

**La primera reunión de expertos gubernamentales relativa al anteproyecto de
Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las
expresiones artísticas de la UNESCO:
Las implicaciones para la continuación de la negociación**

Ivan Bernier

Del 20 al 24 de septiembre de 2004 se celebró en la UNESCO la primera reunión de expertos gubernamentales relativa al anteproyecto de Convención sobre la protección de los contenidos culturales y las expresiones artísticas. En su discurso de apertura, con motivo de la primera sesión, el Director General de la UNESCO, Sr. Koichiro Matsuura, destacó hasta qué punto esa primera etapa de negociación era importante para la Organización, considerando que el boceto de anteproyecto propuesto constituía una buena base para iniciar las discusiones. Y agregó: *“Mi deseo es que este primer encuentro sea la ocasión de un verdadero debate a escala internacional sobre la cuestión crucial que plantean la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales en el mundo actual”*. Al finalizar ese primer encuentro, que posiblemente no haya suscitado un verdadero debate, como lo hubiera deseado el Director General de la UNESCO, pero que sin duda estableció los elementos esenciales para que tuviese lugar, nos pareció oportuno, en lugar de tratar de elaborar una imagen fiel del desarrollo de la reunión, destacar su aporte concreto a la instauración de una dinámica de negociación y hacer resaltar, basándonos en los primeros comentarios emitidos en lo relativo al anteproyecto de Convención, algunas ambigüedades en este último que habrán de ser clarificadas para que se entiendan claramente los temas centrales de la negociación. Dicho de otro modo, lo que nos interesa más especialmente en esta primera reunión de expertos gubernamentales, son sus implicaciones para la continuación de la negociación.

1. El aporte de la primera reunión a la instauración de una dinámica de negociación

Durante dicha reunión, ocurrieron tres hechos que, en nuestra opinión, son susceptibles de orientar el curso de la negociación en el futuro. El primer hecho se refiere a la implantación de la estructura de negociación misma, esto es, a la elección del Presidente de la Conferencia, la formación de la Junta Directiva y la constitución de un Comité de Redacción integrado por 24 miembros. Dado que estas diversas estructuras y nombramientos pusieron de manifiesto el objeto de discusiones previas entre diferentes grupos de Estados, resulta interesante estudiarlos más de cerca, a fin de ver sus implicaciones para la continuación de la negociación. El segundo está ligado a la aparición, durante el debate sobre el anteproyecto, de concepciones bastante diferentes del tipo de Convención que se había de establecer. Estas concepciones, pese a que no expresan posiciones definitivas sobre el contenido de la Convención, no dejan de tener la capacidad para influir de forma importante sobre el debate, arrastrándolo hacia direcciones a veces opuestas. En cuanto al tercer hecho, estriba en la aceptación casi unánime, por los Estados, del anteproyecto de Convención como una base de discusión útil y su acuerdo para trabajar a partir del mismo. Este consenso, uno de los escasos que se desprenden de la primera reunión de expertos gubernamentales, dio a la negociación un marco normativo que pudiese contribuir a centrar de nuevo el debate si éste llegara a orientarse hacia

direcciones demasiado divergentes. Pero para comprender mejor la manera en que estos hechos pueden orientar la negociación, es preciso recapitular brevemente sobre cada uno de ellos.

- ***La implementación de la estructura de negociación***

La implementación de la estructura de negociación se llevó a cabo en dos etapas. La primera fue la elección del Presidente de la Conferencia y la constitución de la Junta Directiva, el primer día de la reunión; dos días más tarde, a partir de una decisión de ésta, se creó un Comité de Redacción.

