

# ANTEPROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD DE LOS CONTENIDOS CULTURALES Y DE LAS EXPRESIONES ARTÍSTICAS

## ANÁLISIS Y COMENTARIOS

DE

IVAN BERNIER

(1) : Sr. Ivan Bernier es profesor emérito en la Facultad de Derecho de la Universidad Laval, en la Ciudad de Québec, Canadá. Es uno, en particular, de los expertos independientes designados por el Director General de la UNESCO para elaborar el anteproyecto de convención sobre la protección de los contenidos culturales y las expresiones artísticas.

(2) : A fin de facilitar la lectura y la comprensión del estudio del Profesor Bernier, el lector puede remitirse al texto básico del anteproyecto de convención:

[http://portal.unesco.org/culture/fr/file\\_download.php/35a6b86d9e15924177c3fd96c3f2d396Fr-ProjetConv-conf201-2.pdf](http://portal.unesco.org/culture/fr/file_download.php/35a6b86d9e15924177c3fd96c3f2d396Fr-ProjetConv-conf201-2.pdf) (francés)

[http://portal.unesco.org/culture/en/file\\_download.php/1076646ddafe81baa79c6213f7a9190eEng-PreliminaryDraftConv-conf201-2.pdf](http://portal.unesco.org/culture/en/file_download.php/1076646ddafe81baa79c6213f7a9190eEng-PreliminaryDraftConv-conf201-2.pdf) (inglés)

(3) : El “*Secrétariat gouvernemental à la diversité culturelle*” (SGDC) del *ministère de la Culture et des Communications* (MCC) du Québec desea manifestar sus agradecimiento a la Agencia intergubernamental de la Francofonía, que autorizó la traducción de este texto y su inclusión en su sitio Web:

[http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/eng/pdf/draft\\_analysis-commentary\\_2004.pdf](http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/eng/pdf/draft_analysis-commentary_2004.pdf) (inglés)

[http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/esp/pdf/anteproyecto\\_analisis-comentarios\\_2004.pdf](http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/esp/pdf/anteproyecto_analisis-comentarios_2004.pdf) (español)

## INTRODUCCIÓN

### **1. El tema de la convención**

Al término del mandato confiado por la Conferencia General al Director General de la UNESCO, la Convención debe centrarse en “la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas”. Por lo tanto, la finalidad de la Convención no es la protección de la diversidad cultural entendida en el sentido amplio (como englobando aspectos tan diversos como el conjunto de rasgos distintivos que caracterizan una sociedad o un grupo o, si se quiere, la cultura entendida en un sentido sociológico, los derechos culturales, el patrimonio cultural bajo todas sus formas, los derechos de autor, la expresión cultural, el multiculturalismo), sino la protección de un aspecto preciso de esta diversidad cultural que es la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas. Esto no quiere decir que la convención no esté relacionada con los demás aspectos de la diversidad cultural, sino en la medida en que se establezcan lazos, esto debe hacerse con el fin de contribuir a la realización de los objetivos específicos de la Convención. Varios de

estos otros aspectos de la diversidad cultural, debe recordarse, ya se tuvieron en cuenta en otras convenciones, y si en éstas se han de hacer cambios o agregados, no le corresponde a una futura convención relativa a la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas hacerlo.

La expresión “diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas” que aparece en el título fue interpretada como refiriéndose, de forma más general, a la diversidad de las expresiones culturales. Por consiguiente, esta última fórmula es la que se utiliza corrientemente en la Convención.

## **2. Economía general del anteproyecto de convención:**

El anteproyecto de convención consta, además del preámbulo, de 6 capítulos y 4 anexos. Los dos primeros capítulos, titulados “Objetivos y principios” y “Campo de aplicación y definiciones”, tienen como objetivo esencial delimitar el alcance de la convención. El capítulo 3, el más extenso, tiene como tema los derechos y obligaciones de los Estados partícipes: es la parte propiamente instrumental de la convención, la que prescribe los medios destinados a cumplir los objetivos de la convención. Se subdivide en dos secciones: la primera está dedicada a los derechos y obligaciones a escala nacional y la segunda, a los derechos y obligaciones en materia de cooperación internacional. El capítulo 4 consta de un solo artículo, cuyo tema es la relación de la convención con los demás instrumentos internacionales. El capítulo 5, titulado “Órganos y mecanismo de seguimiento”, establece los mecanismos necesarios para implementar la convención; trata de responder a la petición de que la convención considerada tenga un carácter apremiante. El sexto y último capítulo, titulado “Disposiciones finales”, agrupa una serie de disposiciones típicas que se encuentran en la mayor parte de las convenciones internacionales, esto es, que se refieren a cuestiones como la ratificación, la adhesión, la entrada en vigor y la denuncia de la convención, las enmiendas en la misma, los textos que dan fe y el registro de la convención. Por último, en lo que se refiere a los anexos, los dos primeros complementan, con la ayuda de listas ilustrativas, las definiciones de “bienes y servicios culturales” y de “políticas culturales” que se encuentran en el capítulo 2, mientras que los dos últimos precisan la estructura y el funcionamiento de los mecanismos de solución de los litigios contemplados por la convención

Sobre el fondo, el anteproyecto de convención pretende ser una respuesta a lo que se constata, en el preámbulo, esto es, que “los procesos de globalización, facilitados por la rápida evolución de las tecnologías de la información y la comunicación, si bien crean las condiciones inéditas para una interacción reforzada entre las culturas, también representan una amenaza para la diversidad y un riesgo de empobrecimiento de las expresiones culturales”. La respuesta que da la convención se estructura en torno a algunas ideas básicas que se apoyan mutuamente y esclarecen el funcionamiento de la Convención. La primera de esas ideas es que no se pueden trasladar a la realidad el derecho de los individuos, grupos y sociedades a crear, difundir y distribuir sus bienes y servicios culturales y a tener acceso a los mismos, su derecho a expresarse culturalmente, si se prefiere, sin garantizar, de entrada, el derecho soberano de los Estados a adoptar políticas o medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en su territorio. La segunda idea es que como contrapartida al derecho que se les reconoce, los mismos Estados Partes deben comprometerse a actuar positivamente en favor de la preservación y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales en su territorio. La tercera idea es que dado que los fenómenos que afectan sobre todo la preservación de la diversidad de las expresiones y, por lo tanto, la preservación de la

diversidad cultural misma, son de naturaleza esencialmente internacional, los Estados Partes deben, a toda costa, cooperar para crear condiciones internacionales propicias para el desarrollo cultural. La cuarta idea es que las expresiones culturales más amenazadas son, con frecuencia, las de los países en desarrollo y los países menos avanzados, es urgente reforzar la cooperación y la solidaridad internacional a fin de incrementar la capacidad de las sociedades en vías de desarrollo para proteger y promover la diversidad de sus expresiones culturales. La quinta idea es que para que la convención no quede en papel mojado y que, en su operación, se adapte a las transformaciones de la sociedad internacional, es esencial que esté dotada de mecanismos apropiados de seguimiento y de solución de los litigios. La sexta y última idea, es que hay que evitar, en la medida de lo posible, que la preservación y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales a escala nacional se haga en detrimento de la apertura a las otras culturas.

## **ANÁLISIS Y COMENTARIO DEL TEXTO**

### **Preámbulo**

La función del preámbulo en un acuerdo internacional es describir de manera resumida la razón de ser del acuerdo, destacar su importancia y situarlo jurídicamente en su contexto. Desde este punto de vista, el texto del anteproyecto puede considerarse muy satisfactorio en general. La disposición más susceptible para poner en tela de juicio es, sin duda, la que constata que los procesos de mundialización, si bien crean las condiciones inéditas de una interacción fortalecida entre las culturas, “constituyen también una amenaza para la diversidad de las culturas y un riesgo de empobrecimiento de las expresiones culturales”. Al respecto, es posible que haya un pedido destinado a eliminar toda referencia a cualquier amenaza. Creámoslo, es necesario resistir a todo pedido de ese tipo ya que tendería a minimizar la necesidad de esta convención.

