

EL VÍNCULO ENTRE LA FUTURA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LOS OTROS TRATADOS INTERNACIONALES

Ivan Bernier

El 11 de abril de 2003, al término de su 166^o sesión, el Consejo Ejecutivo de la UNESCO, dando curso a una solicitud formulada por algunos de sus miembros¹, decidió por unanimidad incluir, en el orden del día de la 32^o sesión de la Conferencia General, cuya iniciación está fijada para el 29 de septiembre de 2003, el tema “estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la oportunidad de un instrumento normativo sobre la diversidad cultural”. Asimismo, recomendó a la Conferencia General tomar una decisión “a favor de continuar la acción que apunta el desarrollo de un nuevo instrumento normativo internacional sobre la diversidad cultural y determinar la naturaleza de este instrumento”. En esa misma ocasión, el Consejo invitó al Director General a presentar ante la Conferencia General, en su 32^o sesión, un informe sobre este estudio preliminar acerca de la oportunidad de un nuevo instrumento normativo internacional sobre la diversidad cultural, así como las observaciones formuladas y las decisiones tomadas sobre este aspecto por el Consejo Ejecutivo y a incluir, en el informe mencionado, una referencia a los instrumentos internacionales pertinentes².

Sin embargo, el resultado alentador de esta primera etapa en vías de adoptar una convención internacional sobre la diversidad cultural, negociada bajo los auspicios de la UNESCO, deja en evidencia la división importante puesta de manifiesto en el Consejo durante el debate sobre un proyecto de enmienda relacionado con “los vínculos entre el nuevo instrumento y los existentes o en preparación”. El proyecto de enmienda en cuestión, que apuntaba a precisar que el nuevo instrumento “no debería perjudicar a los otros instrumentos existentes y a los que se preparan en la OMC”, recibió el apoyo de unos diez países miembros del Consejo. Percibido como inaceptable por

¹ En este caso se trataba de Alemania, Canadá, Francia, Grecia, Marruecos, México, Mónaco y Senegal: ver <http://www.unesco.org/exboard/fr/166ex1provf.pdf>

² UNESCO, Consejo Ejecutivo, 166^o sesión, París 4-16 de abril de 2003, Decisiones adoptadas por el Consejo Ejecutivo, punto 3.4.3, “Estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la oportunidad de un instrumento normativo sobre la diversidad cultural”, doc. 166 EX/SR.10 (14 de mayo de 2003).

aproximadamente otros quince países miembros, este proyecto de enmienda a menudo da lugar a una agitada discusión. Finalmente, en base a una subenmienda solicitando que el informe del Director General incluya una referencia a los instrumentos internacionales aplicables, pudo adoptarse una decisión por unanimidad, sin que por ello se arregle el conflicto de fondo.

Tal división acerca del vínculo entre la futura convención internacional sobre la diversidad cultural y los otros tratados internacionales, si la misma perdurara, podría perjudicar considerablemente el éxito de la próxima etapa que es la de la adopción por parte de la Asamblea General, con la mayoría de votos, de una propuesta que confíe al Director General de la UNESCO el mandato para elaborar un anteproyecto de convención sobre la diversidad cultural. Por consiguiente, resulta crucial lograr un acuerdo general sobre este tema para permitir no sólo lanzar las negociaciones propiamente dichas sobre la nueva convención, sino también facilitar, poniendo en claro el alcance y objetivo de esta última, la continuación de esas negociaciones. Para lograrlo, se hace imprescindible clarificar dos aspectos en particular: 1) el primero se refiere al estatuto jurídico de la nueva convención con respecto a los otros instrumentos y la responsabilidad de las partes signatarias en caso de conflicto entre esa convención y los otros tratados existentes o futuros; 2) el segundo se trata del establecimiento de puentes entre la convención en cuestión y los otros tratados.

I. El estatuto jurídico de la nueva convención con respecto a los otros tratados internacionales y la responsabilidad de los Estados Signatarios en caso de conflictos.