En cualquier negociación, el puesto más importante que se debe asignar es el de presidente de Conferencia, pues el éxito de las negociaciones dependerá en gran parte de la autoridad de éste y de su habilidad para dirigir las discusiones. Por lo tanto, no es de extrañar que este cargo sea con frecuencia codiciado y que su elección sea casi siempre objeto de discusiones previas entre los Estados. En el presente caso, la elección no parece haber planteado serias dificultades. Propuesta oficialmente en nombre del Grupo Africano (grupo 6) por el representante de Madagascar, la elección del Sr. Kader Asmal, de África del Sur, para ocupar el cargo de presidente de la Conferencia gozó del apoyo de los representantes de Omán, México, Estados Unidos, Afganistán y Sri Lanka en nombre de los otros cinco grupos. En su discurso, durante la sesión de apertura, el Sr. Asmal demostró tener una notable comprensión de los retos de la negociación, recordando, entre otras cosas, que si bien la libertad de expresión y la libre circulación de ideas y conocimientos constituyen las bases de cualquier esfuerzo destinado a promover y proteger la diversidad de las expresiones culturales, no cabe duda que a falta de expresiones culturales múltiples y distintas, no puede haber verdadero diálogo intercultural. Aunando firmeza y humor, el Sr. Asmal resultó ser, en los hechos, un presidente particularmente preocupado por la eficacia, hasta el punto de que el encuentro, que originalmente debía durar del 20 al 25 de septiembre de 2004, se clausuró un día antes de lo previsto. Un tal resultado, notable si se considera que 132 Estados miembros, 19 OIG y 20 ONG/OING participaron en dicho encuentro y que hubo cerca de un centenar de intervenciones orales en el marco de las discusiones, puede ser considerado como buen augurio. No obstante, se puede lamentar que, habida cuenta del tiempo disponible, no se hayan realizado esfuerzos adicionales para establecer lazos entre las diversas opiniones manifestadas, de tal forma que aparece una serie de puntos de vista bastante dispares que, a veces, pueden coincidir, pero resulta difícil sacar conclusión alguna sobre la existencia o no de un consenso. De hecho, la impresión que se desprende de esa primera reunión es que los Estados, ya sea porque no estaban lo suficientemente preparados o porque consideraron que no tenían bastante tiempo para expresar sus pareceres (incluso, no menos de 45 de ellos sintieron la necesidad de entregar un texto escrito para complementar su ponencia oral), se contentaron con exponer de forma somera su visión y, para el resto, observar lo que los demás tenían que decir.

En lo que se refiere a la Junta Directiva, su papel no está definido con precisión, pero se acordó que, por lo general, debía velar por el buen desarrollo de la negociación dentro del respeto al procedimiento establecido. Llamado a evaluar, sobre una base regular, los progresos realizados, tiene que estar en condiciones de intervenir, particularmente cuando surgen dificultades. Desde este punto de vista, constituye un importante engranaje de la negociación. La Junta Directiva consta, además, de un Presidente de Conferencia, de un Relator cuyo papel es apuntar el contenido de las discusiones durante las sesiones plenarias para redactar un acta de las mismas una vez terminadas. Se suele contar con este relator para infundir coherencia en las discusiones y sacar las conclusiones que se impongan. Asimismo, se prevé que el relator de la Plenaria actúe como recurso técnico para el Comité de Redacción, a fin de reflejar las instrucciones de la Plenaria. En esta función, el Relator,

con la ayuda de la Secretaría, trabajará en estrecha colaboración con el Presidente de la Plenaria y la Junta Directiva. Cuatro vicepresidentes complementan la Junta Directiva, con lo cual un total de seis puestos deben asignarse cumpliendo con las exigencias en materia de representación geográfica. Para el cargo de Relator, se designó al Sr. Artur Wilczynski, de Canadá, y los cuatro puestos de vicepresidentes fueron confiados a los representantes de Túnez, Santa Lucía, Lituania y República de Corea. Durante la primera reunión de expertos gubernamentales, la Junta Directiva se reunió en (4?) ocasiones para tratar sobre cuestiones relativas esencialmente al desarrollo del debate y a la estructuración de la continuación de la negociación. La decisión más importante que tuvo que tomar durante esos encuentros fue, sin duda alguna, la de establecer un Comité de Redacción.