### **Capítulo I: Objetivos y principios**

#### **3. Objetivos (Artículo 1)**

En cuanto a los objetivos, es útil distinguir entre los objetivos vinculados a la finalidad de la convención y aquéllos relacionados con su aplicación. En el anteproyecto, los dos primeros se pueden percibir como vinculados a la finalidad de la convención y los otros cinco a su aplicación. Los objetivos están formulados en términos relativamente simples y constituyen un conjunto coherente.

La única crítica importante que se puede hacer con respecto a esta lista de objetivos es que ignora una condición esencial para la protección de la diversidad de los contenidos culturales y expresiones artísticas, que es el reconocimiento del derecho de los Estados a adoptar las medidas necesarias a tal efecto. Por lo tanto, sugeriría que se modificara el objetivo (d) del cual es difícil entender en su formulación actual el significado concreto de esto que sigue: “establecer un marco de normas y prácticas que apoyen el derecho de los Estados de mantener o adoptar las medidas adecuadas para el desarrollo de la expresión cultural y la promoción de la diversidad cultural”.

#### **4. Principios (Artículo 2)**

A primera vista, llama la atención lo largo de la lista de principios enunciados en el artículo 2. Existen pocas convenciones internacionales que incluyen un número tan grande de principios. Dicha lista, que al comienzo se limita sólo a los más esenciales para el funcionamiento de la convención (principios enunciados en los apartados 8 y 9), más tarde fue completada mediante la adición de varios principios destinados a resaltar los valores fundamentales que sostienen la convención. No obstante, algunos de ellos toman más bien la apariencia de una argumentación en favor de la conservación de la diversidad de las expresiones culturales y se podrían transferir fácilmente al preámbulo. Esto sucede con el principio que se refiere a la complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo (5), y con el de la durabilidad (7).

Hay dos principios en particular que deben atraer la atención debido a que plantean cuestiones sobre las que se pueden expresar puntos de vista bastante divergentes. En primer lugar, es el caso del principio de igual dignidad de todas las culturas donde la cuestión susceptible de presentar un problema es aquella del agregado, después de la mención de igual dignidad e igual respeto de las sociedades y grupos, de los términos “incluidas las minorías y pueblos autóctonos”. Detrás de esta última expresión se perfila la cuestión más general, que es saber en qué medida es conveniente introducir en una convención sobre la protección de la diversidad de contenidos culturales y expresiones artísticas una referencia explícita sobre el tratamiento de las minorías y pueblos autóctonos, la que ya es objeto de una serie de instrumentos internacionales. No debe excluirse la posibilidad de que la cuestión se plantee nuevamente en el marco de las negociaciones. El segundo principio es el de equilibrio, apertura y proporcionalidad. El texto del artículo 2 (8), a pesar de su título, no hace referencia al concepto de equilibrio y no da una idea clara de su naturaleza. Como mínimo, sería necesario reintroducir el concepto de equilibrio en el texto del apartado 8 y precisar que en virtud de este principio, los Estados Partes velan por conciliar el mantenimiento y la promoción de la expresión cultural a escala nacional con apertura a las otras culturas. Tal como se presenta, el apartado 8 parece interesarse, sobre todo, en la apertura.

En algunos de los otros principios enunciados, se observa la utilización de los términos “diversidad cultural” más que “diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas”, o también “diversidad de las expresiones culturales”, que remiten al objeto mismo de la convención, lo que puede prestar a confusión. Sin embargo, en los principios 2 y 3, se establece un vínculo pertinente entre “diversidad cultural” y “expresión” que justifica el mantenimiento de los principios tal cual. No pasa lo mismo con el principio 7 sobre la durabilidad que sólo hace referencia a la diversidad cultural.

## **Capítulo II: Campo de aplicación y definiciones**

### **5. Campo de aplicación (Artículo 3)**

El artículo 3 enuncia simplemente que la Convención se aplica “a las políticas culturales y a las medidas adoptadas por los Estados Partes para asegurar la protección y conservación de la diversidad de las expresiones culturales”. La redacción del artículo es clara en la medida en que haya un acuerdo en cuanto al significado de la expresión “políticas culturales”. Esta última está definida en el artículo 4 y completada por una lista ejemplificadora en el Anexo 2. La definición como tal nos

parece aceptable pero dicha lista plantea un serio problema debido a su carácter demasiado extenso. Este problema se analiza más en profundidad en el artículo siguiente.

## **6. Definiciones (Artículo 4)**

La razón de ser de una definición en una convención consiste en precisar el sentido de un término o de una expresión en el contexto específico de la convención en cuestión y en función de las finalidades de esta última, y no en dar cuenta de todos los sentidos posibles de ese término o esa expresión, y que solamente los términos o expresiones concretamente utilizados para definir los compromisos de las partes podrían ser objeto de una definición. El resultado obtenido no responde completamente a esas prescripciones y abre las puertas a posibles críticas. Pero el trabajo realizado sigue siendo muy válido y los verdaderos problemas no son tan numerosos, como lo constataremos con el análisis de los términos y expresiones que son objeto de una definición.

- “Cultura”: La definición del término cultura toma prestada la que adoptó la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (MONDIACULT) celebrada en México en 1982, tal como se encuentra en el preámbulo de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO. La definición remite a dos concepciones fundamentales de la cultura, una que se refiere a sus aspectos sociológicos y antropológicos, la otra a la expresión cultural. Por cierto la definición es aceptable pero su pertinencia en el contexto del anteproyecto de convención no es necesariamente evidente, debido a que se utilizó muy pocas veces el sustantivo “cultura”. Quizás, a pesar de todo, sea necesario conservarla aunque más no sea para destacar el extenso alcance de esa noción.

- “Diversidad cultural”: La definición, tal como se presenta, es menos una definición que una reflexión sobre la noción de diversidad cultural. La definición propiamente dicha se encuentra en la primera frase. Sin embargo, no creo que se pueda definir la diversidad cultural como la multiplicidad de los medios para los cuales las culturas de los grupos sociales y de las sociedades encuentran su expresión. Hablaría más bien de la diversidad de las formas a través de las que las culturas de los grupos sociales y de las sociedades se expresan. No obstante, prefiero la definición de la Red Internacional de Políticas Culturales que dice sensiblemente lo mismo pero de una manera más dinámica y más estimulante: define la diversidad cultural como “la multiplicidad y la interacción de las expresiones culturales que coexisten en el mundo y que enriquecen el patrimonio común de la humanidad”.

- “Expresiones culturales”: En principio, estimo que sería preferible tratar las nociones de expresiones culturales y de contenidos culturales en apartados diferentes. En mi opinión, la definición de la noción de expresiones culturales propuesta pone demasiado el acento en la manera de hacer. En todo caso, yo propondría la definición siguiente que tiene el mérito de ser corta, simple y que va a lo esencial, es decir, la creación y la comunicación: “Se entiende por ‘expresiones culturales’ la creación y la comunicación de contenidos culturales y de expresiones artísticas existentes o futuras, al margen de la manera utilizada para hacerlo”. En cuanto a los “contenidos culturales”, la definición que se propone no parece, a mi entender, jugar un papel particularmente útil en el contexto de la convención presente, debido a que resulta difícil hacerse una idea concreta sobre el tema. Más bien propondría lo que sigue: “El resultado concreto del trabajo creativo de los creadores individuales y de las industrias culturales tal como se encuentra en los bienes y servicios culturales”.

- “Bienes y servicios culturales”: La definición, aunque relativamente larga, me parece aceptable. Sin embargo, modificaría la lista no exhaustiva del Anexo 1 eliminando el último apartado que trata más sobre aspectos sociológicos y antropológicos de la cultura.

- “Industrias culturales”: La definición es simple y clara. En el peor de los casos, puede preguntarse si es necesaria.

- “Capital cultural”: El concepto es relativamente nuevo y la definición que se proporciona es interesante y tiene el mérito de establecer un vínculo entre la protección de la diversidad de las expresiones culturales y el desarrollo sostenible. Quizás quepa preguntarse sobre su pertinencia en la medida en que, aparte del principio de la durabilidad, encuentra poco eco en el resto de la Convención. No obstante, optaría por conservarla ya que su pertinencia podría revelarse rápidamente, una vez que la Convención entre en vigencia.

