exhibición y de distribución mediante la denominada “*monetary quota*”. La función de esta medida es rebajar las restricciones del sistema de cuotas a las películas americanas producidas por empresas que invierten en películas británicas.²⁸

Las cuotas de distribución serían suprimidas en 1947, dado que, con ocasión de la negociación del GATT, los Estados Unidos plantearían esta exigencia. A cambio, las cuotas de pantalla serían elevadas hasta el 45% en 1948, pero las presiones de los distribuidores llevarían pronto a su rebaja hasta el 30% anual y a su definitiva supresión en el año 1983²⁹.

La política de protección del cine británico tiene también una vertiente económica. Ésta conoció un destacable desarrollo en la mitad del siglo XX con la creación, en 1949, del *National Film Finance Corporation* y, en 1950, del *Eady Levy*. La NFFC era un organismo público, dependiente del Ministerio de Comercio, al que correspondía otorgar préstamos preferentes a los distribuidores que se comprometieran en la producción de películas, lo que dejaba patente un objetivo de integración de la industria. A su vez, el *Eady Levy* funcionaba como un fondo especial, formado por un impuesto sobre las entradas del cine, para la financiación automática de la producción de filmes en razón a los beneficios obtenidos en su explotación comercial.

La columna central de la administración del cine británico descansa en un organismo público, el *British Film Institut*, dotado de la amplia autonomía propia de los llamados “*quangos*” en el derecho inglés. Nacido en 1929, a iniciativa del sector del cine como organismo privado, al igual que el BBFC, para hacer frente a la crisis que en aquel momento vivía el cine, a partir de 1949 pasaría a convertirse en el organismo público al que cabe realizar las principales tareas en relación con el cine, en la conservación y documentación del patrimonio cinematográfico, así como en la promoción y la producción.

En los años ochenta se procedió a reformar el sistema de financiación. La regulación actual descansa en dos leyes, la *Cinemas Acts* y la *Films Acts*, ambas de 1985, que llevan a la supresión del NFFC y del *Eady Levy* –aparte

²⁸ C. Camba, *cit.*, pág.109

²⁹ C. Camba, *cit.* Pág. 110.

de la del sistema de cuotas, como se ha señalado antes– y que instauran un sistema de incentivos económicos de nuevo cuño. En su concepción el nuevo sistema es simple, pero en su ejecución resulta cada vez más complejo y diversificado. La nueva regulación contiene la previsión de ayuda financiera directa –subvenciones, préstamos y avales, principalmente– a la producción de filmes, cuyo otorgamiento corresponde a la Secretaría de Estado de Cultura, Medios y Deporte. Aparte, las *Finance Act* de 1985 y de 1992 prevén beneficios indirectos, de carácter fiscal, para la actividad cinematográfica. Las producciones beneficiarias de las ayudas directas vienen circunscritas en la ley a los calificados como “*relevant films*”, que son aquellos que satisfacen los criterios para la obtención del certificado de filme británico: la nacionalidad (de algún país de la *Commonwealth*) del director o de la compañía de producción, la localización del estudio de realización (en la *Commonwealth* o en Irlanda) y el porcentaje de gastos laborales a favor de los ciudadanos de la *Commonwealth* o residentes en la misma. Con posterioridad, en el año 1993, con motivo de la *National Lotteries Act*, se introduce una fórmula altamente novedosa para la obtención de los fondos necesarios para la financiación de la cultura. Desde 1995 viene funcionando, dentro de la lotería nacional, un fondo especial (*Lottery Fund*) para el otorgamiento de préstamos al cine.

En los últimos años esta fórmula ha evolucionado hacia la diversificación de las entidades y los organismos de gestión de las ayudas y de promoción del cine, lo que viene congeniarla con el estilo británico de administración cultural como administración “desmembrada”, que huye de la concentración de poder de decisión e influencia en los asuntos culturales, a costa, sin duda, de la coherencia y de la eficacia. Así, la gestión del *Lottery Found* ha sido encomendada al *Arts Council of England* así como a los *Arts Councils* regionales de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, que se ven acompañados de una pléyade de organismos y empresas privadas y mixtas, la *British Screen Finance Limited*, la *European Co-Production Fund* y la *British Film Commission* que cumplen diversas misiones y tareas en el desarrollo de la política cinematográfica británica. No obstante el consabido sentido común británico se ha impuesto pronto: el temor a que esta pléyade de organismos dispuestos hiciera ineficaz al sistema de protección de la industria cinematográfica ha impulsado la creación, en el año 2000, de un organismo de coordinación de todos los organismos nacionales y de éstos con los regionales, el *Film Council*, configurado como *agency* ejecutiva gubernamental.

4. Francia

Si no el primero que adoptó políticas de protección de la cinematografía –ya que, como hemos decíamos antes, durante las dos primeras décadas del siglo XX su industria cinematográfica disfrutó de una posición preponderante en el mundo–, Francia es, sin que quepa duda, el país que ha construido un sistema de protección más firme y elaborado.

El declive del cine francés debido a la Primera Guerra Mundial disparará la alarma de la necesidad de adoptar medidas de protección del sector. Estas tendrán dos vectores principales: la creación de una organización corporativa del cine y el establecimiento de cuotas de importación, que abren un contencioso con los EE UU.

La organización corporativa del cine es una de las columnas en las que se ha basado la política francesa de la protección del cine. La primera iniciativa se adopta en el año 1931, en el que se crea el Consejo Superior de la Cinematografía como órgano meramente consultivo. En 1936, el Informe De Carmoy –que plantea la necesidad de la intervención pública en la industria en general– hará mención expresa de la industria del cine y a resultas de sus propuestas en 1940 –durante el régimen de Vichy que surge tras la ocupación– se creará un nuevo organismo, el Comité para la Organización de la Industria Cinematográfica, organismo de naturaleza corporativa (agrupa a todos los profesionales del sector), que rezuma un sabor autoritario propio de las doctrinas en boga de la época (la pertenencia al organismo era obligatoria). Este organismo, a pesar del pudoroso silencio con que se suele obviar su existencia, será la matriz evolucionada de la posterior Confederación General de la Cinematografía, que se crea por la Ley de 15 de octubre de 1946. La CGC es configurada como un establecimiento público con personalidad jurídica y autonomía financiera y responde a una concepción corporativa acusadamente singular que Regourd resume de forma magnífica con unas mínimas palabras: “Posee una concepción singular en la democracia parlamentaria, pues se trata de un sindicato patronal único y dotado de auténticas potestades de regulación”³⁰. El Director de la CGC es nombrado por el Presidente de la República, oído el Consejo de Ministros y a propuesta del Ministro del ramo de la cultura. Entre sus atribuciones son de destacar la amplia potestad reglamentaria de que disfruta –marca clara de su singularidad frente a otros establecimientos públicos–, el poder disciplinario sobre el sector y la gestión de las ayudas y subvenciones a la industria cinematográfica y de

³⁰ Serge Regourd, *L'exception culturelle*, PUF, Paris, 2002, pág. 26.

los gastos de producción y explotación de los filmes de interés nacional. Dichas atribuciones siguen un proceso de crecimiento continuo y hoy asume asimismo: la organización del mercado de la edición videográfica, el fomento de la industria de programas audiovisuales, el control del orden cronológico de difusión de las obras cinematográficas y su depósito legal, así como el otorgamiento de las autorizaciones de exhibición. La financiación de la CNC, sobre la que volveremos más adelante, tiene diversas fuentes, las subvenciones estatales, las cotizaciones profesionales obligatorias, las multas que impone en el ejercicio de su potestad disciplinaria y las tasas derivadas de las autorizaciones de exportación de películas fuera del territorio comunitario³¹.

El otro pilar de la política francesa de protección cinematográfica son los contingentes de importación de películas extranjeras. En 1928 se establecieron las primeras medidas de cuotas para el cine extranjero con el llamado Decreto “Herriot”, que impone una cuota máxima de 120 películas americanas importadas por año, cifra mágica que venía inducida por el número medio de películas producidas por la industria francesa antes de la Guerra. No debe pasarse por alto la exposición de motivos de este Decreto, ya que proporciona una explicación llamativamente novedosa para el lenguaje legal de aquellos años, al situar el objeto de las medidas en la preservación de las “tradiciones nacionales”: he aquí algo que es clave, el reconocimiento normativo explícito de la función cultural de este medio. La aplicación del decreto ofreció dificultades, pues las autorizaciones preveían las condiciones de reciprocidad en las que las películas francesas podían acceder a los países de origen de las películas importadas, dificultades que se intentaron superar en 1932 por medio de acuerdos bilaterales con Alemania y con Italia³².

Con la Liberación se aprobarán en 1945 medidas de apoyo al cine y a su servicio se instrumenta un “Fondo de promoción de la industria cinematográfica” que se alimenta con una tasa del 7% sobre las entradas vendidas. El monto del fondo quedaba bloqueado en una cuenta indisponible, pero la escasa determinación de los criterios para su aplicación planteó dificultades de funcionamiento que llevarán pronto a su supresión y reparto. No obstante, pronto se volverá sobre esta fórmula con ocasión de los acuerdos Blum-Byrnes.

³¹ Carmen Camba, *El Derecho de la Cinematografía en España y en la Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2002, págs. 57 ss.

³² Sobre el contenido de dichos acuerdos, *vide* Jean Marie Pontier, *Le Droit du Cinéma*, PUF, 1995, págs. 42ss.

Los acuerdos Blum-Byrnes entre Francia y los Estados Unidos, firmados en Washinton el 28 de mayo de 1946, sientan las bases para la ayuda americana a la reconstrucción de la maltrecha economía francesa a causa de la gran Guerra. Con ellos EE UU condona la deuda de Francia y le otorga nuevos créditos. Pero, aparte de esta dimensión política y económica general, los acuerdos tienen efectos particulares en relación con el comercio cinematográfico entre Francia y los Estados Unidos. El Gobierno norteamericano aprovechará la ocasión para, desde su posición de fuerza, poner sobre la mesa el asunto del cine. “Si Vdes. quieren nuestros dólares, acepten también nuestro cine” (“If you can take our dollars, you can take our films”), ésa es la quintaesencia de lo que se debate. El caso es que esta exigencia tendrá sus efectos, pues conseguirá la supresión del decreto Herriot, que será sustituido por una “cuota de pantalla” más favorable a los intereses norteamericanos, consistente en reservar un total de un mes de pantalla al trimestre para los filmes franceses. La viva reacción de la opinión pública y del sector del cine, que organizó grandes manifestaciones a cuya cabeza se pusieron los actores más populares del cine francés, llevará a que en 1948 se aprobara, mediante ley, la creación de un fondo de ayuda temporal. Este fondo en 1953 se consolidaría como un fondo de desarrollo de la industria cinematográfica y unos años más tarde, en 1959, en una cuenta de sostenimiento financiero, que sigue constituyendo la columna vertebral del sistema de ayudas al cine en Francia³³.

La denominada “Cuenta de apoyo financiero de la industria cinematográfica y de la industria de los programa audiovisuales” es, en realidad, una cuenta especial del Tesoro con sus capítulos de ingresos y gastos, separada de los presupuestos del Estado, pero cuya gestión corresponde al Estado (desde 1996 a través del Ministerio competente del sector y, en particular, del Director General del CNC) en iguales condiciones de ejecución que el presupuesto ordinario³⁴. La cuenta, a diferencia de otros países, realiza presupuestariamente una diferenciación muy marcada entre el cine y el audiovisual, pues, si bien los ingresos son comunes, a la hora de los gastos éstos se separan, no exacta pero aproximadamente por mitades, en dos secciones estancas: el cine y la industria de programas (COSIP).

Para tener una idea de su funcionamiento, veremos cómo se nutre la cuenta y cómo su aplican los fondos.

³³ Serge Regourd, *L'exception culturelle*, PUF, 2002, pág. 31.

³⁴ S. Regourd, *cit.*, pág. 32.

El alma híbrida de la Confederación Nacional de la Cinematografía (como se ha señalado, nace de la integración en la Administración del Estado, como establecimiento público, de un organismo profesional) tiene reflejo en su presupuesto de funcionamiento, asegurado en parte por las cotizaciones profesionales que recaudan las organizaciones sindicales y en otra parte, la mayor, por la Cuenta de apoyo; además, gestiona algunos créditos que aporta el Ministerio de Cultura para fines específicos como la conservación del patrimonio cinematográfico o el apoyo de las nuevas tecnologías. Los ingresos de la Cuenta (que en el año 2002 ascendió a 448 millones de euros) tienen varias procedencias: a) la “Tasa especial adicional” (TSA) que se aplica a las entradas del cine; b) las contribuciones provenientes de las cadenas de televisión; c) la tasa sobre los videogramas; y d) otros ingresos de escasa importancia derivados de sanciones económicas, que puede imponer el CNC, o del reembolso de ayudas selectivas.

La tasa espacial (TSA) equivale a un 11% del precio de las entradas de cine que paga el espectador y se aplica a todas las películas, sea cual sea su nacionalidad. El peso global de esta tasa ha ido decreciendo con el tiempo (a causa de la caída de espectadores en las salas de cine), pero sigue siendo muy elevado (de un 23% del total de los ingresos en el año 2002) y se afecta en su totalidad a la sección de gastos del cine. La necesidad de compensar la caída de ingresos por esta tasa, llevó a la Ley de Presupuestos del año 1993 a crear una nueva fuente de ingresos, hoy la porción mayor de la Cuenta de Apoyo, consistente en diversas tasas que se aplican a los ingresos generados por la televisión, ya sea la televisión pública (los ingresos publicitarios y los derivados del canon de televisión), la televisión privada (los ingresos publicitarios y a los derivados de las cuotas de abono a las cadenas privadas) o la televisión por satélite (quedan sujetos los ingresos derivados de aquellas cuotas de abono que conciernen al territorio francés). Por último, la Ley de Presupuestos de 1992 creó una nueva tasa que grava con un 2% el precio de venta y de alquiler de videogramas, tanto en formato de video, como ahora de DVD. Se trata de un ingreso creciente que actualmente ya supera el 4% de la cuantía total de la Cuenta de Apoyo.

En lo que se refiere a la utilización de los fondos, el sistema de ayudas al cine en Francia se rige, si bien con ciertas temperaciones, por el principio de la nacionalidad francesa de los beneficiarios, tanto de los profesionales como de las obras producidas. Así, según el decreto regulador de 24 de febrero de 1999, de forma general únicamente pueden ser beneficiarios las empresas y los organismos establecidos en Francia, requisito que se hace más intenso en la actividad de producción, ya que los directivos y los órganos de control de

las empresas han de ser nacionales de Francia, de cualquier otro país de la Unión Europea, de los Estados que hayan firmado la Convención Europea sobre la Televisión Transfronteriza o, por último, de terceros Estados con los que la Comunidad Europea haya suscrito acuerdos en materia de audiovisual. Dichos requisitos también alcanzan, en términos similares, a los estudios de filmación, los servicios técnicos –que deben estar establecidos en algún Estado miembro de la UE o, en su caso, en el territorio de aquellos Estados firmantes de un acuerdo de coproducción– y al personal artístico y técnico.

El catálogo de ayudas es altamente diversificado, pues cabe discernir hasta una treintena de modalidades que cubren todo el proceso cinematográfico: ayudas a la producción, a la distribución, a la difusión en salas de exhibición y a otras actividades relacionadas con la industria cinematográfica (promoción exterior, modernización y creación de nuevos establecimientos y equipamiento y modernización de las industrias técnicas). Éstas se otorgan de acuerdo con las reglas generales sobre nacionalidad y otros requisitos señalados más arriba³⁵.