Cada vez más se encuentra en los tratados internacionales una cláusula titulada “Relaciones con otros tratados internacionales”. La multiplicación de los tratados internacionales en prácticamente todos los campos de actividad hacen tales disposiciones cada vez más necesarias para facilitar la reglamentación de los diferendos en caso de conflictos entre dos o más de esos tratados. El efecto concreto de una cláusula de esta naturaleza es establecer el estatuto jurídico del tratado o de la convención que incorpore dicha cláusula con respecto a los otros tratados o convenciones. Al respecto, hay tres enfoques posibles.

Un primer modelo es el del TLCAN que, en su artículo 103 (2), da prioridad a éste sobre los otros tratados en caso de incompatibilidad. Esto último está expresado de la siguiente forma:

Artículo 103: Relación con otros tratados

1. ...

2. En caso de incompatibilidad entre el TLCAN y otro acuerdo, aquél prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, salvo que en el mismo se disponga otra cosa.

Pero esta prioridad sólo se aplica a las Partes Signatarias del TLCAN y no reduce en nada, como lo veremos más adelante, el alcance de sus compromisos con respecto a los Estados no miembros. Un ejemplo de este tipo de cláusula lo encontramos en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que dice lo siguiente:

En caso de conflicto entre las obligaciones de los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones según todo otro tratado internacional, prevalecerán las primeras.

A causa de su amplio alcance, esta última medida, necesaria para la implementación de un texto que establezca algunas reglas cuasi-constitucionales (las llamadas de *jus cogens* en derecho internacional) aplicables al conjunto de Estados, no crea un serio problema en el plano de su aplicación concreta, particularmente cuando hay discrepancia sobre la existencia o no de un conflicto. El hecho es que ese primer modelo de cláusula sobre las relaciones entre las convenciones o tratados no es muy corriente y, en el caso particular del GATT, fue seriamente criticado durante el examen del Tratado de Libre Comercio Canadá - Estados Unidos, que contenía una cláusula similar a la del TLCAN³.

Un segundo modelo, en cierto modo opuesto al precedente, es aquél en que las disposiciones de un tratado necesitan que el mismo esté subordinado a uno anterior o posterior o que no sea considerado como incompatible con otro acuerdo.⁴ Un ejemplo de ese tipo de cláusula puede encontrarse en los tres tratados de libre comercio que Canadá concluyó con Israel, Chile y Costa Rica. La cláusula en cuestión, idéntica en cada uno de esos tratados, es la siguiente:

En caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en

a) la *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres*, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, y modificada el 22 de junio de 1979,

³ Ver I. Bernier, "El GATT y las disposiciones económicas regionales: Informe del Grupo de Trabajo sobre el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos", *Les Cahiers de droit*, 1992, vol. 33, pp. 313-344.

⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 30 (2).

b) el *Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono*, firmado en Montréal el 16 de septiembre de 1987, y modificado el 29 de junio de 1990,

c) el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación*, celebrado en Basilea el 22 de marzo de 1989, desde su entrada en vigor para Canadá, México y Estados Unidos, o

d) los tratados señalados en el Anexo 104.1,

estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del Tratado.

Otro ejemplo de este tipo de cláusula es el artículo 1, párrafo 1, del *Tratado de la OMPI sobre las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas*, que establece lo siguiente:

1) Ninguna disposición del presente Tratado irá en detrimento de las obligaciones que las Partes Contratantes tienen entre sí en virtud de la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 (llamada en adelante la "Convención de Roma").

Este segundo modelo de cláusula, considerado expresamente en el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, implica, siguiendo esta última, que “las disposiciones del segundo tratado prevalecen sobre las del primero”. Por lo tanto, trasladada al marco de una posible convención internacional sobre la diversidad cultural, una cláusula que prohíba expresamente toda derogación de las disposiciones de la OMC tendría por efecto concreto la subordinación de la convención en cuestión a las consideraciones comerciales de la OMC.