“Políticas culturales”: La definición como tal es interesante pero podría ser necesario precisar que las políticas en cuestión son las que contemplan específicamente la protección de la diversidad de las expresiones culturales ya que la interpretación que se hace en la lista no exhaustiva de las políticas culturales en el Anexo 2 no deja de inquietar. Esa lista amplía considerablemente el alcance de la expresión “políticas culturales” y se escapa del alcance del campo de aplicación de la Convención, a tal punto que no se sabe muy bien dónde dicho alcance se detiene. Si es necesario mantener una lista ejemplificadora de políticas culturales, sería necesario proceder a una revisión en profundidad de la lista actual del Anexo 2, o eliminar pura y simplemente a este último.

### **Capítulo III: Derechos y obligaciones de los Estados Partes**

#### **7. Reglas generales en materia de derechos y obligaciones (Artículo 5)**

Según el apartado 1, los Estados Partes se reconocen mutuamente el derecho soberano de adoptar políticas y medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en su territorio y asumen el compromiso, como contrapartida, de protegerla y promoverla tanto en su territorio como a escala nacional. Esta declaración fundamental se desarrolla en los artículos que siguen del capítulo. El segundo apartado viene a limitar el derecho de los Estados Partes de adoptar políticas y medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en su territorio, precisando que el ejercicio de ese derecho debe ajustarse a la Convención, sus objetivos, principios y ámbito de aplicación. Es difícil ver lo que la mención del ámbito de aplicación añade a esta enumeración: para convencerse basta con sustituir los términos en cuestión por la definición dada anteriormente del ámbito de aplicación. En nuestra opinión, este segundo apartado encontraría más bien su lugar al final del artículo 6 que trata precisamente sobre el ejercicio del derecho en cuestión.

#### **Sección 3.1: Derechos y obligaciones a nivel nacional**

#### **8. Derechos de los Estados Partes a nivel nacional (Artículo 6)**

Como se mencionó anteriormente, el artículo 6 analiza el ejercicio concreto del derecho soberano reconocido en el artículo 5. El artículo 6.1 prescribe más concretamente que “teniendo en cuenta las

circunstancias y necesidades que le son propias, cada Estado Parte adopta las medidas, especialmente reglamentarias y financieras, destinadas a proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en su territorio, en particular en los casos en que la misma se encuentre amenazada o en situación de vulnerabilidad”. Sin embargo, la utilización del término “adopta” se presta a confusión debido a que parece hacer referencia a una obligación. Ahora bien, el artículo 7 es el que prevé la obligación de adoptar medidas. En realidad, lo que pretende afirmar este primer apartado es el derecho de cada Estado Parte de elegir el tipo de medidas que considera adecuadas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales. Por lo tanto, sería preferible reemplazar la palabra “adopta” por los términos “tiene el derecho de elegir” o “puede”, que se ajustan más a la utilización de la palabra “puede” en la primera frase del artículo 6.2. También se debe tener en cuenta que el agregado de la expresión “en particular en los casos en que la misma se encuentre amenazada o en situación de vulnerabilidad” tiene poco sentido en un contexto donde se habla de un derecho y no de una obligación. En cuanto a la obligación de intervenir de manera particular en los casos en que la diversidad de las expresiones culturales se encuentre amenazada o en situación de vulnerabilidad, esa obligación está contemplada expresamente en el artículo 8. Por otra parte, en el caso en que ciertas medidas adoptadas a nivel nacional pudiesen estar destinadas a promover los intercambios y el diálogo intercultural (facilitando por ejemplo la distribución o la difusión en el extranjero), habría que añadir, después de las palabras “en su territorio”, la expresión “y en el extranjero”.

El segundo apartado proporciona una lista ejemplificadora del tipo de medidas que los Estados Partes de la Convención pueden adoptar. Este apartado se podría percibir como un incentivo para adoptar medidas incompatibles con los compromisos de esos Estados. Pero es necesario destacar, en primer lugar, que los Estados Partes de la Convención pueden, pero sin estar obligados, adoptar cualquiera de las medidas mencionadas en el artículo 6.2. En segundo lugar, de los cinco tipos de medidas mencionadas, la única que podría realmente plantear un problema es el relacionado con las medidas que reservan un lugar a los bienes y servicios culturales nacionales, y eso a condición de que esas medidas apunten a los bienes y que éstos no sean películas. Si se trata de servicios (que incluye los servicios audiovisuales como las películas, la televisión y el cine), solamente los Estados que asumieron compromisos completos en materia de acceso al mercado en el marco del GATS podrían tener problemas, cosa que actualmente concierne sólo a un número limitado de Estados. Para todos los demás, el artículo 6.2 (a) conserva aún toda su pertinencia. Es necesario destacar también que en la práctica, un número importante de Estados utiliza este tipo de medidas en los ámbitos de la radio y la televisión y que hasta Estados Unidos reconoció, en sus recientes tratados de libre comercio, la legitimidad de tales medidas, llegando incluso a aceptar en ciertos casos la instauración de medidas futuras de restricción cuantitativa. En cuanto a las ayudas financieras mencionadas en el apartado (c), aún no están contempladas en el GATS y no es evidente que lo estén en un futuro previsible. Tampoco son objeto de una prohibición de principio en el comercio de bienes. En los recientes tratados de libre comercio concluidos por Estados Unidos, la cuestión de las subvenciones está completamente omitida no sólo en el capítulo sobre los servicios sino también en el que trata las inversiones. El hecho es que la amplia mayoría de los Estados, incluido Estados Unidos, fomentan financieramente la producción de bienes y servicios culturales a distintos niveles. Los otros tipos de medidas mencionadas en el artículo 6.2 no plantean a priori problemas de incompatibilidad con la OMC. Por lo tanto, se puede decir que el margen de maniobra de los Estados aún es bastante grande y que, en consecuencia, la lista de las medidas mencionadas en el artículo 6 conserva toda su pertinencia.

Por otra parte, existe un tipo de medidas que se podría haber mencionado en esa lista y que no lo está: se trata de las medidas de control de las inversiones extranjeras. Un gran número de Estados conserva aún exigencias de propiedad nacionales en materia de medias y es posible creer que aquéllos que aún no las tienen podrían querer instaurarlas más tarde. Este tipo de medidas no es objeto de una prohibición de principio en el marco de la OMC, de modo que los Estados que no renunciaron voluntariamente a utilizarlas en el marco del GATS siguen estando libres de recurrir a esas medidas. Por lo tanto, debería preverse una mención explícita de ese tipo de medidas en el artículo 6.2.

### **9. Obligación de promoción de la diversidad de las expresiones culturales (Artículo 7)**

Como contrapartida del derecho soberano que se les reconoce para adoptar medidas destinadas a proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, los Estados Partes, según el artículo 5.1, se comprometen a proteger y promover en su territorio la diversidad de las expresiones culturales. Esta relación estrecha establecida entre el derecho y la obligación en materia de protección y conservación de la diversidad de las expresiones culturales está, como se ha visto, en el corazón del funcionamiento de la Convención. Pero cabe preguntarse si el anteproyecto de convención no va demasiado lejos en lo que se refiere a la obligación impuesta a los Estados Partes. De entrada, el artículo 7.1 establece que los Estados Partes ofrecen en su territorio la posibilidad a todos los individuos de crear, difundir y distribuir sus expresiones culturales, etc., así como el acceso a las expresiones, bienes y servicios culturales que representan la diversidad cultural del resto del mundo. No obstante, formulada de esta manera, esa obligación plantea dos problemas que vale la pena abordar. El primero se refiere al uso de la expresión “todos los individuos” que, en el contexto del artículo 7.1, deja entender que incluso los extranjeros instalados en el territorio nacional podrían pedir beneficiarse de las posibilidades mencionadas más arriba. El segundo es mucho más serio. Desde el principio, el artículo 7.1 se presenta como una obligación de resultado (la obligación no se respeta cuando un Estado Parte no ofrece en su territorio posibilidades a todos los individuos de crear, difundir y distribuir sus expresiones culturales, etc., así como el acceso a las expresiones, bienes y servicios culturales que representan la diversidad cultural del resto del mundo). Tal compromiso, para la amplia mayoría de los Estados, es prácticamente imposible de cumplir. Eso se puede considerar sin consecuencia en la medida en que los individuos no tienen acceso al mecanismo de solución de conflictos. Sin embargo, en teoría, el incumplimiento de este compromiso podría dar lugar a una denuncia procedente de otro Estado Parte, aunque eso es poco probable en la práctica. Más que mantener una obligación ficticia, puede preguntarse si no sería preferible transformar el artículo 7.1 en una obligación de medio más que de resultado exigiendo a los Estados Partes que tomen todos los medios a su disposición con el fin de ofrecer en su territorio la posibilidad a sus ciudadanos de crear, difundir y distribuir sus expresiones culturales.