Sin embargo, el elemento de estas ayudas que nos interesa ahora se centra en el carácter automático o selectivo de las ayudas. Sobre este motor de doble eje se ha construido en Francia una política compensada de apoyo al cine. Las ayudas automáticas se caracterizan, en suma, por su carácter mecánico –se trata de ayudas objetivas y de apreciación administrativa reglada–, mientras que las ayudas selectivas son ayudas subjetivas, que atienden fundamentalmente a la calidad del proyecto. Dicho de otra forma, las ayudas automáticas son ayudas de protección de la industria y, en ese sentido, no se diferencian con las que se podrían aplicar a otro sector industrial. Las ayudas selectivas son las “ayudas culturales”, las ayudas típicas de las políticas culturales. Farchy lo explica con suma claridad. Hasta los años 50 el Estado francés, en el contexto de la Reconstrucción, privilegió el desarrollo de una política industrial y a ello responde la creación del fondo de sostenimiento destinado a la realización de nuevos filmes, que se calculaba en función de los ingresos de las películas precedentes, sin tomar en consideración su valor artístico. Con estas ayudas automáticas, que apoyan a los actores que ya han conseguido un cierto éxito comercial, los poderes públicos buscan favorecer la constitución de grupos susceptibles de enfrentarse a la competencia y a la internacionalización. Por el contrario, “la selectividad constituye el fundamento mismo de la política cultural; su preocupación principal no es la rentabilidad económica sino el mantenimiento de una parte de la oferta que

³⁵ Una información de detalle sobre dichas medidas puede verse en Camen Camba Constela, *El Derecho de la Cinematografía en España y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanc, 2002, págs. 66 a 90.

con la sola demanda del mercado no existiría”³⁶. No deja de ser revelador que fue con la creación, en 1959, del primer Ministerio de Asuntos Culturales, cuando se instaura en Francia una política de ayuda a la producción selectiva, es decir, a la calidad artística.

He aquí una visión compensada de una característica política francesa –que, con variaciones, ha sido tomada como referencia por otros Estados– de apoyo a la cinematografía, que busca una industria fuerte, pero sin renunciar a inyectar en ella estímulos a la calidad; en ella las ayudas automáticas suelen disfrutar de una proporción mayor, pero las selectivas no son residuales ni testimoniales (según los datos del año 2002, el 68% de las ayudas correspondieron a ayudas automáticas y el 32% a ayudas selectivas).

Como conclusión, el apoyo financiero al cine en Francia representa el caso de un sistema altamente desarrollado, probablemente el más desarrollado del mundo, que plasma una firme voluntad política de protección y estímulo de la creación audiovisual nacional. Una cifra lo deja claro: según un estudio reciente del Observatorio Europeo del Audiovisual sobre financiación pública del cine y el audiovisual en Europa, Francia acumula nada menos que el 38,7% del total de las ayudas directas que se otorgan en Europa. Este sistema de ayudas financieramente descansa no en el sistema impositivo general sino en una especie de “cajas separadas” que alimentan el propio cine y la televisión, con lo que, como observa Joëlle Farchy, el apoyo al cine francés está, paradójicamente, financiado por sus dos principales competidores, por la televisión a partir de los años 80 y por el cine americano desde los orígenes³⁷. Precisamente, el hecho de que el régimen de la nacionalidad, como se ha visto, beneficia fundamentalmente a los países de la UE es un elemento que ha sido objeto de fuerte discusión en las negociaciones del GATT, dado que son las películas americanas las que (a través del TSA y de la tasa del video) aportan la mayor cuantía a un fondo del que, después, no se pueden beneficiar³⁸.

5. España

En España las políticas de protección se entronizan con un claro retraso respecto de los países europeos, lo que tiene lugar, durante la vigencia del

³⁶ Farchy, *op. cit.*, pág. 82.

³⁷ Joëlle Farchy, *L'industrie du cinéma*, PUF, 2004, pág. 81.

³⁸ Serge Regourd, *L'exception...*, pág. 37.

régimen franquista, con la orden de 10 de diciembre de 1941 y la Ley de 27 de abril de 1946, sobre aplicación al sector cinematográfico de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional, del año 1939. El contexto político del régimen franquista obligaba a impulsar una producción cinematográfica nacional que velara por la moralidad y las concepciones políticas del régimen y que, a la vez, contrarrestara la visión de la cultura y la historia presentes en el cine que se producía en el exterior. A tal fin, se establecieron medidas de protección consistentes en el crédito y los premios sindicales así como cuotas de pantalla y distribución y un curioso sistema de atribución a los productores españoles de licencias de importación de filmes extranjeros, que producía beneficios superiores a los que se obtenían por medio de las subvenciones.

En 1953 se modificó este sistema de ayudas indirectas por otro de asignación de ayudas directas a los productores, que podían alcanzar el 50% de los costes de producción y que derivaría en 1964 en una fórmula en la que la subvención pasa a consistir en un porcentaje de los ingresos de taquilla. (industria nacional, Fondo de Protección..., películas de protección especial... pág. 112).

En los albores de la transición democrática, el Real Decreto 3071/1977, de 11 de noviembre, sentará las bases de una nueva política cinematográfica democrática, que deroga la censura moral y política por un nuevo sistema de clasificación de películas y de salas cinematográficas y que, asimismo, establece las bases del modelo de fomento de la industria cinematográfica frente al exterior. El Real Decreto 3304/1983, debido a Pilar Miró, establecería una política más compleja de protección de la cinematografía nacional, basado en el otorgamiento de subvenciones anticipadas (hasta el 50% del coste de producción), de subvenciones automáticas (el 15 % de la recaudación en taquilla) y de subvenciones especiales, de carácter selectivo, orientadas a compensar las películas de gran coste de producción y la especial calidad.

Al final del gobierno socialista se aprobará la Ley 17/1994, de Protección y Fomento de la Cinematografía, que será la primera norma de este rango que abordará en España la acción de fomento en este sector. En ella se regulan los incentivos de carácter no económico, como las cuotas de pantalla y de distribución, pero los de carácter económico quedan remitidos al desarrollo reglamentario de la ley, lo que tuvo lugar mediante el Real Decreto 1039/1997, de 27 de junio, modificado posteriormente por el Real Decreto 196/2000, de 11 de febrero.

La regulación actual se encuentra en la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y del Sector Audiovisual. La tramitación de dicha ley, promovida por el último gobierno del Partido Popular, nació animada por un propósito radicalmente liberalizador del mercado de la distribución cinematográfica. Sin embargo, la mala prensa que generó este propósito, inducida por las protestas del sector, llevarían al Partido Popular a renunciar a su propósito inicial de extinguir el sistema de cuotas de exhibición a los cinco años de su entrada en vigor para dejar en manos del Gobierno, al final de dicho plazo, la decisión sobre el futuro de dichas medidas protectoras³⁹.

³⁹ El texto de la Disposición Adicional Primera de la Ley 15/2001 reza así: “El Gobierno podrá eliminar, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la presente Ley, las obligaciones previstas en el artículo 7 o modificar su contenido y, en su caso, establecer los mecanismos alternativos de apoyo, de acuerdo con la evolución de la cuota de mercado de las películas comunitarias”.

III. UN ESTATUTO ESPECIAL PARA LA CULTURA

1. Introducción

En la actualidad, una parte notable de la experiencia y del goce cultural de la gente procede de las industrias culturales, es decir, de modos de producción industrial y de gestión empresarial y de mercado aplicados a la cultura. Esto hace que una parte de los bienes culturales que forman parte de la vida cultural se encuentren sometidos a la tensión de dos lógicas muy diferentes, pero no incompatibles, por más que no sean fáciles de armonizar. Con el propósito de la búsqueda de compromisos entre las lógicas industrial y cultural, los Estados, como acabamos de ver, fueron construyendo tentativamente a lo largo del siglo XX una batería de medidas legislativas y de actuaciones de fomento y protección de dichas industrias culturales y, especialmente, de la cinematografía. En este contexto, la excepción cultural no pasa de ser sino una reacción en una coyuntura muy concreta, el peligro de inminente desmantelamiento de dichas políticas estatales armonizadoras de ambos órdenes de intereses que trae la pretensión de liberalización radical de los bienes y servicios culturales lanzada durante la ronda de Uruguay en los años ochenta.

Ahora bien, las medidas de protección y de armonización de intereses contrapuestos no son exclusivas de las industrias culturales sino que son una constante en los demás ámbitos de la cultura, algo que recorre de forma general toda la cultura. Por ello se hace necesario trascender la coyunturalidad en la que se sitúa la excepción para, desde una atalaya más elevada, examinar la cuestión de la especificidad de la cultura en general, de todas sus manifestaciones y bienes y no sólo de los derivados de las industrias culturales. Es decir, se trata de reflexionar sobre el estatuto especial de los bienes de la cultura. De ello nos ocuparemos a continuación. A tal, retomaremos el asunto de la excepción con el fin de perfilar su noción y significado para, a continuación, plantearnos la cuestión de la especificidad de la cultura en otros ámbitos fundamentales que forman parte de ella, cuales son la propiedad intelectual y el patrimonio cultural.

2. La excepción cultural

2.1. Aclarar conceptos: excepción, exención, especificidad y diversidad

El léxico del discurso sobre la singularidad de la cultura descansa en un vocabulario cada vez más profuso: excepción, exención, exclusión, especificidad, diversidad... ¿Son términos sinónimos o, por el contrario, tienen espacios propios en el, tomando el expresivo concepto de Wittgenstein, “juego del lenguaje” de la singularidad de la cultura?

El debate de la excepción se encuentra atrapado en una cierta confusión conceptual. Es corriente el uso indistinto, como si fueran sinónimas, de las voces excepción, exención y especificidad; pero también en otras ocasiones son diferenciadas conscientemente y hasta se elevan sobre ellas encendidas oposiciones o alternativas conceptuales.

Empezaremos por notar que el de excepción cultural no es, a pesar de las apariencias, un concepto unívoco. Defendido a menudo como un concepto acuñado genuinamente por el sector cultural, en realidad tiene su molde lingüístico en el propio lenguaje técnico del GATT y del GATS, cuyos artículos 20 y XIV, respectivamente, prevén determinadas “excepciones generales” a las que pueden acogerse los Estados contratantes con el fin de salvaguardar determinados valores esenciales, como los relativos al orden público, la moralidad pública, la salud pública o la protección del medio ambiente. En este marco, con la reivindicación de la excepción cultural se quería conseguir que el sector audiovisual fuera incluido, como otra más, en la lista de dichas exclusiones generales. Este dato es fundamental de cara a diferenciar el concepto de “excepción” (una materia, de entrada, objeto del acuerdo del GATT, pero a la que, por razones excepcionales, se le exime de las consecuencias jurídicas de los tratados) del de “exclusión” o “exención” (algo que queda de forma absoluta fuera de ese sistema). Así, la exclusión es la fórmula seguida por el acuerdo de libre comercio ALENA, firmado en 1988 por Canadá y los EE UU, que se negoció de forma paralela al desarrollo de la Ronda de Uruguay, cuyo artículo 1.205 excluye el conjunto del “sector cultural” dentro del cual se encuentra el audiovisual⁴⁰. ¿Virtudes de esta fórmula? Sin duda, una muy clara, pues es una fórmula jurídicamente más clara que la de la excepción. Pero su valoración no es un asunto técnico jurídico, pues, lo que late en el fondo, como señala Regourd, es que uno y otro concepto sirven a “filosofías” distintas sobre la cultura. La primera, la

⁴⁰ T. FLORY, “L'accord de libre-échange américain-canadien”, *AFDI*, 1988, p. 549.

exclusión, sostiene que los principios librecambistas no son aplicables a aquellos sectores portadores de apuestas culturales y que por ello no pueden ser considerados “mercancías”. La segunda descansa en la idea de que las obras culturales no dejan de ser mercancías, pero “no son mercancías como las demás”, por lo que requieren un tratamiento específico o de excepción⁴¹.

Esta primera luz ilumina una distinción importante y, sobre todo, nos permite entender cuál ha sido el sentido preciso de la fórmula por la que Europa pugnó en la Ronda de Uruguay.

Para seguir avanzando nos preguntaremos sobre si tiene sustantividad propia el concepto de especificidad. Empecemos señalando que el concepto de especificidad surge como un epígono, como una espora nacida en el tallo de la excepción, pero que tiende a adquirir vida propia. Resumidamente, expresaría la idea de que la cultura es una materia especial y como tal precisada de un tratamiento singular en su tráfico jurídico. A priori, esta idea no tendría que ser incompatible con la de excepción, pues cubre un campo coincidente; pero no podemos ignorar que el valor de las palabras lo determinan los contextos y el hecho es que el contexto en el que surgió la voz identidad la cargó de un valor de oposición a la de excepción.

La fórmula de la especificidad cultural fue introducida por la Comisión y aprobada por el Parlamento europeo en julio de 1993 para reclamar, partiendo de la aceptación de las reglas del GATT al sector audiovisual, la aplicación de un régimen jurídico específico. Concebida así, la especificidad entraba, si no en colisión frontal, sí en contraste con la excepción, sobre todo porque los propios negociadores americanos habían aceptado en 1990 la constitución de un “grupo de trabajo sectorial *específico* para el audiovisual”. Al caer en la cuenta de su contradicción, el Parlamento europeo, volviendo sobre sus pasos, adoptará no tardando una nueva resolución por la que se retracta de la decisión anterior y vuelve de nuevo a la excepción cultural⁴².

El concepto de “diversidad cultural” es el último en irrumpir en el escenario y viene, como ha ocurrido en los casos anteriores, a crear un nuevo juego bipolar, el de “excepción-diversidad”. El concepto de diversidad había irrumpido de forma destacada, en 1992, en el artículo 128 del Tratado de Maastricht, en el que está incluido en la cabecera del artículo, en su apartado 1º (“La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su *diversidad* nacional y regional...”), y se

⁴¹ Serge REGOURD, *L'exception culturelle*, PUF, Paris, 2003, pág. 84.

⁴² Serge REGOURD, *cit.*, pág. 79.

ve reforzado en la versión de Ámsterdam, donde se encuentra también en el apartado 4º (“La Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la *diversidad de sus culturas*”). No obstante, pronto trascenderá esas fronteras iniciales para incorporarse, como un nuevo concepto, al debate de la globalización. La activa postura de diversos países, y de forma especial del área francófona (entre los que Canadá mantiene una continuada actividad de promoción del concepto, habiendo, incluso, creado una cuidada web de noticias sobre la diversidad), hará que la UNESCO enarbole la bandera de la diversidad cultural, lo que llevará a la aprobación, en su 31ª Conferencia General, de una Declaración sobre la Diversidad Cultural. Dado que la Declaración aprobada carece de obligatoriedad jurídica, y desde la voluntad de dotarse de un instrumento vinculante sobre la diversidad, la 32ª Conferencia General de la UNESCO, celebrada en octubre de 2003, acordó la puesta en marcha de los trabajos encaminados a la elaboración de una *Convención para la diversidad de los contenidos culturales y de las expresiones culturales y artísticas*. La grisura semántica de este fatigoso título provisional presente en el anteproyecto de trabajo obscurece el objeto de la pretendida Convención, pero indirectamente da luz sobre algo clave, que no se trata de un texto de la diversidad cultural total, sino sólo de una parte de ella, de aquella parte de la cultura que generan las industrias culturales. Aunque la Convención tendrá aún que ser aprobada –lo que, en el momento presente del debate, no se puede saber aún con certeza– por la próxima Conferencia General de la UNESCO, en otoño de 2005, los efectos de su enfoque ya están anticipados y plenamente instaurados en el debate y en las propuestas actuales. Ese “giro a la diversidad” se deja percibir, cada vez más claramente, en la posición francesa. Un reciente *dossier* de la Documentation Française, *De l’exception à la diversité culturelle*, publicado en septiembre de 2004, da cuenta de esta evolución.