Un tercer y último modelo de cláusula precisa pura y simplemente que las partes de un tratado confirman los derechos y obligaciones existentes que tienen entre ellas en cuanto a otros tratados de los que son parte. La mayoría de las cláusulas relativas a los vínculos con otros tratados que se encuentran en los acuerdos internacionales reproducen este modelo. Es posible encontrar un ejemplo en el artículo 1.3 (1) del tratado de libre comercio entre Canadá y Costa Rica que establece: “Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* y otros acuerdos de los que son parte”.⁵ Puede encontrarse la misma formulación, pero acompañada de una reserva acerca de las situaciones de emergencia, en el artículo 22 de la *Convención sobre la Diversidad de las Especies Biológicas* que dice: “Las disposiciones de la presente Convención no modifican en nada los derechos y obligaciones de una Parte contratante originados de un tratado internacional existente, excepto si el ejercicio de esos derechos o el respeto de esas obligaciones causara daños y

⁵ Ver: <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/1-fr.asp>

perjuicios importantes a la diversidad biológica o constituyese una amenaza para ella”. Es posible encontrar otra formulación interesante de este modelo en el preámbulo del *Protocolo de Cartagena sobre la Prevención de Riesgos Biológicos*, que expresa:

Recalcando que el presente Protocolo no se interpretará como implicando una modificación de los derechos y obligaciones de una Parte en virtud de otros tratados internacionales vigentes,

Considerando que se da por sobreentendido que el presente preámbulo no apunta a subordinar el Protocolo a otros tratados internacionales.⁶

Aunque aquí se trata de considerandos que, en el sentido estricto, no forman parte del texto del tratado, es fácil de imaginar una cláusula que reproduciría esos últimos. Una última variante, siempre en el campo medioambiental, se encuentra en el *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*, cuyo preámbulo afirma:

Reconociendo que el presente Tratado y otros acuerdos internacionales pertinentes deben respaldarse mutuamente con vistas a asegurar una agricultura y una seguridad alimentaria sostenibles;

Afirmando que ninguna disposición del presente Tratado debe interpretarse en el sentido que represente, de cualquier forma que sea, un cambio de los derechos y obligaciones de las Partes Contratantes en virtud de otros acuerdos internacionales;

Entendiendo que lo expuesto en el punto anterior no tiene por objeto crear una jerarquía entre el presente Tratado y otros acuerdos internacionales⁷.

Este tercer modelo de cláusula, que afirma simplemente que el conjunto de tratados firmados por una Parte se sitúa, en lo jurídico, sobre un pie de igualdad, es el que se aplica automáticamente en virtud del derecho internacional cuando las disposiciones de un tratado no tratan el tema de los vínculos con otros acuerdos.

Si se comparan los tres modelos de cláusula considerados previamente para determinar cuál es el más apropiado para la nueva convención internacional sobre la diversidad cultural, hay algo que resulta evidente. En la medida en que el tema de la relación entre las preocupaciones culturales y las otras preocupaciones no encuentre su solución más que en un marco en el cual cada uno pueda expresarse libremente, sin ninguna duda el último modelo es el que aparece más conveniente para establecer la relación entre la Convención Internacional sobre la Diversidad Cultural y los otros tratados, debido al trato igualitario que el mismo aborda. Asimismo, es el modelo propuesto en el informe titulado “Evaluación de la factibilidad jurídica de un instrumento internacional sobre la diversidad cultural”. A partir de este último caso y en base al preámbulo del *Protocolo de Cartagena*

⁶ Ver: <http://www.biodiv.org/doc/legal/cartagena-protocol-fr.pdf>

⁷ Ver: <ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa/it/ITPGRf.pdf>

sobre la *Prevención de Riesgos Biológicos*, los autores sugieren que el nuevo instrumento considerado incluya una cláusula especificando que aunque este último “no se debe interpretar como implicando un cambio de los derechos y obligaciones de una Parte en virtud de otros acuerdos internacionales (debiéndose interpretar, en consecuencia, como teniendo en cuenta esos derechos y obligaciones), no debería considerarse como subordinado a otros tratados internacionales”.⁸ Sin embargo, que se trate de la diversidad cultural como de la diversidad biológica – es decir, en la medida en que esa diversidad tienda en los hechos a reducirse con el tiempo, como lo testimonia la desaparición de numerosos idiomas cada año – podría pensarse en la posibilidad de incorporar en tal cláusula una disposición acerca de las situaciones de emergencia, como se hace en el artículo 22 de la *Convención sobre la Diversidad de las Especies Biológicas*.