El segundo apartado del artículo también plantea algunos problemas. Presentándose igualmente como una obligación de resultado, en primer lugar exige que los Estados Partes aseguren un estatus jurídico y social de los artistas de acuerdo con los instrumentos internacionales existentes. La obligación existe incluso cuando un Estado Parte no ratificó los instrumentos en cuestión. Ahora bien, en el ámbito de la propiedad intelectual, donde se encuentra la mayoría de los instrumentos que garantizan un estatus jurídico y social de los artistas, se sabe que numerosos Estados no ratificaron uno u otro de los instrumentos contemplados. Siempre en virtud del segundo apartado, los Estados Partes “deben garantizar que los derechos de propiedad intelectual sean plenamente respetados y aplicados... en particular para el desarrollo y el fortalecimiento de las medidas de lucha contra la

piratería”. Interpretada de manera estricta, esta obligación podría abrir la puerta a una denuncia de un Estado Parte contra otro Estado Parte por no garantizar el pleno respeto de los derechos de propiedad intelectual. En tal caso, lo que se planteará es si realmente incumbe a la Convención asegurar esa función de vigilancia del respeto de los derechos de propiedad intelectual que ya se apropió, en gran parte, el ADPIC. Sin embargo, desde un punto de vista simbólico no cabe duda que la adopción de tal posición es importante.

### **10. Obligación de protección de las formas vulnerables de expresión cultural (Artículo 8)**

Este artículo ilustra bien la importancia primordial que concede el anteproyecto de Convención a la conservación de las formas vulnerables de expresión cultural. Pero impone tal carga a los Estados Partes y su aplicación corre el riesgo de resultar tan compleja que cabe preguntarse si se debe mantener en su forma actual. De entrada, el artículo afirma lo siguiente. Todo Estado Parte debe adoptar las medidas adecuadas con el fin de proteger en su territorio las expresiones culturales amenazadas de extinción o de un serio debilitamiento (apartado introductorio). Si esto no se hace, todo otro Estado Parte puede poner en conocimiento del Comité Intergubernamental sobre las situaciones que requieren una acción (apartado (a)). Dicho comité examina el caso y si considera que es necesario una acción, pide al Estado interesado adoptar las medidas adecuadas en un plazo razonable (apartado (b)). Si este último no está en condiciones de satisfacer esa exigencia, puede recurrir a la ayuda internacional (apartado (c)). Veamos ahora cómo las cosas podrían desarrollarse en la práctica.

Para esto, es necesario partir de la obligación impuesta a cada Estado Parte de adoptar las medidas adecuadas con el fin de proteger en su territorio las expresiones culturales vulnerables o amenazadas. Si se juzga por el apartado introductorio del artículo 8, esta obligación interviene solamente si ciertas expresiones culturales aparecen como vulnerables o amenazadas. Si un Estado juzga que en su territorio no existen expresiones culturales amenazadas de extinción o de un serio debilitamiento, considerará que no tiene obligación de intervenir y por cierto verá muy mal una intervención proveniente de un Estado extranjero que cuestionaría su apreciación de los hechos. Es probable que este gesto se perciba en realidad como una intervención indebida en los asuntos internos de un Estado soberano. No obstante, debido a que el artículo 8 abre muy claramente la puerta a una denuncia por otro Estado Parte, se plantea la cuestión de quién determinará en tal caso si las expresiones culturales son efectivamente vulnerables o están amenazadas, así como la de saber sobre qué bases se hará tal determinación. Sobre este último punto, el artículo 8 prescribe que el Comité Intergubernamental examina cada caso en base a los criterios establecidos por el Grupo Consultivo mencionado en el artículo 22. Este artículo prescribe, en su apartado (a) que el Grupo Consultivo responde “a las avisos de notificación emitidos por el Director General de la UNESCO y/o el Comité Intergubernamental sobre la aplicación de la Convención, incluso sobre los casos de expresiones culturales consideradas vulnerables o amenazadas de riesgo de extinción”. Se puede deducir de esta disposición que recaerá en el Grupo Consultivo la elaboración inicial de los criterios que se utilizarán para determinar si algunas expresiones culturales están amenazadas. Pero como el papel de este último es consultivo, no le corresponderá adoptar como tal esos criterios. Esta función debería recaer más bien en la Asamblea General de las Partes como proposición del Comité Intergubernamental, al menos si se juzga por el artículo 21 (f) que confía a ese comité la función “de proponer las medidas adecuadas que se deben adoptar en las situaciones presentadas por los Estados Partes a su atención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8”. Como se trata de un poder para proponer, se puede considerar que esa propuesta va a la Asamblea General que dispone por su

parte, en virtud del artículo 20.4 (c), del poder “de aprobar las directivas operacionales preparadas por el Comité Intergubernamental”. Es tanto más arriesgado de que suceda así como la propia incapacidad de satisfacer la obligación prescrita no constituye una excusa válida. Todo esto vale para el procedimiento que se debe seguir con el fin de determinar los criterios aplicables en una situación contemplada por el artículo 8. Ahora, en lo que concierne al poder para determinar en cada caso si ciertas expresiones culturales están amenazadas, se puede pensar que la decisión corresponde, según las directivas operacionales para la aplicación del artículo 8, al Comité Intergubernamental sobre aviso del Grupo Consultivo, pero eso no está claramente establecido.

Por otra parte, el artículo 22 (b) confía al Grupo Consultivo un papel en este ámbito que dista mucho de ser desdeñable. En efecto, autoriza a este último a alertar al Director General y/o al Comité Intergubernamental, desde su propia iniciativa, sobre la aplicación de la Convención y sobre las cuestiones que de ella se desprenden, “incluso sobre los casos de expresiones cultural consideradas como vulnerables o amenazadas de riesgo de extinción o de un serio debilitamiento”. Ahora bien, se sabe que el artículo 8 (a) prescribe por su parte, que corresponde a los Estados Partes poner en conocimiento del Comité Intergubernamental sobre las situaciones que exigen una acción según los criterios establecidos por el Grupo Consultivo. Por lo tanto, la cuestión que se plantea es saber si la intervención directa del Grupo Consultivo ante el Comité Intergubernamental relacionada con el caso de las expresiones culturales consideradas vulnerables o amenazadas tiene como efecto apartar oficialmente a este último de la cuestión. Si ése es el caso, como lo pensamos, aparecen entonces dos maneras diferentes de apartar al Comité Intergubernamental, una que pasa por los Estados, otra que pasa por el Grupo Especial. En esas condiciones, y considerando que las situaciones contempladas por el artículo 8 son muy numerosas y se refieren a la amplia mayoría de los Estados, esto puede dar lugar a una multiplicación de desacuerdos sobre esas cuestiones, lo que no sería en absoluto la mejor manera de solucionar el problema de las formas vulnerables de expresión cultural. Si este artículo no se puede reformular en términos menos apremiantes y más proactivos, quizá sería preferible eliminarlo.