Ahora bien, una vez más hemos de huir de los análisis simples, pues el debate en juego es muy sutil. Queremos advertir que en una valoración adecuada de la situación hemos de tener en cuenta que estamos ante “conceptos móviles”, en tanto los cambios son más de envoltorio que de contenidos, aunque también los hay. Frente a la dureza y la “línea Maginot” que representa el concepto de excepción, el de diversidad entra en escena con la aureola de un concepto más amable (pues no evoca posiciones exclusivamente defensivas, pero tampoco las excluye), más científico (pues cuenta con el aval de la reflexión antropológica), más abierto (pues atañe a la realidad cultural entera, no sólo al audiovisual) y más transparente (pues se trata de una voz más clara para el común de los ciudadanos). Sin embargo, esta nueva dicotomía excepción-diversidad no se corresponde con la antítesis expuesta más atrás

“excepción *versus* especificidad”. La diversidad acoge contenidos más exigentes que el concepto de especificidad y apunta a hacia un concepto más abierto y extenso de excepción.

2.2 Régimen de la excepción cultural en el GATT, en el GATS y en la OMC

Como sabemos, en 1947 estaban hincados en la mesa los codos del pulso del cine entre Estados Unidos y Francia. Pero ese conflicto no se trasladó al primer Tratado del GATT, aprobado ese mismo año, para la liberalización del comercio de las mercancías, pues éste hizo gala de cierta sensibilidad hacia el tratamiento del cine. Ya hemos explicado con detalle cómo el GATT no contiene una referencia general a la cultura, pero sí aborda los sectores del cine (al que excluye del principio de tratamiento nacional) y del patrimonio cultural (respecto del que formula una excepción general).

Otra muy distinta será la situación en la elaboración del GATS, el Tratado para añadir al libre comercio de las mercancías el de los servicios, durante la Ronda de Uruguay, iniciada en 1986 y que finalizaría en 1994. Curiosamente, en los primeros momentos de la negociación, la Comunidad Europea no planteó exigencias de tratamiento diferenciado para la cultura en general, ni siquiera para el cine y el audiovisual. Cuando dio comienzo la ronda, la reivindicación de que los bienes culturales no son una mercancía más bullía ya entre los profesionales del sector y había sido asumida públicamente por los responsables políticos europeos. Jacques Delors, entonces presidente de la Comisión Europea, había pronunciado la célebre frase “el audiovisual no es una mercancía como las demás”. Pero no se había llegado a concretar una estrategia específica ni propuesta técnica alguna. De hecho, durante los primeros años de negociación nadie levantó la voz para la no inclusión del audiovisual en el sistema del Tratado GATS, si bien sí se había puesto sobre la mesa la cuestión de la naturaleza específica mercantil de los productos audiovisuales –¿son mercancías o son servicios?–, que se había resuelto “políticamente” a favor de la segunda opción.

Las cosas cambiarán de forma radical en la fase avanzada de la ronda de Uruguay que tiene lugar ya en la década de los noventa, pues ahora la delegación europea adoptará una postura común en reivindicación de un régimen singular para los bienes y servicios culturales, que chocará con la enérgica oposición de los EE UU. Jack Valenti, hablando en nombre de las *majors americanas*, resumió la dureza de la posición norteamericana con la

arrogancia de quien se sabe políticamente respaldado: “Si el audiovisual no entra en el GATT, Bill Clinton no firmará los acuerdos comerciales”. Pero la postura común europea no será unívoca: las diferencias entre los propios países y, por otra parte, entre el Parlamento y el Consejo de Ministros y el influjo a la contra de algunas personalidades –al frente de la delegación europea estuvo un británico muy próximo ideológicamente a la Sra. Thatcher, Leon Brittan, quien postuló una postura *light*, la que precisamente se concretó en la fórmula de la especificidad cultural– provocaron varios cambios de postura en un corto plazo de tiempo. Hemos visto ya la palinodia del Parlamento europeo que, en el plazo de dos meses, entre julio y septiembre de 1993, adopta dos resoluciones de contenido distinto, una primera a favor de la especificidad y una segunda a favor de la excepción. Entremedias de las dos resoluciones, en el mes de octubre, los Ministros responsables de los asuntos culturales y del audiovisual se habían manifestado a favor de la excepción cultural. He aquí los datos de un desorden que provocó la ausencia de un mandato preciso a la delegación y la indefinición conceptual que venía arrastrando la noción de excepción cultural. Precisamente, la formulación más concreta acerca de la excepción vendrá con la aludida reunión de los ministros de Cultura, celebrada en Mons (Bélgica), en la que es precisada en los siguientes seis principios que, paradójicamente, como advierte Regourd⁴³, –he aquí un ejemplo nuevo del nebuloso magma lingüístico en el que se mueve el tema– coinciden *ad pedem litterae* con los principios tomados por el negociador de la Comisión para identificar el estatuto de la especificidad cultural: 1) exención de la cláusula de nación más favorecida, 2) mantenimiento y desarrollo de las ayudas públicas y de las subvenciones, 3) mantenimiento de la potestad de reglamentar las tecnologías y los modos de transmisión, 4) mantenimiento de la libertad de ayudar al sector audiovisual, 5) no sujeción al principio de elevación progresiva del nivel de liberalización y 6) mantenimiento del acervo comunitario, en particular, de la directiva “Televisión sin Fronteras”.

El camino recorrido hasta aquí nos permitirá ahora, para concluir este análisis sobre el significado y contenidos de la excepción cultural, comprender mejor las graves consecuencias de la aplicación a la cultura de la triada de principios en los que descansa el armazón jurídico de la OMC, el de nación más favorecida, el de tratamiento nacional y el de acceso a los mercados.

En síntesis, el principio de nación más favorecida –cuya explicación hemos abordado en el apartado I.2– es una cláusula a la que corresponde el efecto mágico de multilateralizar a terceros Estados toda ventaja bilateral que dos o

⁴³ Serge REGOURD, *cit.*, pág. 82.

más Estados se puedan ofrecer entre sí. Puede comprenderse que este principio golpea el nervio mismo de la lógica de la cooperación cultural entre países cultural o lingüísticamente afines, que pueden querer establecer acuerdos de colaboración privilegiados, precisamente y no para otra cosa que para la afirmación y desarrollo de su afinidad, en diferentes ámbitos culturales como, por ejemplo, el de la cinematografía y el audiovisual. Semejantes consecuencias se producen en las políticas culturales de ayuda al desarrollo, que podrían ser declaradas nulas, por incumplimiento de las reglas del GATT, salvo que se ofrecieran las mismas condiciones a todos los demás Estados partes.

El principio de tratamiento nacional y de acceso al mercado se caracteriza, como asimismo vimos más atrás, por el hecho de extender el trato nacional, como si realmente fueran propios, a los productores y los productos extranjeros. En su aplicación al audiovisual, este principio conlleva la anulación efectiva de la política de ayudas públicas. Las ayudas, de entrada, no están prohibidas por el sistema del GATT, pero la regla del tratamiento nacional obligaría a extenderla a todos los productores o prestadores de servicios extranjeros, incluso hasta de actividades organizadas como servicio público. El dislate al que arrastra este principio es tal que, como señala Regourd, en el supuesto de un fondo de financiación obtenido a través de los ingresos de las entradas de las salas de cine ¡las películas americanas deberían ser las principales beneficiarias del reparto de dicha cuenta especial del Tesoro público!

Y, por último, el principio de acceso al mercado impide toda política de establecimiento de cuotas de importación, distribución y pantalla, lo que, de aplicarse en el ámbito del derecho comunitario europeo, acarrearía la nulidad del conjunto de medidas establecidas a tal fin por la Directiva *Televisión sin Fronteras*".

3. La especificidad general de la cultura y, en particular, de los bienes y servicios culturales ante el comercio

3.1 Introducción: la posible extrapolación de un “*par ailleurs...*”

La justificación de fondo que se da a la excepción cultural, así como al concepto de especificidad de la cultura, apela a la naturaleza dual, económica

y cultural simultánea, de los bienes y servicios culturales. Desde que en 1937 Malraux escribiera, en su *Esquisse d'une psychologie du cinema*, aquellas célebres palabras “*Par ailleurs, le cinéma est une industrie...*” se ha hecho un lugar común reivindicar ese doble carácter de los bienes y servicios culturales.

Sin embargo, el acierto de esta afirmación apodíctica –hecha exclusivamente en relación con el cine– no ha llevado a pensar detenidamente el potencial valor de ese “*par ailleurs*” para otros ámbitos de la cultura. Más allá de ciertas consideraciones someras y de los frecuentes lugares comunes, la pregunta pendiente es: ¿es ésta una característica específica sólo de los productos de las industrias de la cultura o alcanza a otros ámbitos de los bienes y manifestaciones de la cultura?

Es obvio que si la respuesta fuera positiva –y queremos anticipar que lo va a ser– cambiaría el panorama de defensa argumental de la cultura. La excepción cultural del cine y audiovisual dejaría de ser un caso peculiar, una “rara avis” en el amplio espectro conceptual de la cultura, y pasaría a ser comprendida como algo natural, inmanente a la naturaleza de la cultura. Adentrémonos en estos nuevos vericuetos intelectuales.

Para ello deberemos indagar en dos terrenos, el jurídico y el económico. El jurídico porque es el lugar donde se dirimen, en las determinaciones que hacen las normas, los equilibrios de intereses contrapuestos que se dan en la sociedad. El económico, por ser el ámbito donde en la civilización actual –una civilización economicista hasta la exasperación que tiende a someter toda la interacción e intercambio humano al mercado– se manifiesta de forma más palmaria el choque de intereses.

Pues bien, aplicaremos la pregunta a las dos grandes instituciones, aparte de las industrias culturales, del universo jurídico de la cultura: la propiedad intelectual y el patrimonio cultural.

3.2 La especificidad en la propiedad intelectual

La propiedad intelectual constituye un campo de especial trascendencia económica y cultural y descansa en una refinada construcción jurídica empeñada, desde su nacimiento, en articular el interés general de la sociedad y el interés privado del creador.

El dato jurídicamente obvio es que la creación es hoy una propiedad, por más que sea una propiedad especial (el Título IV del Libro II del Código Civil español la regula en el rótulo: “De algunas propiedades especiales”). Mas este dato no nos debe arrastrar al error de creer que esto fue siempre así. Hacer de la creación –y, sobre todo, de la creación literaria– una propiedad ha sido una decisión muy reciente. No se han cumplido aún los tres siglos desde que se aprobara la primera ley inglesa del *copyright* –el llamado Estatuto de la Reina Ana, de 1709– y apenas van más de dos siglos desde que se iniciara la regulación del modelo francés de *derecho de autor*. Pero ¿qué pasaba antes? Con anterioridad, la protección se había centrado en el impresor, que era beneficiario de un privilegio de concesión real. En Inglaterra la organización corporativa de los *stationer’s copyright*, que agrupaba a los editores e impresores, cumplía una función reguladora del mercado y de protección frente a la concurrencia, a la par que de censura política en beneficio del gobierno. Precisamente, lo que viene a hacer el Estatuto de la Reina Ana es, aunque concediéndole transitoriamente un plazo de veintiún años de vigencia, suprimir el *stationer’s copyright*, sustituyéndolo por un derecho del escritor a su obra; el otro aspecto destacado es que separa la función de censura de la protección de la propiedad literaria. No muy distinto en Francia es en el fondo el espíritu de los decretos de la Revolución –el de 1791 “relativo a los espectáculos” y el de 1793 “relativo a los derechos de propiedad de los autores de escritos de todo género, de los compositores de música, de los pintores y de los diseñadores”– cuyo propósito no es sino asimismo transferir a los autores el privilegio, que hasta entonces habían disfrutado los editores, pero ahora en la forma de derecho de propiedad.

Este paso de un sistema de “privilegios” en beneficio del editor a otro de “derechos” a favor del autor supondrá un gran cambio no exento de un profundo debate. Debate que aún resonaba en la literatura jurídica del siglo XIX, pues, según nos recuerdan los manuales de Posada Herrera y Colmeiro, la discusión se centró en si las ideas podían ser o no objeto de apropiación privada, es decir, de un derecho de exclusión de terceros como es lo característico del derecho de propiedad. La solución a este dilema fue posible a partir de la sutil distinción entre las ideas en sí y sus formas de manifestación (lo que después se llamará las creaciones de forma); estas segundas serán lo que se admita como objeto de la propiedad intelectual, pero no las primeras. Pero, además y especialmente, el consenso al que se alcanza en torno a una concepción restringida de esta nueva propiedad. Es realmente curioso que, mientras la Revolución Francesa eleva la propiedad, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, hasta el altar de lo “sagrado” (art. 17: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado...”), los referidos decretos de 1791 y 1793 y, otros documentos significados, como

la Constitución girondina de 1793 sancionen, por el contrario, una propiedad limitada *a radice* (art. 18, Sección VI del Título X del Proyecto de Constitución: “Los autores conservan la propiedad de las obras que han impreso, pero la ley no se la garantiza sino *exclusivamente mientras vivan*”) en relación con aquello que es manifestación de lo más genuinamente humano, la capacidad de expresión simbólica a través de la creación cultural. El compromiso que establece la propiedad intelectual aúna dos intereses, de entrada aparentemente incongeniados, el interés privado del autor a señorear sobre su obra y el interés de la sociedad a disfrutar sin trabas de la creación y la cultura. Sólo congenian si ésta se configura como una propiedad limitada. Doblemente limitada, en la extensión y en el tiempo. En su extensión, porque hay actos de goce de la creación protegida (por razones de interés general y, en particular, de acceso a la cultura, tal como, sin ir más lejos, prevén los artículos 31 a 40 de la vigente ley española de propiedad intelectual) que son excepciones o límites al monopolio del autor. Y, aparte, una propiedad limitada en el tiempo, porque no se acepta que la propiedad del autor sea eterna, como lo es la propiedad en general, sino que es temporal, puesto que la obra protegida, después del plazo establecido, ingresa en el dominio público. He aquí el afinadísimo y sutil equilibrio de intereses entre lo público y lo privado. Dicho equilibrio admite diferentes posiciones del fiel de la balanza, pero el *élan* que anima la institución no es el que cada vez más está aparentando en nuestros días, la primacía de lo privado sobre el dominio público. La lógica inmanente a esta construcción es que la creación es dominio público *ad aeternitatem*, a perpetuidad, y sólo temporalmente es propiedad privada del creador. Esta lógica es la que explica la contención con que, originalmente, se concibió el plazo del dominio privado. Conscientes de que estaban consagrando una excepción, los legisladores, imbuidos de la lógica del *odiosa sunt restringenda*, se manifestaron con cicatería a la hora de fijar el plazo. Los primeros plazos en Inglaterra y en los EE UU fueron de 14 años prorrogables por otro lapso igual, siempre que no hubiera fallecido el autor. En Francia, el plazo que consagra el Decreto de 1793 era la duración de la vida del autor y 5 años *post mortem*. El primer plazo que se fijó en España fue de 10 años. La deriva que ha tomado después esta limitación temporal, hacia su ampliación incesante (en el derecho español alcanza ahora los 70 años *post mortem*), debería llevarnos a reflexionar sobre aquel *élan* original porque, con dichas quitas que se le hacen al dominio público en aras de la protección de la creación, ¿no se estará invocando la protección de la cultura en vano para justificar su privatización, desnaturalizando una sabia institución de la modernidad jurídica?