En principio, una disposición de este tipo debería lograr que una gran mayoría de miembros de la UNESCO adhieran. Para alcanzar este resultado, sin embargo, se impone un trabajo extraordinario a fin de clarificar la relación entre el nuevo instrumento sobre la diversidad cultural y la OMC. En efecto, cuando se aborda el problema concreto de la relación entre la convención propuesta sobre la diversidad cultural y los otros acuerdos, lo que se trata implícitamente es la relación con la OMC. Al respecto, debe quedar claro que el nuevo instrumento persigue un objetivo exclusivamente cultural, que procede según una lógica esencialmente cultural y que su meta no es cambiar los derechos y obligaciones de los Estados Miembros de la OMC. De ningún modo se trata de un acuerdo como el contemplado en el artículo 41 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* que se ocupa de los “acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las Partes únicamente”. En el caso de la Convención Internacional sobre la Diversidad Cultural los Estados Signatarios de este último conservarían, en virtud de la OMC, todos sus derechos.

A pesar de reunir esas condiciones, pueden producirse conflictos entre la Convención Internacional sobre la Diversidad Cultural y los otros tratados, más particularmente aquéllos de la OMC. Precisemos inmediatamente que la propia existencia de tales conflictos entre tratados respondiendo a distintas inquietudes se inscribe en una problemática más extensa, que es la de la gobernanza internacional, tema que preocupa a un número creciente de observadores del sistema comercial internacional desde hace algunos años. Ampliamente debatido en cuanto a las preocupaciones

⁸ Ivan Bernier y H el ene Ruiz-Fabri, *Evaluación de la factibilidad jurídica de un instrumento internacional sobre la diversidad cultural*, Grupo de Trabajo Franco-quebequense sobre la Diversidad Cultural, Quebec, 2002, p. 35. [<http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/publications.htm>].

relativas a la preservación del medioambiente, es hora de que lo sea en lo que respecta a la cultura.⁹ Pero el problema inmediato que este tipo de situaciones crea es saber qué ocurre cuando un instrumento internacional entra en conflicto con otros instrumentos internacionales que involucran total o parcialmente a las Partes de manera idéntica.

El artículo 30 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, que codifica al respecto de manera particular el derecho consuetudinario internacional, analiza el tema desde el ángulo de la aplicación de tratados sucesivos que abordan una misma materia. En tal contexto, se consideran dos situaciones distintas. La primera es aquella en la que existe una identidad completa de las partes en los tratados en causa. A menos que el tratado anterior haya caducado o su aplicación suspendida, dicho tratado “se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”. La segunda situación se refiere al caso en que las partes de un tratado anterior no sean todas partes del tratado posterior. Tratándose de las relaciones entre los Estados partes en los dos tratados, la regla aplicable es la enunciada previamente cuando hay identidad de Partes. Cuando se trata de las relaciones entre un Estado parte en los dos tratados y un Estado parte en uno de estos tratados, “los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes”. Sin embargo, estas disposiciones acerca del caso en que las partes de un tratado anterior no sean todas partes del tratado posterior se aplican sin perjuicio de toda cuestión de responsabilidad que pueda surgir para un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado. La regla de base es entonces que el Estado en cuestión permanezca responsable de la ejecución de cada uno de los dos tratados y en caso de no respetar los compromisos contraídos en el marco de los mismos, la o las víctimas de esa falta de cumplimiento internacional podrán acusarlo a través de las correspondientes instancias jurídicas.

⁹ Ver, entre otros: Gabrielle Marceau, “A Call for Coherence in International Law. Praises for the Prohibition Against ‘clinical isolation’ in WTO Dispute Settlement”, 33 *Journal of World Trade*, No 5, 87-152 (1999); Jeffrey L DUNOFF, “The Death of the Trade Regime”, 10 *European Journal of International Law*, 733 (1998); Robert Howse and Kalypso Nicoláïdis, “Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalising the WTO is a Step Too Far”, in R.B. Porter, P. Sauvé, A. Subramanian and A. B. Zampetti, *Efficiency, Equity, Legitimacy The Multilateral Trading System at the Millennium*, 227 (2001); Stephan Ohlhoff and Hannes L. Schloemann, “Rational Allocation of Disputes and ‘Constitutionalisation’: Forum Choice as an Issue of Competence”, *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, 302-329 (1998); P. Sauvé and A. B. Zampetti, “Subsidiarity Perspectives on the New Trade Agenda”, 3 *Journal of International Economic Law*, 83-114 (2000); *American Journal of International Law*, “Symposium: The Boundaries of the WTO”, Volume 96 (1), 2002