### **11. Obligación de información y transparencia (Artículo 9)**

El artículo 9 se puede interpretar como una transposición, en el plano de las obligaciones de los Estados Partes, del principio de transparencia enunciado en el artículo 2. También podría desempeñar un papel en el funcionamiento del Observatorio de la Diversidad Cultural previsto en el artículo 15. Su redacción es clara, aunque cabe preguntarse sobre la pertinencia del apartado (c), cuyo texto es por lo menos deficiente y cuya utilidad con respecto al apartado (d) no es evidente. No obstante, esta disposición, aunque resulta esencial al seguimiento de la Convención, plantea un problema importante debido a que impone a los Estados Partes, ya inundados de solicitudes de información, cada vez más compromisos internacionales. Al respecto, quizá se tenga que prever una reducción de la tarea de los Estados Partes, sea a nivel de la periodicidad de los informes, sea a nivel de contenido de éstos.

### **12. Obligación de educación y de sensibilización del público (Artículo 10)**

Esta obligación aparece como una respuesta a un comentario escuchado muchas veces sobre el hecho de que la acción para garantizar la protección de la diversidad de los contenidos culturales y expresiones artísticas se debe acompañar de una acción complementaria en materia de educación y sensibilización del público. La redacción de esta disposición se inspira en la disposición equivalente

que se encuentra en la *Convención para la Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial* (artículo 14). La obligación es uno de los medios que no debería plantear problemas particulares.

### **13. Responsabilidad y participación de la sociedad civil (Artículo 11)**

Las grandes líneas de esta disposición se toman prestadas de la *Convención para la Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial*. Alienta a los Estados Partes a darle un lugar a la sociedad civil en sus esfuerzos de protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Pero paradójicamente, no se le da ningún espacio a la sociedad civil en el funcionamiento de la propia Convención, que sólo lo tendría en las reuniones de la Asamblea General. Al respecto, quizás corresponda inspirarse en la práctica reciente de la UNESCO.

## **Sección 3.2: Derechos y obligaciones en materia de cooperación internacional**

### **14. Comentarios generales**

Los artículos 12 a 15 de esta sección son de aplicación general, mientras que los artículos 16 a 18 se refieren más concretamente a la cooperación para el desarrollo. No obstante, en los hechos y como se verá, la distinción no siempre se respeta como corresponde. En uno y otro caso, las acciones consideradas se sitúan a nivel internacional en el sentido que implican una colaboración entre dos o varios Estados.

### **15. Objetivos (Artículo 12)**

La redacción del artículo 12 se presta un tanto a confusión en la medida en que el apartado 1 es claramente de aplicación general, mientras que el apartado 2 parece asimilar la cooperación internacional a la cooperación para el desarrollo. Al respecto, correspondería modificar la introducción del apartado 2 precisando que los Estados “favorecen, particularmente en el marco de sus acuerdos de cooperación en favor del desarrollo, las acciones vinculadas a la protección y a la promoción de la diversidad de las expresiones culturales...”. En esa lista de objetivos se debe recalcar de manera particular el que se enuncia en el apartado (d) y que dice “favorecer la libre circulación de artistas y creadores”. Este objetivo se hace eco de una vieja reivindicación de los países en desarrollo a la que se debe prestar toda la atención que merece, aunque se trate de un problema complejo y aunque las circunstancias no sean especialmente propicias a nivel internacional.

### **16. Concertación y coordinación internacionales (Artículo 13)**

Esta disposición desempeña un papel importante en la economía general de la Convención en la medida en que permite hacer valer en la escena internacional, incluso en la OMC, los principios y objetivos de la Convención. A través de esta disposición en particular, se prevé la realización de uno de los objetivos de la Convención que es “estimular el respeto de la diversidad de las expresiones culturales y la toma de conciencia de su valor, tanto a nivel nacional como internacional” (artículo 1 (f)). La disposición opera a tres niveles que son importantes de distinguir. El primero es el de la consulta entre los Estados Partes con el fin de elaborar estrategias comunes, el segundo el de la consideración de los objetivos de la Convención en el momento de asumir compromisos

internacionales y el tercero el de la promoción de los objetivos y principios de la Convención en el seno de los otros organismos internacionales.

A pesar de todo el interés que presenta, el artículo 13 será percibido por algunos como demasiado tímido. Efectivamente, en la primera frase podría esperarse que los Estados partes no se limiten sólo a considerar los objetivos de la Convención cuando suscriben compromisos internacionales sino que se abstengan positivamente de asumir compromisos que podrían poner en peligro su realización. Asimismo, la segunda frase sería más clara y más simple si se eliminaran las palabras “si corresponde” después de “Ellos se comprometen...”.

En virtud del artículo 21 (g), corresponde al Comité Intergubernamental establecer los procedimientos y otros mecanismos de consulta con el fin de promover los principios y objetivos de la Convención en otras instancias internacionales. Sin embargo, no queda claro si esos procedimientos y mecanismos de consulta forman parte de las directivas operacionales que debe aprobar la Asamblea General de los Estados Partes (Artículo 20.4 (c)).

### **17. Ayudas a la coproducción y a la difusión (Artículo 14)**

Los acuerdos de coproducción y codistribución en los ámbitos del cine y la televisión son muy corrientes, no sólo entre países desarrollados sino también entre países desarrollados y países en desarrollo. En este último caso, a menudo representan una gran contribución al desarrollo de la producción audiovisual nacional. Resulta bastante curioso que el artículo 14 se refiera exclusivamente a las obras cinematográficas mientras que con frecuencia las televisivas también están contempladas en los acuerdos existentes de coproducción y codistribución. Por lo tanto, sería conveniente modificar el artículo 14 para añadir, después de las palabras “obras cinematográficas” las palabras “y televisivas”. Además, cabe preguntarse si no correspondería hacer referencia a los acuerdos de coproducción y codistribución en otros ámbitos como el del libro, por ejemplo.

### **18. Establecimiento de un observatorio de la diversidad cultural (Artículo 15)**

El establecimiento de un observatorio de la diversidad cultural responde a una necesidad aún más urgente desde el momento en que la UNESCO puso fin, hace más de tres años, a la publicación de su Informe Mundial sobre la Cultura que respondía, con sus cuadros e indicadores culturales, a una necesidad crucial de información en este campo. Más tarde, el Instituto de Estadísticas de la UNESCO la reemplazó y es probable que en colaboración con este último se precise, llegado el momento, la misión del Observatorio. Por el momento, reina una cierta confusión sobre la función que se asignará al mismo. Mientras que el título del artículo 15 del anteproyecto de Convención habla de un Observatorio de la Diversidad Cultural, el apartado 1 de ese artículo trata el intercambio de informaciones y competencias “relacionadas con los datos y estadísticas sobre la diversidad de las expresiones culturales, así como sobre las buenas prácticas para la protección y promoción de esas expresiones”. La confusión se puede considerar sin consecuencias en la medida en que la diversidad cultural incluye inevitablemente la diversidad de las expresiones culturales. Pero eso no impide que el campo de operación de un observatorio sobre la diversidad cultural sea inevitablemente más amplio que el de un observatorio sobre la diversidad de las expresiones culturales. Considerando las expectativas que por cierto suscitará el establecimiento de tal observatorio, parece importante clarificar desde ahora esta cuestión.

## **19. Cooperación para el desarrollo (Artículo 16)**

El artículo 16 presenta un inventario de las principales formas que puede tomar la cooperación para el desarrollo en el ámbito cultural. La lista, como se desprende del artículo 16 (f), no es exhaustiva. Es necesario recalcar la referencia que se hace, en el apartado (e) de esa lista, sobre el establecimiento de un posible fondo internacional para la diversidad cultural, cuyas modalidades las definiría el Comité Intergubernamental. De paso, se puede observar que el fondo en cuestión se refiere a la diversidad cultural y no a la diversidad de las expresiones culturales. Esta denominación puede implicar malentendidos, tanto entre los contribuyentes como entre los beneficiarios, lo cual no puede garantizar la supervivencia a largo plazo de esos fondos. Quizás pueda sorprender que no se haya asumido una posición más firme sobre esta cuestión. Pero es necesario aclarar que la multiplicación de esos fondos (el último de la lista es el previsto en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial, cuya negociación parece que fue particularmente difícil) hacía cada vez más problemático el lanzamiento de una iniciativa de este tipo. En ningún caso la hipótesis está descartada aunque se la menciona como una posibilidad de ayuda financiera entre otras modalidades. La elección de las modalidades de tales fondos se deja, según el artículo 16 (e), al Comité Intergubernamental que podría, en este caso, buscar la ayuda del Grupo Consultivo. Por otro lado, si se tiene en cuenta la importancia de la asistencia financiera en la cooperación para el desarrollo, quizás corresponda exigir que el Comité Intergubernamental examine esta cuestión en primer lugar.