Por si alguna duda cupiera sobre esta primacía de lo público sobre lo privado, valga observar la iluminadora construcción del derecho de patentes (inserto en la “propiedad industrial” que, no se olvide, en otros países forma parte, junto al derecho de autor, del concepto de propiedad intelectual), en el que la patente se configura, según establece en el derecho español la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986, como una concesión administrativa temporal –por 20 años– a su inventor o causahabientes. Explicado de forma más llana, en este caso la invención está ya en el dominio público cuando nace, es objeto de concesión privada temporal en beneficio del inventor y, vencido el plazo de la concesión, retorna a su estado natural primigenio, el dominio público.

Pero esta reflexión no se puede dar por cerrada aún. Quedan otros argumentos de calado que empujan en igual dirección y tienen que ver con el sentido final de otorgar un derecho de propiedad temporal al autor. Es fácil constatar cómo, en aquellos momentos fundacionales del derecho de autor, se gastó alta retórica en favor de esta nueva propiedad; pero tampoco lo es menos que, entre las justificaciones que se dieron en pro de erigir esta excepción –que era la propiedad intelectual– frente a la naturaleza *uti universi* inmanente a los bienes de la cultura, la de promover y estimular la creación ejerció una influencia notabilísima. En otras palabras, reconocer esa propiedad temporal al autor era, se pensaba, una forma excelente de estimular la creación; de ahí que se haya hablado de “propiedad-incentivo”. En consecuencia, más allá de ser una medida de afirmación de institución de la propiedad había otra finalidad muy precisa, instaurar *una medida de fomento* de la creación en la sociedad. Original y brillante solución que fue tan real y vívida en los momentos del nacimiento de la propiedad intelectual que ¡hasta quedó fijada en el lenguaje constitucional! en tiempos en los que asuntos como éste de la cultura eran totalmente ajenos a los textos constitucionales. Nada más ni nada menos que la Constitución de los Estados Unidos de 1786 –que se anticipa más de un siglo a las demás Constituciones en la consagración de la propiedad intelectual– lo dice de forma rotunda en la sección octava del artículo I: “*Se autoriza al Congreso... a promover el progreso de las ciencias y de las artes útiles garantizando, por un tiempo limitado, a los autores y los inventores un derecho exclusivo sobre sus obras escritas y sobre sus invenciones*”. Esta cláusula constitucional era deudora de las leyes dictadas en los años previos por los Estados americanos (valga recordar cómo el preámbulo de la ley del Estado de Massachussets, de 17 de marzo de 1783, arranca con las siguientes palabras: “*Whereas the improvement of knowledge, the progress of civilization, the public weal of the community, and the advancement of human happiness, greatly depend on the efforts of learned and ingenious persons in the various arts and sciences: As the principal encouragement such persons (...) must exist in the legal security of the fruits*

of their study and industry to themselves...”) y, sobre todo, de la construcción inglesa del *copyright*, que había ofrecido al mundo la primera regulación del derecho de autor, en 1709, con el llamado Estatuto de la Reina Ana. Estatuto que había nacido animado por igual espíritu íntimo, el fomento de las artes y las ciencias: “animar a los hombres iluminados a componer y escribir libros útiles”, según decía literalmente.

Estas ideas no fueron una ocurrencia del legislador. Antes bien, se inscriben en un orden de conceptos y de valores emergente en aquellos fundamentales años del nacimiento de la modernidad, que no eran otros que los valores de la Ilustración y de la Revolución Francesa. La reivindicación del individuo como sujeto libre para el que la propiedad era un componente fundamental de la libertad (Hauriou lo resumió sin ambages: la libertad es la propiedad) y la confianza en la importancia para la humanidad del progreso de la ciencia y la técnica, la educación y la cultura empujan, sin duda, esos cambios que apuestan a la vez por el individuo creador y por el progreso de la sociedad. Diderot y Condorcet en Francia, Kant en Alemania y Locke en Inglaterra coincidirán, desde diferentes argumentos, en la defensa de la razón pública y de la importancia que para ello tiene la expresión libre, la lectura y la protección de la creación intelectual. Diderot, en su *“Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie”*, escrita en 1767, lleva a cabo una defensa del señorío del autor sobre su obra pero asimismo un elogio de la reglamentación pública en nombre de las Luces. A su vez, Condorcet, en sus *“Fragments sur la liberté de la presse”*, en 1776, critica con firmeza los “privilegios de la propiedad literaria” como contrarios al progreso de las luces y se inclina a favor del acceso del público a las obras de creación; no obstante, unos años más tarde se mostrará de acuerdo, junto a Sièyes, en la defensa de un derecho de propiedad a favor del autor, aunque limitada a diez años. Kant, en su artículo *“Beantwortung der Frage: Was Ist Aufklärung”*, publicado en 1784, vincula el uso público de la razón a la producción de la lectura y el escrito y en otros textos posteriores define la obra literaria como un discurso por el que el autor se dirige al público y el derecho de autor como un derecho innato⁴⁴ Y quien, sin duda, ejerció una influencia decisiva en la aceptación de la idea de la propiedad privada del autor, fue John Locke; su concepción acerca de la indisociabilidad de la libertad y la propiedad como base del desarrollo personal, desarrollada en el texto *Two Treatises of Government* (1690), resultará fundamental para el reconocimiento del *copyright* a favor del escritor por el Estatuto de la Reina Ana. Pero su doctrina trascenderá su Inglaterra natal e influirá asimismo en

⁴⁴ Alain STROWEL, *Droit d’auteur et copyright*, LGDJ, Bruselas, 1993, págs. 86 ss.; R. CHARTIER, *Les origines culturelles de la Révolution Française*, Paris, Seuil, 1990.

los primeros decretos revolucionarios sobre la propiedad literaria aprobados por la Asamblea francesa; como ha expresado F. Rigaud, “la conquista del arte por el derecho ha consistido en instituir derechos patrimoniales nuevos en armonía con la ideología del derecho de propiedad heredera de Locke: si la justificación del derecho de propiedad se deduce del valor añadido al mundo material por el trabajo del hombre, nada la iguala más que la apropiación por el escritor o por el artista del provecho proveniente de la divulgación de su obra”⁴⁵.

Estos son, en fin, los elementos y las ideas que concretan una construcción jurídica sutil y originalísima que trata de conjugar un doble orden de intereses, públicos y privados en torno a una institución tan esencial a la cultura cual es el derecho de autor.

3.3 La especificidad en el patrimonio cultural

“Il y a deux choses dans un édifice, son usage et sa beauté. Son usage appartient au propriétaire, sa beauté a tout le monde. C’est donc dépasser son droit que le détruire”. Estas palabras de Víctor Hugo revelan el géminis de la característica duplicidad de intereses en juego presentes en la cultura, ahora en este nuevo caso, en los bienes del patrimonio cultural. Fueron escritas en 1837, en un momento en el que el legislador preocupado por la conservación del patrimonio (la Constitución francesa de 1791 dejó una muestra de esa preocupación al incluir, por primera vez en el mundo y solitariamente durante mucho tiempo, una llamada a la protección de los monumentos), andaba aún tanteando y explorando fórmulas de protección de los bienes culturales, que no resultaban nada fáciles por el vigor que en el siglo XIX seguía teniendo la propiedad privada. En tanto la acción de conservación exigía el ejercicio de poderes exorbitantes del derecho común sobre la propiedad y que restringían las facultades del propietario (prohibiciones de demolición, de realización de obras o de determinados usos, obligaciones positivas de conservación, acciones de restauración, etc...) se hacía difícil justificar sin indemnización esas severas restricciones. Una significada monografía del año 1925, *“L’art et la propriété”*, proporciona un buen testimonio de esas dificultades⁴⁶.

⁴⁵ La cita ha sido tomada en STROWEL (*cit.* pág. 188) y pertenece al trabajo de F. RIGAUD, “Le droit à la découverte de l’art”, en *Annales de Droit*, 1988.

⁴⁶ J. Esteve, *L’art et la propriété*, Nancy, 1925.

Sin embargo, al compás del reconocimiento constitucional de la “función social” de la propiedad y de la afirmación de las cláusulas del interés general presente en los bienes culturales se irá perfilando la doctrina dual de los bienes de la cultura en relación con el patrimonio cultural, aunque tardará en alcanzarse una formulación consistente de ella.

Quien realmente logra la afinación jurídica de esta construcción es el brillante iuspublicista italiano Massimo S. Giannini. Este autor, en un breve pero enjundioso artículo, *I beni culturali*, publicado en 1976, rompe con las insatisfactorias explicaciones anteriores y formula brillantemente, en clave jurídica, la naturaleza dual de los bienes culturales, el poder ser propiedad privada, pero sin por ello dejar de ser bienes destinados al disfrute colectivo. Para ello, bebiendo en las fuentes de las viejas teorías medievales que distinguen entre el dominio útil y el dominio directo y en las teorías que diferencian el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*, propone diferenciar en el patrimonio cultural entre el “bien” y la “cosa”. El que ésta pueda ser susceptible de apropiación y de tráfico jurídico privado no impide la presencia de otro bien jurídico, el valor cultural, como bien inmaterial vocado a la fruición colectiva que, en tanto interés general, corresponde al Estado tutelar.

La reflexión jurídica y la literatura vienen, como vemos, a darse la mano para ofrecernos la conjugación de lo público y lo privado, de lo general y lo particular: la cosa puede ser de mi propiedad, pero no el valor cultural de que es portadora, porque éste es de todos. Estas ideas son las que, precisamente, subyacen hoy, aunque con un lenguaje no tan cristalino como el de Víctor Hugo, en la Constitución española de 1978, cuyo artículo 46 aborda la protección del patrimonio cultural desde ese esquema dual: “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico...” (he aquí la encomienda constitucional de preservación del valor cultural, el valor de todos, como interés general), pero termina añadiendo “cualquiera sea su régimen jurídico y su titularidad” (he aquí el reconocimiento de que esos bienes puedan ser objeto de diferentes regímenes de titularidad y, entre ellos, por supuesto, el de propiedad privada, sin que por ello se pueda poner en cuestión su conservación y enriquecimiento). De ello que tanto la ley estatal de patrimonio histórico, la Ley 16/1985, de 25 de junio, como las leyes autonómicas que han desarrollado la encomienda constitucional estén orientadas por el doble propósito de respeto de las facultades inherentes a la propiedad privada, pero sin por ello dejar de preservar el interés de la sociedad entera a la conservación y goce de los bienes culturales introduciendo las “delimitaciones” de su contenido a tal fin necesarias.

Incluso cabe que la primacía del valor cultural puede llevar excepcionalmente hasta la exclusión de la propiedad privada en relación con algunos bienes integrantes del patrimonio cultural; lo que sucede en el caso de los bienes arqueológicos, declarados *ex lege* bienes de dominio público por el artículo 44 de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985.

Nos queda referirnos a otra vertiente de esta dualidad de intereses presente en el patrimonio cultural, la que se manifiesta en el artículo 30 del Tratado de Ámsterdam, cuyo antecedente se halla en el artículo 36 del Tratado de Roma. Como es sabido, la libre circulación de mercancías es una de las libertades fundamentales del Tratado CE y, por lo tanto, los bienes culturales quedan sujetos a dicha regla, como ha sido afirmado por la jurisprudencia del TJCE (así, la sentencia de 10 de diciembre de 1968, asunto “Comisión contra Italia” o la sentencia de 10 de enero de 1985, dictada en el asunto “Leclerc”). Ahora bien, el aludido artículo 30 recoge un conjunto de excepciones a dicho principio (por razón de orden público, de moralidad y seguridad públicas, de salud...) entre las que incluye un capítulo muy importante de los bienes de la cultura, la “protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional”; adviértase cómo este artículo recuerda casi letra por letra el artículo XX, letra f), del Tratado del GATT, al que nos hemos referido más arriba, por cuanto permite a los Estados signatarios “adoptar medidas para la protección de sus bienes culturales”. Hemos, de nuevo, ante un ejemplo más de la característica dualidad de intereses en un ámbito clave de la cultura, pues el interés económico de desarrollo del mercado interior se ve, en el supuesto de los bienes del patrimonio cultural, derogado por el interés cultural cuya razón de fondo no reside en otra cosa que, internamente, en la preservación de la identidad cultural de los Estados miembros, y, desde una perspectiva supraestatal, en la salvaguardia de la diversidad cultural que expresan los Estados nacionales. ¿Qué es esto, cualquiera sea el nombre que le queramos dar, sino una auténtica y real excepción cultural que atañe a un capítulo fundamental de los bienes de la cultura, cual es el del patrimonio histórico-artístico?

3.4 La especificidad en las industrias culturales

Siguiendo el hilo de la reflexión llegamos a las industrias culturales, de cuyos bienes y servicios se reivindica asimismo –aquí sí hemos de hablar de “reivindicación”, ya que, por ahora, se trata de un postulado no pacíficamente

aceptado– de forma insistente su naturaleza dual, económica y cultural a la vez.

El camino recorrido hasta aquí nos aporta un buen bagaje para el nuevo análisis que vamos a emprender. Realmente, el carácter dual de los bienes y servicios producidos por las industrias culturales no es sino un nudo más en ese largo hilo bifilar que atraviesa todo lo que tiene que ver con la cultura. El hecho de saber, como acabamos de probar, que no se trata de casos aislados sino de una característica general que alcanza a la cultura entera (el derecho de autor, el patrimonio cultural y las industrias culturales, los tres grandes pilares de la cultura en la vida actual), acrece sin duda el poder de convicción de los argumentos con que puede ser defendida la naturaleza dual de las industrias culturales.

En este caso la dualidad de intereses se concreta en las dimensiones económica y cultural. La primera remite, a su vez, más en concreto a los aspectos mercantiles, y la segunda a la cuestión de la diversidad cultural.

Ciertamente, las industrias culturales del cine y el audiovisual, de la música o del libro son poderosísimos canales en los que se producen y mueven en un espacio planetario las creaciones culturales. El fenómeno es de una envergadura hasta hace poco inimaginable. Qué enormes diferencias apreciaríamos si pudiéramos ver representada gráficamente en un mapamundi la circulación de “productos” culturales de hace un siglo y de hoy.

Son innegables las inmensas posibilidades que las industrias culturales han abierto para la circulación de los contenidos culturales en el mundo. Ahora bien, cuando uno deja la superficie y penetra en su realidad descubre también los problemas, los alarmantes problemas que las marcan en la actualidad, a los que ya nos hemos referido en otro momento. Sólo queremos ahora recordar las radicales asimetrías (en las que el polo de comparación privilegiado son los EE UU) que caracterizan el intercambio cultural y que son fuente de una profunda injusticia y causa de una inexorable destrucción de la diversidad cultural en el mundo actual. Centrándonos en la asimetría “menos desfavorable”, la de Estados Unidos y Europa (¿qué no será de los continentes africano, asiático o de América Latina?) recordaremos una vez más ¿cómo es posible que, si Europa y los EE UU producen un número igual de filmes al año –unos 700– las pantallas europeas se vean ocupadas en más de un 80% por películas norteamericanas y que, en cambio, en EE UU no se vea ni siquiera un 3% de cine europeo?