Los puentes

Cuando distintos tratados abordan un mismo tema dentro de un contexto diferente, puede resultar útil implantar puentes para favorecer una articulación apropiada entre esos acuerdos. Por ejemplo, numerosos tratados recientes de libre comercio incluyen disposiciones del GATT y de otros acuerdos de la OMC. Es el caso del artículo 301 (1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que establece:

Cada una de las Partes otorgará trato nacional a los bienes de otra Parte, de conformidad con el Artículo III del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (GATT), incluidas sus notas interpretativas. Para tal efecto, el Artículo III del GATT y sus notas interpretativas, o cualquier disposición equivalente de un acuerdo sucesor del que todas las Partes son parte, se incorporan a este Tratado y son parte integrante del mismo.¹⁰

Una manera menos formal de proceder es simplemente tomar prestado los conceptos y el contenido de otro acuerdo sin referirse explícitamente al mismo, como es el caso del capítulo 7, sección B, del TLCAN, que trata las medidas sanitarias y fitosanitarias: las medidas en cuestión se inspiran ampliamente en las del Acuerdo sobre la *Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* de la OMC. No obstante, para proceder de esta manera se requiere una condición esencial: una suficientemente amplia identidad de perspectivas debe subtender los acuerdos en cuestión.

Tales disposiciones son más difíciles de implantar cuando distintos tratados abordan un mismo tema desde una perspectiva bien diferente. De hecho, es posible comprender que si un acuerdo toma prestado las reglas y conceptos desarrollados en otro contexto para dar respuesta a un problema que no es el que intenta solucionar, el éxito del tratado corre el riesgo de estar comprometido desde el principio. Sin embargo, nada impide, cuando un tratado aborda un tema desde una determinada perspectiva, recurrir a los conceptos y el contenido que, respetando los de la perspectiva en cuestión, permitan vislumbrar las posibilidades de acercamiento con las perspectivas de otros tratados. Al respecto, un ejemplo interesante lo constituye el *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura* que aborda el problema de la reconciliación del derecho de los gobiernos de determinar el acceso a sus recursos fitogenéticos, reconociendo que esos recursos genéticos deben poder intercambiarse libremente para garantizar la conservación y el uso de los cultivos para la alimentación y la agricultura, en estos términos:

Artículo 10 – Sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios

10.1 En sus relaciones con otros Estados, las Partes Contratantes reconocen los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, incluso que la

¹⁰ Para consultar el texto del TLCAN, ver: <http://www.nafta-sec-alena.org/french/index.htm>

facultad de determinar el acceso a esos recursos corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional.

10.2 En el ejercicio de sus derechos soberanos, las Partes Contratantes acuerdan establecer un sistema multilateral que sea eficaz, efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y compartir, de manera justa y equitativa, los beneficios que se deriven de la utilización de tales recursos, sobre una base complementaria y de fortalecimiento mutuo.

Desde cierto punto de vista, esta disposición deja en claro las preocupaciones que alcanzan aquéllas de la OMC acerca del acceso a los mercados, aunque el contenido utilizado es diferente y los objetivos perseguidos no son los mismos.

Este enfoque no sería difícil de implantar en el marco de un acuerdo internacional sobre la diversidad cultural. En diferentes proyectos existentes de convención internacional sobre la materia, es posible encontrar, desde el inicio, una concepción de la diversidad cultural que es a la vez una afirmación del derecho de cada cultura a su propia expresión cultural y de apertura necesaria de cada cultura a la expresión cultural de las otras. Esta concepción de la diversidad cultural encuentra su traducción jurídica en un principio de base que es el del equilibrio necesario entre la promoción de la expresión cultural nacional y la apertura a las otras influencias culturales. Sin hacer referencia a la apertura de mercados, que es la preocupación de la OMC, este principio permite comprender que no existe una antinomia absoluta entre las dos perspectivas, en cuanto a la circulación internacional de productos culturales, y abre la puerta a la búsqueda de un acuerdo en el que los dos tratados se completarían mutuamente con vistas a asegurar la preservación de la diversidad cultural.