## **20. Tratamiento preferencial para los países en desarrollo (Artículo 17)**

Esta disposición tiene por objeto transponer, en el ámbito cultural, el concepto de “tratamiento especial y diferenciado en favor de los países en desarrollo”, el cual es muy conocido en derecho internacional económico y que, en Doha, fue objeto de una declaración oficial reconociendo “que las disposiciones relativas al tratamiento especial y diferenciado forman parte integrante de los Acuerdos de la OMC”. Este tratamiento especial y diferenciado se traduce, entre otras cosas, por el establecimiento de medidas de asistencia técnica a favor de los países en desarrollo y de medidas concretas para los países desarrollados en favor de los países en desarrollo, como los sistemas de preferencia. El artículo 17, tal como se presenta en el anteproyecto, probablemente será criticado porque interviene en el ámbito de la reglamentación comercial. Pero no será fácil descartarlo en la medida en que el objetivo que persigue está vinculado al desarrollo. En el marco de una convención que persigue objetivos culturales y no comerciales, este artículo tiene definitivamente su lugar.

## **21. Asociaciones para el desarrollo (Artículo 18)**

Las asociaciones para el desarrollo aparecen como un instrumento de cooperación flexible y abierto a distintas formas de colaboración (gubernamental o privada, bilateral, regional o multilateral). Se ubican en el centro de la estrategia establecida por la Convención para ayudar a los países en desarrollo a expandir las infraestructuras, los recursos humanos y las políticas necesarias para una explotación responsable y sostenible de sus recursos culturales. Toman como punto de partida la presentación, por parte del país solicitante, de un inventario de sus infraestructuras, políticas y acciones concretas en favor del desarrollo de la expresión cultural. Este inventario está destinado a resaltar las necesidades más inmediatas y a orientar la cooperación correspondiente para el desarrollo. Hace del Estado solicitante el agente principal de su desarrollo.

## Capítulo IV: Relaciones con los otros instrumentos

### **22. Relaciones con los otros instrumentos (Artículo 19)**

El 11 de abril de 2003, durante el análisis de una propuesta destinada a inscribir la cuestión de un “estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la oportunidad de un instrumento normativo sobre la diversidad cultural” en el orden del día de la 32<sup>o</sup> sesión de la Conferencia General, se entabló un vivo debate en el Consejo Ejecutivo de la UNESCO sobre un proyecto de enmienda que se refería a “los vínculos entre el nuevo instrumento y los otros instrumentos ya existentes o en preparación”. El proyecto de enmienda en cuestión, que apuntaba a precisar que el nuevo instrumento “no podría perjudicar a los otros instrumentos existentes y a los que se preparan en la OMC”, recibió en efecto el apoyo de una decena de países miembros del Consejo. Percibido como inaceptable por unos quince Países Miembros, debido a que lo anterior equivale a supeditar en su totalidad y de manera definitiva el instrumento en cuestión a la OMC, este proyecto de enmienda dio lugar a un debate por momentos tumultuoso. Finalmente, sobre la base de una subenmienda solicitando que el informe del Director General incluya una referencia a los instrumentos internacionales pertinentes, se adoptó una decisión por unanimidad, sin que por lo tanto se solucionara el conflicto de fondo.

Dieciocho meses más tarde, en vísperas de la apertura de la primera sesión de la reunión de expertos gubernamentales sobre el anteproyecto de convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y expresiones artísticas, el conflicto sigue sin resolverse. En realidad, la gama de puntos de vista sobre cómo solucionar el problema se amplió, yendo de una cláusula que reconoce la superioridad de la Convención sobre todos los demás acuerdos, tal como ocurre con el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que confiere una primacía a esta última sobre los otros tratados internacionales, a una cláusula que supeditaría la Convención a la OMC, tal como ocurre con la propuesta de enmienda mencionada anteriormente, existiendo entre las dos, distintas propuestas del tipo de las que se encuentran en el anteproyecto del Grupo de Expertos.

El hecho es que resulta cada vez más corriente encontrar en los acuerdos internacionales una cláusula titulada “Relaciones con otros acuerdos internacionales”. La multiplicación de los acuerdos internacionales en prácticamente todos los ámbitos de actividad hace que tales disposiciones se vuelvan cada vez más necesarias con el fin de facilitar la solución de los conflictos entre dos o más de esos acuerdos. El efecto concreto de una cláusula de esta naturaleza es fijar el estatus jurídico del acuerdo o la convención que incorpora dicha cláusula en relación con otros acuerdos o convenciones. Al respecto, existen tres enfoques.

Un primer modelo es el del TLC que, en su artículo 103 (2), da prioridad a este tratado sobre los otros acuerdos en caso de incompatibilidad, incluidos los acuerdos de la OMC. Pero esta prioridad sólo se aplica entre las Partes signatarias del TLC y no reduce de ningún modo, como lo veremos más adelante, el alcance de sus compromisos con respecto a Estados terceros. Un segundo modelo, opuesto en cierto modo al modelo anterior, es aquél en el que las disposiciones de un acuerdo necesitan que esté subordinado a un tratado previo o posterior o que no debe ser considerado como incompatible con otro tratado. El tercer y último modelo de cláusula precisa de manera pura y simple que las partes de un tratado confirman los derechos y obligaciones existentes que tienen las unas hacia las otras según otros acuerdos de los que son parte. En este modelo, el conjunto de tratados

firmados por una parte se considera jurídicamente en pie de igualdad. La mayoría de las cláusulas relativas a los vínculos con los otros tratados que se encuentran en los acuerdos internacionales reproducen este modelo. Es el que se aplica por defecto en virtud del derecho internacional cuando las disposiciones de un acuerdo no hablan sobre la cuestión de los vínculos con los otros acuerdos. Éstos eran los modelos presentados a los miembros del Grupo de Expertos cuando entablaron sus debates sobre el tema de la relación entre la Convención y los otros acuerdos internacionales. La dificultad para llegar a un consenso sobre el tema condujo, en última instancia, a proponer un texto que contemplaba dos alternativas.

La alternativa A comporta dos apartados que dicen:

1. Nada en la presente Convención se puede interpretar como atentando contra los derechos y obligaciones de los Estados Partes de conformidad con todo instrumento internacional existente relativo a los derechos de propiedad intelectual de los que son Partes.
2. Las disposiciones de la presente Convención no modifican de ningún modo los derechos y obligaciones que se derivan para un Estado Parte de un acuerdo internacional existente, salvo si el ejercicio de esos derechos o el respeto de esas obligaciones causara serios daños a la diversidad de las expresiones culturales o constituyera para ella una seria amenaza.

El primero de los dos apartados precedentes, que puede considerarse como una excepción del segundo, implica que en caso de conflicto entre las disposiciones de la Convención y las de un instrumento internacional existente en materia de propiedad intelectual, las primeras se interpretarán de manera tal que pueda evitarse todo conflicto con las segundas. Por lo tanto, esto tiene como efecto subordinar las primeras a las segundas. El vínculo de subordinación que se crea de esta manera puede sorprender a primera vista pero no plantea verdaderamente problemas desde un punto de vista cultural en la medida en que la protección de los derechos de autor siempre se percibió como estrechamente vinculada a la protección y promoción de la expresión cultural. En esas circunstancias, se justifica conservarlo.