Algo se está haciendo mal y ese mal hacer afecta sobre todo a un valor que hasta hace poco se dio por supuesto, pero que hoy se convierte en un bien escaso, la diversidad cultural. La conclusión no debería ser solamente que Europa –es preciso “deseurocentrar” el debate– tiene un problema con el audiovisual, pues también ha de pensarse que lo tiene un país como EE UU, que se comporta como un país autista incapaz de acceder a otras imágenes del mundo que las que produce domésticamente, y lo tienen la mayor parte de los países del mundo, pues si nos salimos de estas áreas geográficas privilegiadas las asimetrías son aún más exageradas, por imposible que parezca.

A pesar de su vieja etimología latina en la que hemos indagado antes, el concepto de diversidad es un concepto relativamente nuevo. De un “concepto descriptivo” de la conformación cultural de las sociedades humanas, estudiado principalmente por la antropología, se ha pasado a un “concepto aspiración”, que expresa un ideal colectivo que es preciso realizar precisamente porque las circunstancias actuales lo ponen en cuestión; y en tanto esta aspiración se ha situado en los últimos años en “agenda política” de los Estados e instituciones como la UNESCO podemos decir que ahora se ha constituido en un proyecto político.

En efecto, sin que lo que vamos a afirmar signifique ignorar los amplios procesos de aculturación y de difusión cultural que históricamente se han dado, el hecho cierto es que la humanidad siempre desarrolló su existencia en términos de una altísima diversidad. Pero el proceso actual es muy distinto debido a su magnitud, porque abarca el mundo entero y por ello hace saltar las alarmas frente al monocultivo cultural ante el que nos alertaba Levi-Strauss. La potencialidad de incidencia planetaria de los actuales procesos de aculturación es lo que hace temer por el “sistema de diversidad cultural mundial”, que está amenazado.

Preservar ese sistema de la diversidad cultural no fue hasta ahora un objetivo consciente, como tampoco lo había sido la preservación del sistema de la naturaleza, porque tampoco se percibió como problema. Pero, en cambio, hoy lo es y ésta es la razón del emergente movimiento en pro de la diversidad cultural o de propuestas como la excepción cultural. Reconocer la doble dimensión de las industrias culturales supone, en este caso, aceptar que las industrias culturales afectan de forma significativa y directa al grado y calidad de la diversidad cultural a nivel planetario de que pueden disfrutar los seres y los grupos humanos. En un mundo económicamente globalizado a impulsos del librecambismo, la diversidad cultural necesita de protecciones que impidan que la multiplicidad de expresiones de los seres humanos se vea

jibarizada y radicalmente vencida del lado de aquellas empresas productoras de cultura que imponen su hegemonía mercantil. Diversidad habrá siempre, pues la vida cultural es intrínsecamente dinámica. La cuestión es qué riqueza de ingredientes y de qué calidad va a seguir echando la humanidad en el pote en el que se cuece la vida cultural. En el horizonte se cierne una amenaza cierta de que el molino no molture más que harina de un solo grano. Con ella se podrán hacer panes diferentes, pero todos tendrán el mismo sabor.

Esas protecciones y equilibrios, que garantizaban un resultado general de diversidad, hasta hace poco venían dados por un sistema “natural” (cabe calificarlo así, porque el resultado de pluralismo supraestatal al que nos vamos a referir a continuación no era un objetivo explícito) de medidas que generaban, a nivel mundial, un sistema de “pluralismo mundial estatal” que descansaba en la soberanía de los Estados para establecer sus políticas culturales, que plasmaban diferentes equilibrios entre acceso y protección hacia fuera y de reconocimiento de su diversidad interna.

Es cierto que esta pluralización se ha realizado de forma desigual, pero en todo caso es claramente visible en las Constituciones de las últimas décadas el emergente modelo de *pluralismo cultural estatal* (la Constitución española de 1978 es un ejemplo palmario, como también lo son Constituciones alemana, italiana, belga reformada..., o gran parte de las Constituciones iberoamericanas dictadas a partir de los años ochenta). Uno de los rasgos más destacados de las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX es, precisamente, la irrupción en su articulado del asunto cultura: hay en ellas una indudable expansión de la cultura como gran tema constitucional. Y esa irrupción viene marcada por diversos ejes mayores (la elevación del desarrollo cultural al frontispicio de los grandes valores constitucionales, la consagración de los derechos culturales...) pero uno de los más destacados es, precisamente, la instauración de fórmulas de pluralismo cultural. El liberalismo avanzó, a lo largo del siglo XIX, la sanción de las libertades autonomía que atañían a la cultura; en la primera mitad del siglo XX se irá constitucionalizando el compromiso de los poderes públicos en la salvaguardia del patrimonio cultural; y el último cuarto de siglo será el momento de la consagración de los derechos culturales y del desarrollo de fórmulas de reconocimiento de la diversidad cultural interna y de su garantía como pluralismo cultural estatal.

No obstante lo anterior, el texto superior –aun no siendo propiamente constitucional se trata de un texto de relevante significado político y jurídico– que ha asumido de forma más explícita y rotunda el valor de la diversidad es,

hoy por hoy, el Tratado de Ámsterdam cuyo artículo 151.1, originariamente artículo 128 del Tratado de Maastricht, comienza con una declaración (“La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común”), que cumple la doble función de establecer la preservación y desarrollo de la diversidad europea como norte primero de las políticas públicas en materia de cultura de las instancias comunitarias, pero, a la vez, la función de definir Europa como un sistema complejo de diversidad cultural.

Este lenguaje innovador establece un punto de inflexión en el panorama de la protección jurídica de la cultura en el mundo. De hecho, la gran aspiración de los últimos años se está convirtiendo en la reivindicación de la diversidad cultural como valor que atañe a todos los ámbitos de la cultura, la creación, el patrimonio cultural y, asimismo, las industrias culturales. En esa dirección se sitúan actuaciones como la aprobación por la UNESCO, en 2001, de una Declaración sobre la diversidad cultural. No obstante, al no tratarse de un texto jurídico, en la última Conferencia General, en octubre de 2003, se acordó iniciar el proceso para la elaboración de un instrumento jurídico sobre dicho objeto. Al tratarse de un texto que no aborda de forma completa la diversidad cultural –así, no incluye los asuntos relacionados con el patrimonio cultural, que ha sido objeto ya de otros instrumentos de la UNESCO–, el Anteproyecto que en este momento está siendo objeto de debate ha adoptado el título de Convención para la protección de los contenidos culturales y de las expresiones artísticas.

3.5 La especificidad en todas las cosas o la transversalidad de la cultura y su reconocimiento jurídico

Las materias culturales (la literatura, el teatro, la música, la pintura, la gastronomía, el folclore, la fiesta...) responden a una lógica temática de la cultura consistente en asignar esa etiqueta a determinadas creaciones y actividades sociales que reúnen en un alto grado ciertas cualidades culturales y que forman el núcleo duro del concepto de cultura. Es fácil apreciar que este sistema conceptual no casa con la noción de “industrias culturales”, en tanto éstas responden a una lógica clasificatoria distinta, la lógica económica de estructuración, también temática, pero de otro campo, el de los sectores de la actividad industrial: así, las industrias culturales son una más junto a la industria turística, del automóvil o armamentística. Ahora bien, no se puede ignorar que el adjetivo “culturales” es un eslabón que conecta este sector

industrial con el orden de la cultura, en tanto dichas industrias son un cauce de creación, producción y difusión de sus manifestaciones temáticas.

Como acabamos de decir, dicha visión temática de la cultura contrasta fuertemente con las aportaciones de la antropología, que ven la cultura como un concepto holístico y como una dimensión de todos los ámbitos de la vida humana. Sirva recordar, una vez más, la tan rememorada –por tratarse de la primera y, como el tiempo ha revelado, muy acertada– definición que de ella dio Taylor en 1871: “aquella totalidad compleja que comprende los conocimientos, las creencias, las artes, las leyes, la moral, la costumbre y las demás capacidades o hábitos adquiridos por el hombre en tanto miembro de la sociedad”.

La inclusión de “las leyes” en la definición explica las dificultades que ha tenido el derecho para asumir la cultura en sentido antropológico como objeto de regulación, pues ¿cómo es posible que regule desde fuera algo de lo que es parte interna? El caso es que, a pesar de dicha dificultad, las Constituciones, y las propias leyes, han ido incorporando como objeto explícito de protección, sobre todo en el último cuarto de siglo, la cultura como “ámbito global” de acuerdo con ese sentido de totalidad compleja elaborado por la antropología. Así, sin ir más lejos, la Constitución española de 1978, en el propio Preámbulo declara la voluntad de proteger las “culturas, lenguas, tradiciones e instituciones” de los españoles y los pueblos de España. Pero lo que el derecho no había encontrado era la fórmula para incorporar la transversalidad u horizontalidad de la cultura a todos y cada uno de los “ámbitos concretos” de la vida humana, para atender la dimensión cultural, con independencia de que forme o no parte de los temas reconocidos formalmente como culturales, que tiene toda la creación humana.

La solución vendrá de la mano del Tratado de Maastricht que trajo, en 1992, una aportación esencial en relación con este asunto por cuanto, por primera vez en un texto jurídico constitucional o de rango equivalente, se aborda la toma en consideración de la dimensión cultural presente en todos los ámbitos de la vida humana: “*La Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas*”.

Estas asépticas palabras del artículo 151.4 TCE esconden, empero, una de las innovaciones más originales del “constitucionalismo cultural” tan laboriosamente gestado a lo largo de las últimas décadas. Y resuelve con una sencillez realmente pasmosa un asunto tan complejo como es el de la

llamada transversalidad de la cultura. La aportación de este precepto es extraordinaria en múltiples direcciones, pero no es la menor la conceptual, porque nos ofrece ahora la posibilidad de construir una explicación profundamente lógica que armoniza las dos concepciones, temática y antropológica, del concepto de cultura.

La explicación que subyace a este precepto sería la siguiente: el derecho ha ido asumiendo a lo largo de un dilatado proceso histórico un concepto temático de cultura mediante la progresiva incorporación de las llamadas “creaciones de forma” (literatura, arte, música, pintura, ciencia...) y de otras materias y aspectos organizados por relación a otros criterios, como el histórico (patrimonio cultural...) significados socialmente por su reconocimiento como materias culturales típicas, materias culturales “per se”. Se trata de un proceso que no ha tocado fin y en el que se puede constatar una evolución histórica clara –el número de materias culturales no es estático, sino que crece continuamente, dejando atrás la inicial visión elitista de la cultura, que reducía ésta temáticamente a la “alta cultura”– de forma especial en el plano constitucional. Como muestra, valgan los dos ejemplos siguientes: el artículo 45 de la Constitución española de 1931 incorpora las “bellezas naturales” en la noción de patrimonio cultural y, a su vez, la Constitución actual hace lo mismo respecto de las “lenguas” que, en palabras del artículo 3.3 CE, son “un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección”.

Pero retomemos el hilo de la reflexión acerca de la dimensión cultural presente en las materias o asuntos “no culturales”. Ciertamente, como nos enseña la antropología, todo tiene una dimensión cultural. Ahora bien, deberíamos completar este postulado con un matiz importante, que nos sitúa ante el núcleo gordiano de la cuestión. Sí, todo tiene una dimensión cultural, sólo que en algunas cosas, en las ya reconocidas formalmente por la sociedad como culturales a las que nos hemos venido refiriendo, esa dimensión es dominante y hasta se benefician de una presunción formal para considerarlas como integrantes de lo cultural; pero ello no significa que el resto de las cosas, en la que por no ser dominante ni formar parte de ese “a priori” formal, esa dimensión cultural no exista. No, esa dimensión sigue existiendo y el hecho es que en algunos momentos o situaciones deja de ser latente o secundaria anteponiéndose a las otras dimensiones (económica, social, técnica...) de que puede ser portadora la cosa o la materia concreta y es entonces cuando, precisamente, afloran los valores o intereses culturales jurídicamente protegibles y se ponen en marcha los mecanismos jurídicos diseñados a tal efecto. Hablemos de nuevo con ejemplos. ¿Un teclado de

ordenador tiene que ver con la cultura? La respuesta inicial de un jurista sería que no, porque no lo reconocería como parte de alguno de los temas jurídicamente culturales. Podría, empero, serle reconocida una dimensión cultural si, por ejemplo, el teclado hubiera sido diseñado por un reconocido artista o si fuera materia de una obra de arte, de un collage o una escultura. Pero, aun sin darse esos supuestos que lo otorgarían el estatus de objeto artístico, el teclado de ordenador tiene otras dimensiones culturales latentes (por ejemplo, un antropólogo nos podría argüir su vinculación a un modo de producción y de desarrollo de la relación social o su condición de instrumento que hace posible el desarrollo de la escritura de una lengua). Esta última dimensión cultural escondida es, precisamente, la que afloró al primer plano con ocasión del Real Decreto 564/1993, de 16 de abril, por el que el Gobierno español estableció la obligación de que los teclados de ordenador importados debieran incorporar la letra “ñ”, porque –sin para nada por ello negar que se trata de un objeto fundamentalmente comercial– la carencia de ese signo gráfico creaba una dificultad para el uso y el desarrollo de una lengua determinada, el español, para el que dicho signo es su principal marca gráfica de identidad. Dicho Real Decreto, en su exposición de motivos, invocaba justamente el principio comunitario de preservación de la diversidad cultural sancionado por el Tratado de Maastricht.

Llegados aquí, el círculo conceptual empieza ya a cerrarse. Las consideraciones anteriores nos permiten entender mejor la situación bifronte de las industrias culturales y las vías jurídicas que se abren para la toma en cuenta de su dimensión cultural, muy fuerte en este caso. Las Constituciones y las leyes, cada vez más, incluyen afirmaciones acerca de la dimensión cultural de la industria del cine, el audiovisual, el libro o la música y en la administración cultural de los últimos años se aprecia una firme tendencia a la ubicación de las competencias sobre dichas materias en los Departamentos de Cultura, en vez de en los de Industria o Comercio, como sucedía con anterioridad. Pero se trata de una batalla aún políticamente no ganada. De hecho, desde el punto de vista jurídico no se ha asumido aún que las industrias culturales formen parte del núcleo de la cultura sino que, según la explicación que dábamos antes, la dimensión cultural sólo ocupa en ellas por el momento un lugar secundario. Ejemplo mejor de esto que decimos no lo podemos encontrar que en el derecho comunitario europeo. Aun dándose la circunstancia de que el artículo 151 TCE acoge un concepto de cultura moderno, por cuanto entre los ámbitos de acción pública que enumera cita expresamente el “sector audiovisual” (151.2), esta mención de significado destacado –son muy escasos los textos constitucionales que hoy por hoy nombran al sector audiovisual como parte del sistema de la cultura– no ha sido suficiente para que la acción comunitaria sobre el cine y el audiovisual se

apoye en dicho apartado, sino que las actuaciones seguidas (piénsese, por ejemplo, en las numerosas directivas del derecho de autor o en la directiva Televisión sin Fronteras) se están amparando, paradójicamente, en el artículo 157, que es el precepto del Tratado que regula la acción comunitaria sobre la industria. Sin embargo no por ello se deja de tomar en cuenta la dimensión cultural, dado que en la práctica sí se está asumiendo a través del antes referido apartado 4 del artículo 151 TCE en tanto, como veíamos, abre una puerta lateral de entrada en lo cultural a las demás actuaciones no culturales.

En conclusión, el carácter dual de las industrias culturales no es un eslabón perdido sino un nudo más de un hilo continuo que recorre todos los ámbitos de la cultura. El análisis realizado hasta aquí nos ofrece, sin duda, un granado racimo de ideas, un sugerente filón teórico para avanzar en la comprensión de la singularidad de la cultura entera, de cara a la justificación de medidas jurídicas como la excepción cultural o de técnicas como la del reconocimiento jurídico de la transversalidad de la cultura que ofrecen una salida ventajosa a la toma en consideración de la dimensión cultural de las industrias culturales concretada, por ejemplo, en la adopción de ayudas o de medidas de protección como las previstas en la referida Directiva Televisión Sin Fronteras. No obstante, el camino por recorrer aún es largo hasta que se plasme en los proyectos políticos una consideración razonablemente justa del fundamental rol que representan las industrias culturales en el desarrollo del derecho de la cultura y en la preservación del sistema de diversidad cultural de la humanidad.

4. Diversidad cultural, libertades fundamentales, interés general y bienes públicos colectivos

Una de las críticas que de forma recurrente se hacen a la excepción cultural y a las políticas de protección de la diversidad es que conllevan sacrificio de los derechos fundamentales, en concreto, de la libertad de elección personal y de la libertad de empresa. Sin embargo, estos ya “lugares comunes” de la crítica a la excepción, que el escritor Vargas Llosa sintetizaba recientemente⁴⁷, se tienden a apoyar argumentalmente en una comprensión simplificadora del significado de ambas libertades.

⁴⁷ Mario Vargas Llosa, “Razones contra la excepción cultural”, *El País*, 25 de julio de 2004.

La libertad de empresa no es una libertad absoluta, tiene límites como los tienen todas las libertades y derechos fundamentales, cuales serían, por ejemplo, la prohibición de crear organizaciones económicas con finalidades inmorales o delictivas. Pero la libertad de empresa, en lo que nos interesa ahora aquí, está sujeta a otros límites derivados del interés general, con una particular intensidad en el mundo de lo económico. Esto es patente. Ninguna otra parcela encontramos en la Constitución española tan amojonada por el interés general como la de lo económico (arts. 33, 34, 128, 130, 131...). El artículo 34, tras una primera afirmación de reconocimiento de la “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” realiza ya la primera gran llamada de atención al afirmar que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio “de acuerdo con las exigencias de la economía general...”. Más adelante, el artículo 128 establece que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad *está subordinada al interés general*”, para proseguir reivindicando la iniciativa pública en la actividad económica y la posible reserva al sector público, incluso en régimen de monopolio, de recursos o servicios públicos, así como la intervención de empresas cuando lo exigiere el interés general. A su vez, el artículo 130 recuerda la obligación de los poderes públicos de atender “la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos...”.

El concepto de interés general es la piedra angular de la acción pública para la organización en la vida en común. La Constitución española de 1978 formula lapidariamente esta idea cuando afirma el servicio del interés general como la razón de ser de la Administración Pública (art. 103: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...”). La determinación del alcance de los intereses generales (las aspiraciones o necesidades sociales acreedoras a tal calificación) corresponde a los poderes público democráticos y, en especial, al legislador. Las técnicas a través de las que se instrumenta la protección del interés general pueden adoptar fórmulas variadas: servicio público, dominio público, reglamentación y regulación... Sin embargo, no siempre el servicio del interés general exige titularidad o gestión pública; ésa es la razón de la existencia de, por ejemplo, fundaciones (que son personas jurídicas privadas) o de asociaciones de utilidad pública. En relación con el alcance, hay un núcleo de intereses generales –aquellos que forman el corazón de la propia institución estatal– respecto de los que no se corre el riesgo de dejar su determinación a la posible volubilidad del legislador ordinario, sino que es la propia Constitución la que los concreta y fija cubriéndolos con la armadura de sus especiales garantías (así, la defensa, la seguridad, la justicia...); pero en otros la determinación constitucional de los intereses generales se lleva a cabo de forma menos acabada, pues aparecen

enunciados genéricamente o se encuentran implícitos en determinados valores o principios constitucionales. Como hemos podido comprobar al analizar las grandes instituciones jurídicas de la propiedad intelectual y del patrimonio cultural, la cultura se manifiesta como una materia intensamente portadora de intereses generales.

En lo que toca al otro foco de la crítica, el de la restricción de las libertades personales que también es alegado a menudo de forma vaga, pues quienes así argumentan no suelen detallar cuáles son las concretas libertades personales afectadas, queremos entender que las libertades concernidas serían las de expresión y de acceso a la cultura. La libre expresión –y, en su manifestación específica en la cultura, la libertad de creación cultural– resulta tan esencial a la cultura que es como el aire u oxígeno a través del que respira aquélla, lo que hasta puede justificar una concepción más generosa de sus límites en aras de no imposibilitar la función revulsiva que acompaña a la creación artística⁴⁸. El libre acceso a los bienes y servicios culturales no vendría a ser aquí sino otra vertiente de la libertad cultural desde el lado del receptor.

Una adecuada valoración de la libertad de empresa muestra que ésta no tiene, en contra de lo que se nos dice, por qué verse necesariamente restringida por la existencia de medidas de fomento y protección de la cultura. Los grandes servicios públicos culturales (los museos, archivos o bibliotecas, por ejemplo) en modo alguno son atentados a la libertad de empresa, pero como tampoco lo son las medidas que se puedan establecer, en relación con las industrias culturales, para la defensa y promoción de la creación propia y de la diversidad. Las medidas habrán de ser, eso sí, proporcionales y respetuosas del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 53 de la Constitución), lo que no ocurriría si, por ejemplo, por poner dos ejemplos extremos, la producción cinematográfica fuera configurada como un servicio público en régimen de monopolio o, en aras de la protección de la cinematografía nacional, se prohibiera la importación de filmes extranjeros. Como ha quedado demostrado, el interés general es un límite legítimo de la libertad de empresa y dicho interés general en la cultura presenta múltiples concreciones en el propio Tratado de la CEE y en la Constitución española, que son la fuente de legitimación de las políticas públicas en la materia. Ya vimos que el artículo 151 TCE arranca afirmando el principio de diversidad cultural, principio que ahora inunda el texto entero de la nueva Constitución europea (Preámbulo, artículos I-4, II-82, III-121, III-280...). Por su parte, la Constitución española de 1978 se halla iluminada toda ella por el principio de

⁴⁸ J. Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 224 ss.

pluralismo cultural, que ya anuncia en el propio Preámbulo (“La Nación española... proclama su voluntad de: “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”) y una plétora de preceptos encomiendan a los poderes públicos importantísimas tareas para el desarrollo de la cultura, de la participación en la vida cultural y de la garantía de los derechos culturales de los ciudadanos (Preámbulo, artículos 3, 9.2, 20, 25.2, 44, 46, 48, 50, 148, 149...). Entre todos ellos deseamos hacer dos subrayados. El primero es en el artículo 149.2 CE, por cuanto marca un énfasis muy particular en la forma de expresar en el lenguaje constitucional el compromiso de los poderes públicos con la cultura cuando afirma el “servicio de la cultura” como “deber y atribución esencial” del Estado. Nada más ni nada menos que un “deber esencial” –un énfasis como éste no lo encontramos en ningún otro asunto en el texto constitucional, sólo en relación con la cultura–, que hace posible que se pueda calificar el Estado español como un Estado de Cultura, al igual que en otros países europeos antes se había hablado de *Stato di Cultura*, *Kulturstaat* o *État culturel*⁴⁹. El otro subrayado nos sitúa en el párrafo quinto del Preámbulo, donde se proclama la voluntad de “promover el progreso de la cultura y la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”. Por cuanto las industrias culturales se hallan en un cruce de caminos entre intereses económicos y culturales, este apartado resulta altamente luminoso sobre la inseparabilidad de lo económico y lo cultural para el bienestar de los ciudadanos y sobre la necesidad de conjugar ambos mundos en el marco de las apelaciones reforzadas al interés general que embridan la economía y la libertad de empresa. Los seres humanos tienen necesidades materiales que atiende el orden económico, pero también tiene necesidades simbólicas que atiende el orden de la cultura y que no pueden dejarse de tomar en cuenta: la fusión de ambos órdenes se produce en el concepto de “calidad de vida”, tal como propone ¿o, quizás, explica? didácticamente el Preámbulo constitucional.

Tampoco se hace difícil la respuesta a la crítica relacionada con la libertad personal de acceso a la cultura. Resulta innegable que las industrias culturales generan importantes oportunidades de desarrollo y de ejercicio de la libertad personal de elección y acceso a la cultura. Pero el mercado, como hemos tenido ocasión de ver, tiene limitaciones congénitas a la hora de detectar y poder satisfacer determinados valores y aspiraciones sociales, cual es la preservación de la diversidad cultural. La acción pública en aras del interés general tiene aquí su justificación en superar esas limitaciones y contribuir a no otra cosa, justamente, que a ampliar la latitud de la libertad de elección

⁴⁹ J. PRIETO, *cit.*, págs. 213 ss.

cultural, a ensanchar las posibilidades de escoger del ciudadano sin privarle de una parte de la diversidad cultural y, menos aún, de aquella que forma parte del entorno en el que desenvuelve su vida. Frente a una concepción de la libertad de expresión subordinada a la libertad de empresa (pues, en el fondo, esta es el equívoco falaz que subyace al postulado de que la libertad de empresa y el mercado son, en el caso de las industrias culturales, los instrumentos idóneos de expresión de la diversidad y de la oferta de opciones) se hace preciso afirmar la autonomía de la libertad de expresión frente a aquella y encajar la interpretación de ambas libertades en el sentido final del orden económico y del cultural (fernando de los ríos,,,) Es, en efecto, la intervención correctora del poder público para subsanar los fallos del comercio internacional lo que puede contribuir de verdad a que la libertad de elección se ensanche tanto en cantidad (diversidad más amplia) como en calidad (diversidad más variada) de la oferta. Ante las acusaciones de falta de apertura que se hace a los países europeos a causa de las políticas de protección de su cultura nacional, cabe preguntarse, ¿qué mercados son *realmente* más abiertos, el americano, que no da entrada real ni siquiera a un 3% del cine europeo, o los mercados europeos, que reciben y ven más de un 80% de cine externo, fundamentalmente norteamericano, y, además, se esfuerzan por reservar un espacio para la producción y oferta de cine europeo y nacional? Como acertadamente afirma el constitucionalista alemán Häberle, entre pluralismo cultural (que es una fórmula institucional pública de construcción de la diversidad) y libertad personal no hay colisión ni resta sino, antes bien, una profunda sinergia: la debida oferta y representación por el poder público de todas las opciones culturales que, en sus diferentes escalas, afectan la vida de los individuos y de los grupos es lo que determina su libertad real de elegir⁵⁰. Si los poderes públicos renuncian a ejercer su función equilibradora, es entonces cuando, sin duda, se estará mutilando la libertad.

5. La cultura ¿una excepción económica?

Los argumentos anteriores sobre la especificidad jurídica de la cultura tienen su correlato en la economía, donde en los últimos años se han dado grandes avances teóricos en el análisis económico de las materias culturales, que vienen a probar la existencia también de una especificidad económica de la cultura.

⁵⁰ P. Häberle,

Se trata de un fenómeno muy reciente, pero de gran brío. Tradicionalmente la ciencia económica no se había interesado por el análisis de la cultura como objeto de la economía. Basta leer a los padres fundadores –Adam Smith y David Ricardo...– para verlo; si bien observaron los efectos externos de la inversión en las artes, no consideraron que éstas tuvieran capacidad de contribuir a la riqueza de la nación, ya que, pensaban, formaban parte del ocio. Para ellos la cultura no era un sector productivo y ésta es la convicción que animó a la generalidad de los estudios económicos durante mucho tiempo. Sólo de forma esporádica se pueden encontrar algunas aproximaciones de la economía a las artes (entre las contadísimas excepciones se halla el número especial, en 1910, dedicado a “El arte y la economía”, de la revista *Volkswirtschaftliche Blätter*), o algunas consideraciones marginales en los autores clásicos. El gran profesor de Harvard y consejero de la Administración Kennedy, J.K. Galbraith, había observado concisamente, en *Economía y proyectos públicos* (1974), la importancia creciente que estaban llamadas a adquirir las artes; pero él mismo no incorporó al análisis de esta cuestión su actividad teórica, de la misma forma que les ocurrió a otros economistas, incluso de tan acendrada sensibilidad cultural como John Maynard Keynes. Profundamente comprometido con el desarrollo cultural de su tiempo –de hecho, fue él quien convenció, en 1940, al Primer Ministro inglés sobre la necesidad de crear, y llegaría a ser su primer presidente, el *Council for Encouragement of Music and the Arts*, antecedente del actual *Arts Council*– esa sensibilidad, empero, no tuvo reflejo en su obra teórica.

Sin embargo, como decimos, las cosas han cambiado visiblemente en los últimos años. Por un lado, los análisis macroeconómicos abordados recientemente en numerosos países (valga recordar ahora, entre ellos, los promovidos por el Convenio Andrés Bello y la Fundación Autor y la SGAE) han ofrecido datos que han causado gran sorpresa, al revelar el enorme peso económico de la cultura, que le sitúa a la cabeza de los sectores que más aportan al producto interior bruto y como uno de los más dinámicos en la creación de empleo.

Pero no se quedan atrás las aportaciones de los análisis microeconómicos, donde el célebre estudio de Baumol y Bowen, *Performing Arts*, publicado en 1966, sentará las bases de una nueva especialidad, de una Economía de las Artes y de la Cultura, actualmente en claro ascenso. Estos autores, aplicando los conceptos básicos del modelo de oferta y demanda a las artes escénicas, descubren el “dilema económico de las artes de interpretación” que padecen

una “enfermedad de los costes” por la que, desde el punto de vista de la oferta, con el transcurso del tiempo, tienden a crecer continuamente más que el nivel general de los precios. Las razones de esta enfermedad están en que las artes de interpretación artística utilizan una tecnología de producción fija que no puede absorber el progreso técnico del resto de la economía, ni tampoco originar los correspondientes aumentos de la productividad del trabajo. Albi nos propone un ejemplo claro, “interpretar un cuarteto de Mozart o Bethoven, necesita el mismo tiempo de ensayos y ejecución ahora que hace dos siglos. En cambio, los trabajadores del sector de esas artes interpretadas obtienen incrementos reales de remuneración al igual que el resto de los trabajadores de la economía, aunque su productividad no haya aumentado como la de éstos. El resultado es que los costes reales medios de la interpretación crecen más que los de otros sectores económicos, lo que origina que las artes interpretadas sean cada vez más caras”. A su vez, desde la perspectiva de la demanda, el estudio deja ver otras características singulares, como es el hecho de que la demanda se comporte de forma elástica a los incrementos de renta, pero inelástica respecto al precio.