El segundo apartado se presenta de manera diferente. Inicialmente adopta una posición de neutralidad que excluye toda relación de subordinación en favor o en contra de la Convención: lo hace reiterando simplemente una de las reglas de base del derecho internacional la cual establece que, excepto circunstancias muy excepcionales (identidades de las partes e igual materia), un acuerdo internacional no puede modificar los derechos y obligaciones que se derivan de otro acuerdo internacional. Pero el segundo apartado no se detiene allí. Inmediatamente después añade que esta regla deja de aplicarse “si el ejercicio de esos derechos o el respeto de esas obligaciones causara serios daños a la diversidad de las expresiones culturales o constituyera para ella una seria amenaza”. Esta excepción, que retoma casi textualmente los términos del artículo 21.1 de la *Convención sobre la diversidad de las especies biológicas*, deja sobreentender que la Convención puede, en las circunstancias mencionadas, modificar derechos y obligaciones que se derivan de otros acuerdos internacionales. Debido a que la disposición en cuestión va contra la regla de base enunciada más arriba, se plantea un problema de fondo suficientemente serio como preguntarse en qué medida podría privar de sus derechos a los Estados signatarios de otros acuerdos internacionales. Por lo tanto, esta disposición, frágil desde el punto de vista jurídico, corre el riesgo de ser rechazada cuando finalmente comiencen las negociaciones sobre la Convención. Sin embargo, el objetivo que persigue

es legítimo y responde a un argumento de urgencia o de necesidad que tiene sin dudas su lugar en el debate. Por este motivo, merece que sea apoyada. No obstante, para algunos no va suficientemente lejos porque interviene solamente si el ejercicio de los derechos o el respeto de las obligaciones que se derivan de un acuerdo internacional existente causaran “serios” daños a la diversidad de las expresiones culturales o constituyeran para ella una “seria” amenaza. Pero como se trata de una cláusula de excepción, es difícil imaginar cómo se podría ratificar si los conceptos de daño y de amenaza no se califican de una manera u otra.

La variante B del anteproyecto de convención se presenta de manera mucho más simple. Se lee así: “Nada, en la presente Convención, modifica los derechos y obligaciones de los Estados Partes de conformidad con otros instrumentos internacionales existentes”. Se constatará que esta alternativa es casi una reproducción del enunciado inicial del apartado 2 de la variante A. Por lo tanto, se aplica el mismo comentario: en relación con otros acuerdos internacionales, la variante B adopta una posición de neutralidad que excluye en principio toda relación de subordinación en favor o en contra de la Convención. Pero para mayor certitud, resultaría útil completar la variante B con una afirmación, tomada del *Protocolo de Cartagena sobre la prevención de riesgos biológicos*, a efectos de que el texto en cuestión no se interprete como supeditando la Convención a otros acuerdos internacionales.

## **Capítulo V: Órganos y mecanismos de seguimiento**

### **23. Observaciones generales**

Durante las negociaciones, es de esperarse que la cuestión del costo de funcionamiento de los órganos y mecanismos de seguimiento dé lugar a un debate animado. Es casi seguro que los Estados Miembros de la UNESCO, a los que le corresponde determinar hasta dónde están dispuestos a ir para garantizar el buen funcionamiento de esta Convención, se preocuparán por las repercusiones financieras de una Convención cuya estructura, a nivel organizacional, es tan elaborada. Dicho esto, si bien no es necesario minimizar la importancia de la cuestión tampoco se debe exagerar. Es necesario tener claro de manera particular que los mecanismos propuestos, a excepción del Grupo Consultivo, son una copia de las estructuras ya existentes en la UNESCO y que se puede pensar que las personas que participan, por ejemplo en la Conferencia General de la UNESCO, podrán también representar su país en la Asamblea General de los Estados Partes para la Convención, que se celebrará probablemente al mismo tiempo, y que podría ser lo mismo en lo que concierne al Comité Intergubernamental. En cuanto al Grupo Consultivo, su composición limitada y el hecho de que no se reúne más que una vez al año bastará con limitar los costos a un nivel aceptable.

### **24. Asamblea general de las Partes (Artículo 20)**

Los tres primeros apartados del artículo están tomados directamente de la *Convención para la protección del patrimonio cultural inmaterial* (artículo 4). El primero hace de la Asamblea General el órgano soberano de la Convención, y los otros dos establecen sus modalidades de funcionamiento. Se añadió un cuarto apartado para explicar las tareas de la Asamblea General de los Estados Partes. La principal tarea de dicha asamblea, además de elegir a los miembros del Comité Intergubernamental, es aprobar las directivas operacionales preparadas por éste. A través de este último poder ejerce más concretamente su control de la actividad del Comité Intergubernamental. Si se juzga por las precisiones proporcionadas por el artículo 21.3 (b), relativas a la naturaleza de las

“directivas operacionales”, este control podría resultar en los hechos más importante de lo que puede parecer a primera vista.

## **25. Comité intergubernamental (Artículo 21)**

Los dos primeros apartados de este artículo también están extraídos del artículo 5 de la *Convención para la protección del patrimonio cultural inmaterial*. Ambos abordan la composición del Comité, la elección de sus miembros, así como la frecuencia de sus reuniones. Un tercer apartado da mayores precisiones sobre las funciones del Comité Intergubernamental. Éste debe, entre otras cosas, “preparar y presentar para la aprobación de la Asamblea General las directivas operacionales relacionadas con la puesta en marcha y aplicación de las disposiciones de la Convención en distintas situaciones” (apartado 3 (b)). Como se puede constatar, la expresión “directivas operacionales” puede cubrir un número pasable de cosas. En la práctica, se puede pensar que se deberá presentar todo lo que tome la forma de una reglamentación a la Asamblea General. Entre las otras funciones atribuidas al Comité Intergubernamental, es necesario destacar la de establecer el Observatorio de la diversidad cultural (apartado 3 (d)) y la de proponer las medidas apropiadas que deben tomarse en las situaciones presentadas por los Estados Partes para su atención (apartado 3 (f)).

## **26. Grupo consultivo (Artículo 22)**

La sugerencia de integrar en el funcionamiento de la Convención un grupo consultivo constituido de expertos independientes parece muy apropiado en una convención sobre la diversidad de las expresiones culturales y constituye definitivamente la contribución más original del anteproyecto. El papel de este último es ofrecer su punto de vista sobre la puesta en marcha de la Convención que estará libre de toda consideración de interés nacional, es decir, un punto de vista esencialmente cultural. Como su papel es estrictamente consultivo, los Estados Partes no corren el riesgo de ver reducido su control sobre la puesta en marcha de la Convención. En realidad, es fácil imaginar que querrán utilizarlo tanto para facilitar la toma de decisiones sobre cuestiones complejas y técnicas como para retrasar la toma de decisiones sobre cuestiones políticamente controvertidas. Ésta es la razón por la que es importante garantizar que el trabajo del Grupo de Expertos se realice con la mayor transparencia posible; será necesario insistir al respecto para que el conjunto de dictámenes, propuestas y comunicaciones del Grupo Consultivo se haga público.

## **27. Secretariado (Artículo 23)**

La disposición es clara y no plantea ningún problema en sí misma: la UNESCO asume el Secretariado de la Asamblea General de los Estados Partes, del Comité Intergubernamental y del Grupo Consultivo. Aunque es difícil evaluar en lo abstracto la importancia de la nueva tarea que será impuesta a la UNESCO, cabe pensar que, al menos durante los años que seguirán a la entrada en vigor de la Convención, no debería ser demasiado pesada.

## **28. Resolución de los diferendos (Artículo 24)**

En cuanto a la resolución de los diferendos se presentan dos hipótesis para elegir. La primera es el mecanismo de la *Convención sobre la diversidad biológica* y la segunda es el arbitraje obligatorio, o si se quiere, el arbitraje a pedido de una sola Parte. La primera hipótesis es la que se eligió en el anteproyecto pero deja de lado ciertos aspectos no desdeñables del mecanismo en cuestión.

El procedimiento se presenta así:

1. Si no hubo buenos oficios o de mediación, o si el desacuerdo no pudo ser solucionado a través de la negociación, buenos oficios o mediación, las Partes interesadas pueden recurrir a uno de los medios de resolución de conflictos siguientes:
2. a pedido de las Partes en conjunto, un arbitraje conforme al procedimiento establecido en el Anexo 3 de la presente Convención; la sentencia arbitral tiene fuerza ejecutoria. Las partes aplican la sentencia arbitral de buena fe;
3. a pedido de las Partes en conjunto, la presentación del diferendo al Tribunal Internacional de Justicia.
4. Si las partes interesadas no aceptaron ninguno de los dos procedimientos previstos en el apartado 3 de más arriba, el diferendo se somete a conciliación conforme al procedimiento que figura en el Anexo 4 de la presente Convención. Las partes examinan de buena fe la propuesta de resolución del diferendo pronunciada por la Comisión de Conciliación.