Los “descubrimientos” de este análisis serán de una trascendencia grande. Por un lado, la “enfermedad de los costes”, este alejamiento imparable de los ingresos y de los gastos, aportará un poderoso argumento para la justificación, aunque no obligada, de las subvenciones públicas.

Por otra parte, este análisis será la semilla que germinará en los años posteriores en un racimo de análisis económicos del arte y de la cultura –y muy especialmente del patrimonio cultural– que siguen explorando en esa especificidad y que tienden a afirmar las profundas implicaciones entre ambos conceptos, así como la necesidad de poner fin al divorcio con que tradicionalmente se han conducido ambos campos, como propusiera, el 18 de enero de 1983, Jonh Galbraith en la conferencia que impartió, a invitación del Arts Council, con el título “El artista y el economista. Por qué deben encontrarse”.

Esta puerta abierta por la economía ha generado un flujo de reflexiones, en la misma línea de la búsqueda de la especificidad, que se proyectan a otros sectores, como es el caso de las industrias culturales hasta el punto de plantearse la pregunta de si las industrias culturales no constituyen una “excepción económica”. El fundamento de esta pregunta no estaría tanto en las especificidades en relación con la producción, la difusión y la recepción que presentan –las especificidades las tienen, pero no son exclusivas de las industrias culturales, dado que las encontramos en otros bienes y servicios

económicos no culturales– sino en la particular combinación e intensidad con que se dan. S. Peltier⁵¹ sintetiza esas singularidades en el hecho de ser bienes de experiencia, en la importancia de los comportamientos imitativos y de las economías de escala con una valoración muy incierta y con un sistema de tarificación particular.

La calificación como bienes de experiencia –como bienes de creencia han sido también llamados– surge de la asimetría informacional que caracteriza a estos bienes, pues, a diferencia de los bienes tradicionales, ni el precio ni sus características son indicadores de la satisfacción que procurará el bien. Sólo después de la experiencia de su consumo se revela la “calidad” o la aceptación del bien y, a diferencia de otros campos, esa incertidumbre no afecta a sujetos individuales sino al conjunto de los potenciales consumidores. Tirando de este mismo hilo, encontramos asimismo que el consumo cultural se caracteriza por las externalidades (los beneficios que aprovechan a otros sujetos distintos del productor) de red que generan. Este tipo de externalidades de red –como explica Peltier– normalmente venían siendo consideradas características de las redes tecnológicas (así, por ejemplo, la utilidad de integrarse en la red telefónica no es invariable sino que aumenta según acrece el número de abonados), pero no de otros ámbitos. Aquí radica la singularidad, en que los bienes culturales revelan externalidades de red, pero, en este caso, se trata de externalidades de naturaleza sociológica, en tanto son consecuencia de fenómenos de mimetismo y de contagio social; los consumidores tienden a afrontar la incertidumbre sobre la calidad de la película, el libro o el disco otorgando una elevada importancia al “boca a boca”, a las opiniones de terceros⁵². Todo ello determina asimismo un notable riesgo de producción, que se hace especialmente elevado en la industria del cine. El hecho de no poder “explorar” el comportamiento del mercado mediante prototipos, como, por el contrario, es usual en otros bienes y servicios, genera una característica incertidumbre en la inversión que –salvo algunos sucedáneos del prototipo, como sería el “remake” de una película– la enfrenta a una permanente apuesta y acto de fe.

Hemos dejado para el último lugar –si bien hemos de advertir que no con ella se pueden dar por agotada la lista de especificidades económicas de las industrias culturales– la marcada tendencia a las forma de economía de escala que suelen adoptar. Unos costes fijos muy altos y unos costes marginales con propensión a ser muy débiles (esto ocurre ya en el caso de un

⁵¹ Stéphanie Peltier, “Les industries culturelles: une exception économique?”, en *Culture, État et marché*, Cahiers français, n° 312, La Documentation Française, pág. 33 ss.

⁵² Peltier, *ibid.*

libro) incluso a llegar a cero (un ejemplo extremo sería el del cine: altísimo coste de producción de una película, ínfimo coste de producción de una copia en DVD y, más aún, de una descarga informática) explican en buena medida la hegemonía hollywoodiana en el mercado mundial. Este fenómeno, no único sino bastante común en el comercio internacional, otorga la posibilidad de acaparar el mercado entero a aquellos actores que disfrutaron de una ventaja inicial: las majors americanas de esta forma, partiendo de un mercado audiovisual más desarrollado, empiezan a exportar cuando los costes de sus filmes ya han sido amortizados en el interior y se enfrentan a unos costes ya irrisorios de reproducción lo que les permite incluso salvar las barreras lingüísticas y culturales mediante presupuestos más elevados en notoriedad, promoción, suntuosidad,⁵³.

El hecho es que las economías de escala nos retrotraen, en el comercio internacional, a la teoría clásica de las “industrias en la infancia” desarrollada por Hamilton (1791) y retomada por el economista alemán List a mediados del siglo XIX para justificar políticas de excepción al librecambismo. Mientras las industrias nacionales no superen el “estado de infancia”, mientras no adquieran la condición de adultas para competir en el mercado internacional, están justificadas las medidas de protección nacional.

6. Epílogo: del “fin de la excepción” a una nueva excepción universalista

“L’exception est morte” decía hace tres años el entonces todavía presidente de Vivendi. Sorprende la legión de filántropos que en los últimos años se muestran dispuestos a correr con sus exequias. Sin embargo, aunque se pudiera admitir –creemos que razonablemente no se puede– que fuera así, el final de la excepción no nos debería llevar a retroceder sino a seguir avanzando, a aceptar su desaparición de otra forma muy distinta. Por ello, se nos ocurre decir: “L’exception est morte. Vive l’exception”.

No se puede dejar de reconocer que la excepción adolece de dificultades y limitaciones que, en buena medida, se explican por las circunstancias de su propia génesis: 1) más que una excepción cultural es una excepción del

⁵³ Peltier, *ibid.*, pág. 33.

audiovisual; 2) trasluce un acento negativo y defensivo y es, además, un concepto difícilmente asequible al común de los ciudadanos; 3) es una fórmula de alcance limitado, pues ofrece soluciones a aquellos países que disfrutaban de cierta capacidad de desarrollar una industria audiovisual; 4) técnicamente no ha logrado su reconocimiento estable en el sistema de la OMC sino que es sólo una solución que ha permitido ganar tiempo

Con todo, la excepción posee hoy un valor simbólico expresivo de una concepción de la cultura y su espacio público. La experiencia puede probar que no ha sido suficiente, pero no que no haya servido. Justo el país, Francia, que ha mantenido con mayor ahínco una política estable de defensa del cine y el audiovisual, es el que presenta un mejor balance. Países emergentes en la política de *screen quotas*, como es el caso de Corea, lo prueban sin posible contestación: una limitada política de cuotas ha permitido un sorprendente crecimiento de su filmografía nacional, que ha pasado de un 16% en el año 1993 a un 46% el año 2002. Por supuesto, caben opiniones distintas sobre lo que hubiera ocurrido de no haber existido en Europa políticas de defensa del cine. Si aceptáramos aplicar un test de razonabilidad, no sería una conjetura temeraria pensar que sencillamente podría haber desaparecido o quedado reducido a una expresión simbólica aún menor de lo que es: eso es lo que ha ocurrido en aquellos países que no han ayudado a su cine, son muchos los países en el mundo sin industria propia de cine, que carecen de la posibilidad de poder ver reflejada su propia imagen en las pantallas de proyección. Por otra parte, aunque no haya sido un objetivo claro de la excepción, ésta sirvió mucho tiempo, a falta de otros, como lugar de encuentro de las aspiraciones para un mundo culturalmente más rico. No queremos dar una visión angelical, pero esto es cierto.

Por todo ello, resulta necesario gritar larga vida a la excepción, pero sin quedarse detenidos en el pasado. Es inexorable avanzar. Estamos planteando la necesidad de reconceptualizar la excepción desde una visión de futuro. Ello pasa por avanzar en la construcción conceptual de la singularidad de la cultura –hasta ahora, realmente, ésta se ha nutrido más de palpitos de intuición que de tesis argumentadas–, en la que existen grandes filones por explotar, como se ha podido ver en páginas anteriores. Deben dejarse atrás las visiones segmentadas de lo cultural y el aislacionismo de los sectores (por el que el patrimonio, la propiedad intelectual, las industrias culturales son mundos cerrados que no se comunican) y articular un explicación global de la dualidad básica de intereses y valores, públicos y privados, que recorren la cultura entera y, entre ellos, la intensa y constante presencia de intereses generales. Pero no se trata de una tarea sólo teórica o científica. Es, ante todo,

un proyecto que apela a un orden de valores, que implica una concepción del mundo y del papel de la cultura como levadura del desenvolvimiento de las potencialidades más genuinamente humanas (esa superior capacidad de simbolización que marca la cesura entre los seres humanos y los demás seres vivos) y, por tanto, de una libertad personal de más calidad que ahonda la capacidad de disfrute de todas las demás libertades. Y es un proyecto que tiene como horizonte un mejor “vivir juntos”, en tanto la preservación de esos repertorios compartidos de sentidos y modos de simbolizar que son las identidades es fuente de bienestar, seguridad y cohesión social.

Todo ello no es sino en síntesis –para terminar este texto querríamos recuperar las reflexiones con que comenzaba– reafirmar una concepción humanista y universalista del orden cultural del mundo. Esa visión humanista de las relaciones entre cultura y economía debe partir de la aceptación de que ésta está llamada a crear mayor riqueza material a los pueblos pero no a costa de la mutilación o el sacrificio de su riqueza espiritual. Para ello es preciso aceptar un estatuto específico de la cultura que preserve sus valores específicos desde una concepción abierta y universal de la diversidad cultural.

He aquí el gran reto en el que el debate de la diversidad cultural se ha situado en el corazón de uno de los envites mayores a los que se enfrenta en mundo, pues no en vano, como recuerda Joëlle Farchy, “la cultura podría ser la punta de lanza de una revisión más general del orden del mundo; en la medida en que vehicula los valores de una sociedad, se encuentra en primera línea cuando se trata de saber qué lugar está esta sociedad en derecho de reivindicar en el mundo de mañana”⁵⁴.

Se trata, en definitiva, de un proyecto de valores, sustentado en el valor más inclusivo que conoce la especie humana, el universalismo, y, como tal, es un proyecto que debe aspirar a concitar el apoyo de todos, de todas las ideologías y representaciones del mundo. El ejemplo lo dio la burguesía liberal del siglo XIX que comprendió la importancia de preservar los intereses generales y los intereses privados en lo relacionado con la cultura en las dos instituciones más trascendentales, la propiedad intelectual y el patrimonio cultural. ¿Es que hoy no sabremos asumir nuestro papel histórico y situar la cultura y la riqueza que ésta genera, ese depósito de sentidos de vida que envuelve la diversidad, a recaudo de las fuerzas que la degradan y destruyen?

⁵⁴ Joëlle Farchy, *L'industrie du cinema*, pag. 123.

IV. PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES

Del presente informe se desprende un extenso *elenco* de ideas y medidas que podrían tomarse en cuenta en futuras reformas del cine español y de las industrias culturales en general. Con el fin de presentarlas de forma ordenada y de poder incorporar algunas otras propuestas que, si bien implícitas en el análisis, no se formulan como tales en el cuerpo del informe, se procede a continuación a su exposición.

A. Consideraciones de carácter general sobre la protección de la diversidad cultural

1. Una primera observación, que por ser muy general no por ello deja de ser de gran importancia, tiene que ver con el horizonte estratégico de los retos a los que se enfrenta hoy la diversidad cultural de forma especial en relación con las industrias culturales.

En estos términos, una de las urgencias que tiene la cultura es avanzar en la construcción de un orden jurídico internacional que consagre las bases del estatuto jurídico del “sistema de la cultura”, las garantías de sus principios y valores específicos. No obstante los progresos de las Constituciones de las últimas décadas en dicha dirección así como de las legislaciones internas de los Estados, hay cuestiones y problemas que no pueden ser acometidos desde el nivel estatal. Otros campos sirven de ejemplo. La economía y el comercio internacional disfrutaron tempranamente de un orden, concretado en los acuerdos de Breton Woods, que se ha revelado enormemente eficaz y con una incidencia notable en las amenazas que hoy se ciernen sobre la diversidad; el medioambiente y la biodiversidad se benefician asimismo de pasos en esta dirección. Sin embargo, los instrumentos normativos internacionales vigentes relativos a la cultura se muestran inadecuados e insuficientes para los retos y los nuevos problemas que se plantean en ciertos ámbitos de la expresión cultural en el mundo. Hay grandes cuestiones en los que sería muy urgente una acción protectora internacional de carácter normativo, como son los de la protección de los conocimientos de las comunidades tradicionales o, en lo que se refiere al objeto del presente informe, la preservación de la diversidad en las industrias culturales y, en particular, en la industria del cine.

La iniciativa de la UNESCO de promover una “Convención para la protección de la diversidad de los contenidos culturales y de las expresiones

artísticas” es un buen ejemplo en esa dirección, pues ese texto podría ser una palanca para la toma en consideración de la naturaleza dual, económica y cultural, de los bienes y servicios culturales insertos en los procesos de producción y circulación comercial.

2. Desde esta visión estratégica internacional sería asimismo muy oportuno el apoyo a ciertas medidas normativas que comparten dicho objetivo en ámbitos territoriales más reducidos. Así, la última Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno ha acordado iniciar la elaboración de una Carta Cultural Iberoamericana y en una reciente reunión de Ministros de Cultura europeos los participantes han manifestado su deseo de trabajar en igual dirección.

B. Propuestas de carácter conceptual

3. La batalla de la cultura y de la diversidad no se ganará únicamente con acciones legislativas y con medidas de políticas culturales, por idóneas y eficaces que sean. La participación e implicación de los ciudadanos y de los sectores concernidos es fundamental. Esa implicación se deberá concretar en el desarrollo de una nueva conciencia social, la “conciencia cultural” o la “conciencia de la diversidad” como reto del siglo recién comenzado, de igual modo que en las décadas finales del siglo pasado se conoció la emergencia, sucesivamente, de la “conciencia urbanística” y de la “conciencia medioambiental”.

4. La propuesta anterior ha de descansar en ideas y conceptos claros que, en los asuntos culturales que atañen al presente informe, no se dan debidamente. En lo que tiene que ver con el análisis y el conocimiento teórico acerca de la especificidad de la cultura, y en particular de los bienes y servicios culturales, se aprecia la existencia de un discurso aún pobre en aspectos importantes. Las investigaciones de los últimos años relativas a la diversidad y la excepción cultural se han centrado fundamentalmente en los aspectos descriptivos estadísticos y macroeconómicos, en detrimento de análisis conceptuales y teóricos. El impulso de acciones de investigación en ese sentido sería muy oportuno, pues esperablemente vendrían a aportar claridad conceptual y a reforzar la capacidad argumental del discurso de la cultura.

5. Sería conveniente que, aparte del discurso científico, también el discurso público de la “excepción cultural” se desarrollara con mayor rigor y claridad

conceptual. La conciencia cultural referida más arriba sólo podrá llegar a partir de propuestas claras. A tal fin se propone:

- Presentar el problema de la preservación de la diversidad cultural y de las industrias culturales en el horizonte de los ideales del universalismo, sin incurrir en un discurso antimundialista ni confundir la mundialización con la globalización.
- El enfoque universalista se concreta en la existencia de valores ético jurídicos comunes a todos los seres humanos sin exclusiones y, en lo que atañe a la diversidad cultural, en el reconocimiento de todas las expresiones culturales como partes insustituibles de una riqueza humana común.
- El enfoque universalista no es compatible con un planteamiento exclusivamente defensivo de la excepción sino que reclama un equilibrio entre apertura y protección en las medidas de preservación de la diversidad cultural.
- Explicar el valor de la diversidad cultural como un principio comunitario superior con fuerte arraigo en el Tratado de Maastricht y en la nueva Constitución de Europa, que es expresión de la realidad cultural europea.
- No presentar los conceptos de “diversidad cultural” y “excepción cultural” como separados o alternativos e, incluso, contrapuestos. Lo correcto sería definir la preservación de la diversidad cultural como el fin u objetivo y la excepción como una medida para alcanzar ese fin.
- Reforzar el discurso de la singularidad de la cultura y de los intereses generales y públicos de que son portadoras todas las manifestaciones de la cultura (patrimonio cultural, propiedad cultural, lenguas...) y no sólo los bienes y servicios generados por las industrias culturales.

C. Propuesta legislativa en relación con las industrias culturales

6. Entre las propuestas de naturaleza legislativa, podría considerarse la elaboración de una *ley estatal sobre la diversidad cultural y las industrias*

culturales. Dicha ley vendría a ofrecer un enfoque novedoso y oportuno en el panorama de las legislaciones estatales europeas en materia de cultura.

6.1 Novedoso, pues, si bien hay países que disponen de una ley general de cultura (es el caso de la interesante ley colombiana del año 1997), la norma que se propone ofrecería un enfoque pionero, en el ámbito estatal interno, de cara a afrontar la cuestión de la diversidad cultural. Pero la preservación de este valor de la diversidad se debería acotar en un ámbito concreto, el de las industrias culturales, pues una ley general de la diversidad cultural podría ser excesivamente compleja y difícil de articular. Ni siquiera el proyecto de Convención de la UNESCO actualmente en discusión pretende ser un instrumento general sobre la diversidad cultural completa, sino que limita su objeto, en el propio título, a “la diversidad de contenidos culturales y de expresiones artísticas”. Por otra parte, fijar normativamente la noción de “industrias culturales” supondría un enfoque asimismo de gran novedad. Lo usual es que los ordenamientos nacionales afronten las industrias culturales desde un enfoque fragmentario y descoordinado, mediante normas que se ignoran entre sí relativas al fomento y protección de la cinematografía, el libro y la industria editorial, la industria discográfica y fonográfica... *Este enfoque disperso está imposibilitando una comprensión global de las industrias culturales* y de la naturaleza compleja (la presencia simultánea de valores e intereses generales y colectivos y privados) y dual (en tanto bienes a la vez económicos y culturales) que comparten los todos los productos generados por ellas, sin perjuicio de las innegables especificidades que también posee cada una en particular. Por otra parte, la asunción normativa explícita del concepto de “industrias culturales” sentaría las bases para comprometer a otros Departamentos ministeriales –y no únicamente a los responsables de las materias culturales– en las políticas públicas relativas a este ámbito.

6.2 Oportuno, pues sería la forma de dar concreción legislativa estatal al proceso normativo abierto en los últimos años en los órdenes internacional y supranacional. De esta forma, se daría un paso importante en la concreción y asunción estatal de las reglas y principios que pretende sentar la referida Convención sobre la diversidad cultural, actualmente en elaboración en el seno de la UNESCO. Aparte, la ley que se propone entroncaría con la consagración de la diversidad cultural como valor europeo, que enfáticamente realizó el apartado 1º del artículo 128 del Tratado de Maastricht (actualmente, artículo 151 del texto de Ámsterdam) y cuyo contenido ha sido asimismo incorporado por el artículo 280 de la Constitución de la Unión Europea: “La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados

miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común”.

Cabe insistir de nuevo en los valores de claridad y de orientación positiva, frente a otras expresiones como la de excepción cultural, que acompaña a la expresión “diversidad cultural”, y que debería aparecer en el título de la ley, sin que ello suponga menoscabo alguno de las medidas de protección que se puedan prever.

6.3 El contenido de la ley debería centrarse en sentar los principios y bases de las políticas de preservación de la diversidad cultural en relación con los bienes y servicios culturales producidos industrialmente. Entre dichos principios y bases, cabe destacar los siguientes:

- la conexión de los bienes y servicios culturales con el derecho fundamental a la cultura, cuestión clave en este momento desde el punto de vista jurídico, pues en tanto objeto de derechos fundamentales este asunto sólo tiende a tomar en cuenta las libertades económicas, olvidándose la doble dimensión cultural y económica que los caracteriza;
- la vinculación de las industrias culturales con la riqueza expresiva de que es portadora la sociedad, en orden a erigir un sistema de pluralismo cultural que garantice una real y amplia diversidad cultural y la determinación de las responsabilidades públicas en orden a su consecución;
- la afirmación de un enfoque universalista de la diversidad que aborde ésta como una construcción compleja y articulada, en la que la diversidad cultural estatal e interna es parte irrenunciable de la contribución al patrimonio cultural universal de la especie humana;
- la instauración de una visión plena de la diversidad que no se centre exclusivamente en la creación, producción y distribución, como suelen hacer las leyes relativas a las industrias culturales, sino que tome en cuenta asimismo la aportación de éstas al patrimonio cultural;
- la adopción de un enfoque, en lo que se refiere a la acción de los poderes públicos en pro de la diversidad, no exclusivamente “defensivo” sino prioritariamente promocional e impulsor de la diversidad, que suponga un equilibrio entre apertura y protección.

- la afirmación del principio de la pluralidad de agentes y creadores como factor intrínseco para la riqueza y calidad de la diversidad y la determinación, a tal fin, de las condiciones para la existencia de una multiplicidad de oferta creativa así como las condiciones específicas en el sector de las industrias culturales para la evitación de situaciones de abuso de posición dominante.

6.4 La ley propuesta, en tanto norma de principios y bases generales para la preservación de la diversidad a través de las industrias culturales, en modo alguno excluye la existencia de normas sectoriales sobre promoción y protección del cine y del audiovisual, del libro, de la industria discográfica y fonográfica, o de la “industria digital”. Una vez aprobada dicha ley de la diversidad cultural y las industrias culturales, se debería emprender las reformas legislativas necesarias para ajustar dichas normas sectoriales a la nueva política gubernamental sobre industrias culturales. Sin perjuicio de las características y problemas compartidos, cada industria cultural posee sus propios problemas específicos que deberá ser objeto de un tratamiento normativo diferenciado. Por otra parte, tampoco dicha ley estatal impediría el ejercicio de las competencias normativas autonómicas en la materia, en virtud de sus títulos competenciales específicos y de la competencia concurrente plena que constitucionalmente tienen atribuida las Comunidades Autónomas para el fomento de la cultura.

D. Medidas específicas en relación con la cinematografía y el audiovisual

7. *De carácter organizativo y estructural relativas a la distribución.* La industria del cine y del audiovisual debería rediseñarse a fin de superar su congénita fragmentación y dispersión actual en España y en Europa. La producción, y de manera fundamental la distribución cinematográfica, están faltas de una clara dimensión europea, tanto conceptual como de mercado. Ello indudablemente exigiría el impulso de una política europea más firme que la que actualmente adoptan las autoridades comunitarias a través de los programas MEDIA o el Consejo de Europa mediante el programa EURIMAGES. El objetivo de una política como la propuesta, aunque a largo plazo, debe ser ambicioso. Alcanzar el 50% del mercado europeo y el 20% del mercado norteamericano permitiría multiplicar por cinco los ingresos de

los que disfruta actualmente la industria cinematográfica europea. Al mismo tiempo habría, para productores y consumidores, más y mejores opciones, único paso viable para intentar construir una cultura popular más democrática a escala internacional. A tal fin se proponen las siguientes medidas:

- El impulso de estructuras supranacionales de distribución capaces de competir a escala europea y en los mercados internacionales. Estas estructuras, que podrían organizarse como consorcios europeos de distribución, deberían funcionar como grandes centrales de compra de derechos internacionales. En estos consorcios deberían participar todos los agentes interesados: empresas de ventas internacionales, distribuidoras domésticas especializadas en productos europeos, asociaciones nacionales de productores, institutos nacionales de cine y grupos de comunicación europeo. En el caso de que no todos los Estados miembros de la UE logaran ponerse de acuerdo sobre el contenido de una política europea del audiovisual, los Estados decididos a ello deberían actuar a través de políticas de cooperación reforzada (como en el caso de Airbus) a fin de potenciar las posibilidades económicas del cine europeo.
- La distribuidora europea no asumiría la distribución interna de las películas nacionales, que seguirían realizando —al igual que lo han venido haciéndolo hasta ahora— las distribuidoras domésticas. Éstas tendrían que ponerse de acuerdo con la distribuidora europea para realizar la distribución de otras películas europeas no nacionales. El consorcio europeo de distribución europeo se ocuparía del doblaje y subtítulo de las películas sobre las que adquiriera los derechos de distribución, de coordinar las campañas de estrenos y apoyar económicamente las campañas publicitarias de los estrenos nacionales en salas y en vídeo, de centralizar las ventas a las televisiones y debería promover la programación de señales de cine europeo.
- Sería muy aconsejable la existencia de más de un consorcio de dichas características, pues la dimensión del mercado europeo lo permitiría y ello llevaría, a través de la competencia, a una mayor eficiencia en la ejecución de las actividades. La competencia también favorecería la explotación de una mayor cantidad de películas europeas no nacionales en mercados internacionales.
- El apoyo económico y político a los consorcios de distribución no entraría en conflicto con las políticas nacionales, antes bien las

potenciaría. Los productores seguirán, como hasta ahora, financiando, produciendo y amortizando sus películas, con los mecanismos con los que cuentan actualmente, pero, además, podrán acudir a las potentes distribuidoras europeas para explotar sus derechos internacionales.

- Las distribuidoras europeas no tendrán que preocuparse de la inversión en la producción sino que sólo tendrán que ocuparse de apoyar la financiación de la distribución internacional de las películas. Una vez consolidados, los consorcios podrán participar activamente en la financiación de obras, canalizando recursos de la industria audiovisual hacia la producción cinematográfica.
- Un objetivo fundamental de las referidas empresas de distribución sería explotar las películas europeas en el mercado norteamericano. De cara a facilitar la distribución de las películas europeas en el exterior, las instancias comunitarias deberían promover una política de apoyo al doblaje para la difusión de los filmes europeos en el exterior.

8. *Medidas de carácter financiero de apoyo a la producción.* La necesidad de ampliar y de consolidar –para que no tengan que estar dependiendo de la discrecionalidad del gobierno de turno– los fondos destinados al fomento de la creación y de la diversidad en las industrias culturales exigiría un “reenfoque” de las fórmulas actuales de financiación, basadas fundamentalmente en la aportación anual de fondos públicos. Por ello, al igual que se viene haciendo exitosamente en otros países, se propone la creación de un fondo especial, que vendría a agregarse a las aportaciones públicas, constituido por una tasa sobre el precio de venta de los bienes y servicios por un monto equivalente al ahorrado. Igualmente, se debería estudiar la posibilidad de adoptar alguna de las originales medidas de financiación que se aplican en Gran Bretaña, y de forma especial, del fondo especial de la lotería nacional para la financiación de la producción cinematográfica.

9. *Medidas para la formación de los públicos.* La formación de públicos es imprescindible para el buen éxito a largo plazo de las políticas propuestas. El éxito del cine norteamericano en el mundo no es sólo debido a una política comercial altamente eficaz. Uno de sus pilares más fuertes está en que ha sabido crear una gran demanda de ese cine en todo el mundo y ello es evidente en el mismo hecho de que en Europa la industria cinematográfica hace buena parte de su cine al modo y al gusto americano, tanto para ofrecer

obras de calidad como productos “basura”. Sin perjuicio de otras medidas, debe resaltarse como fundamental incluir la formación en la cultura cinematográfica en el propio sistema escolar. A tal fin, resultaría fundamental dar cumplimiento inmediato a la previsión contenida en el artículo 4 de la vigente Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual, de incluir en el sistema educativo la enseñanza de la cinematografía y el audiovisual. La incorporación en el “currícula” escolar de una asignatura que diera noticia de la historia artística del cine sería decisiva para el descubrimiento y la formación del gusto en el cine de calidad por los ciudadanos y para ubicarlo en su contexto cultural en su etapa formativa principal.

10. *Medidas para la libre competencia.* El del cine y el audiovisual es un mercado que, como es conocido, tiende en algunas de sus fases a no respetar las propias reglas para el funcionamiento honesto y transparente del mercado. Las prácticas ilegales contra la competencia (así el block-booking) que se han instalado en la distribución cinematográfica deben ser erradicadas, pues suponen un perjuicio añadido para las posibilidades de difusión de las producciones cinematográficas nacionales y, por ende, para la amplitud de la oferta cinematográfica. Inglaterra ofrece un ejemplo de voluntad de erradicación de estas prácticas ominosas. La vigente ley española del cine incluye entre sus principios el de libre competencia, que debería ser actuado a fin de poner fin a dichas prácticas. El problema es, no obstante, de disponer de información continuada sobre dichas prácticas, por lo que sería conveniente la creación, en el seno del ICAA, de una comisión “ad hoc” con participación de los sectores del cine.

E. Otras recomendaciones

Como complemento de las propuestas anteriores, podrían considerarse asimismo las siguientes recomendaciones:

11. La ley estatal de diversidad cultural e industrias culturales debería contemplar la colaboración de los medios de comunicación públicos y buscar las fórmulas para implicar asimismo a los medios privados en orden a la promoción y difusión de los productos culturales y, en particular, de las creaciones independientes y minoritarias.

12. La creación, dentro del Ministerio de Cultura, de una Dirección General de Industrias Culturales con competencias sobre la industria del cine y el audiovisual, la música, el libro, el videojuego, etc.

13. La creación de un centro o instituto de estadísticas culturales, adscrito a dicha Dirección General, que debería funcionar en coordinación con otros organismos que elaboran estadísticas en el mismo campo o en campos conexos como la SGAE, el Mercado de las Telecomunicaciones y el futuro Consejo Nacional del Audiovisual.

14. Partiendo del análisis y estudio permanente de la situación de cada una de las industrias, se deberían elaborar políticas de apoyo y fomento para la pequeña y mediana empresa cultural y la dotación de un fondo específico a tal fin.

15. La Dirección General podría contemplar la creación de una subdirección de industrias culturales y nuevas tecnologías, con el fin de promover y desarrollar la pequeña y mediana empresa cultural en la Red, así como estudiar, analizar y promover las principales tendencias de las industrias culturales en las nuevas redes.

16. Todas las medidas anteriores y, en particular, las referentes a la ley de la diversidad y las industrias culturales y a la creación del consorcio europeo de distribución deberán promoverse en diálogo con las Comunidades Autónomas y con los agentes interesados (productores cinematográficos, distribuidoras domésticas especializadas en cine europeo, asociaciones de productores y distribuidores, distribuidoras internacionales de cine, etc.).

17. Una forma de impulsar y dar visibilidad al consorcio de distribución y las obras europeas sería la creación de un festival de cine a escala europea, que otorgara premios atractivos en metálico a las mejores películas a cambio de los derechos de distribución internacional.