Como puede constatarse, las dos primeras opciones sólo encuentran aplicación en la solicitud conjunta de las dos Partes. Por razones fáciles de comprender, es previsible que estas dos opciones terminen por utilizarse muy raramente en la práctica. Pero es necesario destacar que el texto del anteproyecto difiere en este punto de la *Convención sobre la diversidad biológica*. Este último prescribe que en el momento de ratificar, aceptar o aprobar la Convención o de adherir, y en todo momento después, todo Estado puede declarar por escrito ante el Depositario que, en el caso de un diferendo que no se resolvió de otro modo, él o ella acepta considerar como obligatorio uno u otro de los métodos de resolución mencionados. Si un número relativamente importante de Estados tuviese que utilizar tal procedimiento, que permite aceptar de antemano el arbitraje o la presentación al Tribunal Internacional de Justicia, podría contribuir a dar un carácter un poco más apremiante al procedimiento de resolución de conflictos del anteproyecto. También pensamos que debería integrarse al texto del artículo 24. En otros términos, si se tiene que tomar prestado el procedimiento de resolución de conflictos de la *Convención sobre la diversidad biológica*, al menos se debe tomar completo.

El principal punto débil de este procedimiento es que no es apremiante. Conduce por defecto a un informe de conciliación, que las partes analizan de buena fe, redactado por una Comisión de Conciliación compuesta de cinco miembros. Para que tenga un mínimo de impacto, sería necesario exigir que se haga público. Pero eso no reemplazará jamás a una decisión de carácter legal dictada por árbitros o por el Tribunal Internacional de Justicia.

Aunque la hipótesis de un procedimiento de arbitraje obligatorio se descartó en el anteproyecto de Convención, no cabe duda que volverá a ser tratado en el marco de las negociaciones. En ese momento, se avanzarán distintos argumentos con el fin de descartarlo definitivamente, como, por ejemplo, su costo exorbitante, que tiene como efecto volverlo inaccesible para la mayoría de los países en desarrollo. Pero la verdad es que si no se lo logra retener, será, en primer lugar y sobre todo, porque una mayoría de los miembros de la UNESCO no lo desean, incluida la casi totalidad de los países desarrollados.

## **Capítulo VI: Disposiciones finales (Artículos 25-31)**

### **29. Observaciones generales**

Las disposiciones finales son cláusulas relativamente normales que se encuentran en la mayoría de las convenciones internacionales. Las que se encuentran en el anteproyecto se tomaron prestadas de la *Convención para la conservación del patrimonio cultural inmaterial*, efectuando, cuando fue necesario, las modificaciones requeridas. Al respecto, la principal cuestión que debía arreglarse era la que concierne al número de instrumentos requeridos para la entrada en vigor, el que se fijó en 30. La cuestión de saber si correspondía integrar una cláusula llamada “de integración regional” se dejó a discreción de los Estados Miembros. El Grupo de Expertos no abordó la cuestión sobre si correspondía autorizar las reservas.

## **COMENTARIOS GENERALES**

### **30. El mandato del Grupo de Expertos independientes:**

El anteproyecto de Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y expresiones artísticas es el resultado del trabajo de un Grupo de Expertos independientes reunidos a pedido del Secretario General de la UNESCO con el fin de preparar un texto destinado a servir como punto de partida para la negociación propiamente dicha de tal Convención. En este contexto, la función de dicho grupo no era producir un texto que lograra consenso a nivel de los Estados, una tarea manifiestamente imposible que corresponde a los Estados y a sus expertos, sino más bien proponer, en un marco donde las preocupaciones culturales estaban a la cabeza, una concepción articulada, innovadora y coherente de lo que podría ser una Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y expresiones artísticas.

### **31. El resultado en conjunto**

El anteproyecto de convención, tal como se presenta, tiene el mérito de ofrecer a los Estados y a sus expertos, para que reflexionen sobre el mismo, un texto cuya articulación es clara, un texto que aborda lo esencial de los problemas ligados a la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales; por último, es un texto que propone vías de solución concretas y, a veces, bastante innovadoras. Y más importante aún, este texto es el fruto de la reflexión de expertos que provienen de las principales regiones del mundo y que representan enfoques muy diversos de la cultura, y en este sentido, puede considerarse como un reflejo bastante justo de las preocupaciones que no dejarán de surgir en esta nueva etapa de las negociaciones que está a punto de iniciarse. No cabe duda que el texto en cuestión no está al abrigo de la crítica y será seguramente objeto de numerosas solicitudes de revisión, de añadidos o incluso de supresiones. El hecho es que no trata de ocultar ninguna de las cuestiones que se perciban como controvertidas. Pero lo mismo a nivel de la estructura como del contenido, creemos que el anteproyecto de convención brinda una base útil para abordar el proseguimiento de las negociaciones.

### **32. La negociación futura**

La negociación futura no será cosa fácil. Las cuestiones más litigiosas ya se conocían incluso antes de que se haga público el anteproyecto de Convención preparado por el Grupo de Expertos. Es el caso particular del vínculo entre la Convención y los otros acuerdos internacionales y de la resolución de conflictos. Pero se plantearon otras cuestiones desde la salida del proyecto que antes no se habían percibido como particularmente contenciosas. Esas cuestiones se refieren, entre otras cosas, al ámbito de aplicación de la Convención, que algunos Estados consideran demasiado limitado y otros demasiado extenso, de la estructura organizacional establecida, ya criticada por algunos debido a lo pesada y a los costos de operación anticipados y, finalmente, de ciertos compromisos de los Estados Partes a nivel nacional considerados irrealizables.

Pero ninguna de esas cuestiones, creemos, puede en sí misma comprometer la negociación de la Convención si se tiene en mente su finalidad. Existen terrenos de solución e incluso respuestas a esas distintas cuestiones, como pretendimos mostrarlo anteriormente. Lo que debe preocupar más, es la posibilidad de que la negociación se convierta en la ocasión para un debate sobre los pros y los contras de la mundialización y de la liberalización del comercio, sobre la preponderancia del comercio sobre la cultura o al contrario, de la cultura sobre el comercio. En tal caso se corre el riesgo de asistir a la implantación de diferentes estrategias con el fin de retirar toda significación concreta a la Convención, sea retardando indebidamente la negociación, sea diluyendo su objetivo o sea buscando de hacer la propia Convención lo menos apremiante posible.

Al contrario, lo que cabe esperar es la aparición de una visión positiva de la Convención al compás de la negociación, una visión en que esta última se perciba como un marco de referencia y un código de conducta para todos los Estados que consideran la conservación de las expresiones culturales distintas y de la diversidad cultural como elementos esenciales de la mundialización. Como marco de referencia y código de conducta, la negociación definirá un conjunto de reglas y disciplinas que regularán la intervención cultural de los Estados Miembros, las que se basarán en una misma concepción de la diversidad cultural orientada hacia la conservación de las culturas existentes y, a la vez, a la apertura a otras culturas. Con la adhesión a este marco de referencia de un número de Estados que irá creciendo, se establecerá un nuevo régimen jurídico en el ámbito cultural que reflejará una visión común de los intercambios culturales, una visión donde el desarrollo de esos intercambios se realiza al mismo tiempo que el desarrollo de las culturas, sin poner en peligro estas últimas. Este marco de referencia, además de guiar las acciones de los Estados Miembros a nivel nacional, también podrá servirles de enfoque común en las negociaciones internacionales. Como herramienta de cooperación, la Convención proveerá una asistencia a los Estados Miembros que tienen dificultad para cumplir con sus compromisos, ayudará a resolver los desacuerdos que podrán tener entre ellos y contribuirá a establecer enfoques comunes en todos los ámbitos relativos a la conservación de la diversidad de las expresiones culturales. Lejos de ser un instrumento estático o proteccionista, por el contrario, resultará determinante para el desarrollo de las culturas, los intercambios culturales y la diversidad de las expresiones culturales.