El Comité de Redacción, como se podrá observar, está llamado a desempeñar un papel crucial en la elaboración del texto de la Convención. Su mandato, tal y como fue definido por la Junta Directiva y transmitido en la Plenaria, prevé que esté integrado por cuatro miembros para cada grupo electoral regional y goce del apoyo de la Secretaría de la UNESCO. Le corresponderá más especialmente traducir en lenguaje concreto y términos jurídicos las instrucciones de la Plenaria presentadas por su Presidente. Éste podrá pedir al Comité de Redacción recomendaciones lingüísticas, de estilo o de formulación de opciones en caso de que la Plenaria no alcanzara un consenso. En semejante contexto, su cometido puede resultar delicado y por ello, con afán de transparencia, se precisó, en su mandato, que los observadores fuesen admitidos en los trabajos del Comité. La composición de éste, como tal, parece relativamente equilibrada en la medida en que refleja bastante bien las principales tendencias manifestadas durante el debate respecto al tipo de Convención deseado. Puede ser de utilidad recordar aquí que los 24 Estados representados en el Comité de Redacción, esto es, cuatro por grupo electoral regional, son los siguientes: (1) Finlandia, Francia, Suiza y Estados Unidos; (2) Armenia, Croacia, Hungría y Rusia; (3) Barbados, Brasil, Costa Rica y Ecuador; (4) China, India, Japón y Corea; (5) Benín, Nigeria, Madagascar y Senegal; (6) Argelia, Líbano, Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos.

El Director General de la UNESCO convocará la primera reunión del Comité de Redacción en diciembre de 2004 (más precisamente del 14 al 17 de diciembre), tras haber recibido los comentarios escritos de los Estados miembros. El Comité elegirá entonces a su Presidente y decidirá sobre su programa de trabajo teniendo en cuenta los plazos establecidos por la Conferencia General. Su primera tarea consistirá en presentar, para la sesión siguiente de la Plenaria, una versión revisada de la Convención en la que incorporará los comentarios escritos de los Estados miembros. Se someterán todas las propuestas del Comité de Redacción en la Plenaria para su aprobación. El Comité podrá reunirse al mismo tiempo que la sesión plenaria y recibirá instrucciones de su Presidente; pero también podrá reunirse entre las sesiones plenarias, lo cual aparece como inevitable. Lo que queda por ver es cómo un comité de redacción tan amplio funcionará en la práctica. Habida cuenta de los plazos fijados por la Conferencia General, cabe pensar que éste considera recurrir a grupos temáticos oficiosos para acelerar el trabajo. Por otra parte, en la medida en que tres de sus miembros lo son también de la Unión Europea (Francia, Finlandia y Hungría), habrá que esperar que se conozca el papel que esta última pretende desempeñar en la negociación para saber lo que sucederá con la participación de estos países en los trabajos del Comité de Redacción. Según la respuesta aportada, es posible que quede modificada la dinámica de trabajo en el seno del Comité.

- *Las diferentes concepciones en cuanto al tipo de Convención que se ha de implantar*

Salvo en circunstancias excepcionales, la negociación de una Convención implica la reconciliación de puntos de vista a veces bastante dispares en lo que atañe al contenido de la Convención. Las diferencias de visión más importantes suelen referirse al objeto preciso, al alcance de los compromisos y al nivel de apremio de la Convención. En el presente caso, tales diferencias de visión se manifestaron rápidamente al estudiarse capítulo por capítulo el anteproyecto de Convención. A este respecto, ya se pueden identificar tres concepciones distintas en cuanto al tipo de Convención deseado, a partir de los comentarios orales o escritos de los Estados miembros, lo cual no impide que surjan otras concepciones, si se considera que 49 de los 121 Estados miembros que estaban representados en la primera reunión no se pronunciaron en dicha ocasión. Las dos primeras concepciones dan por sentado que la Convención tiene como primer objetivo la promoción y la preservación de la diversidad de las expresiones culturales, pero son divergentes en varios aspectos importantes de una tal Convención. Por su parte, una tercera concepción está buscando una ampliación sustancial de los objetivos y los campos de aplicación de la Convención. Nuestro objetivo al examinar más de cerca estas tres concepciones, no es relacionarlas con Estados en particular, sino más bien mostrar en qué difieren unas de otras en su apreciación del anteproyecto y su percepción de la Convención que se haya de implementar y destacar el impacto que pudieran tener durante los debates de la Plenaria y en el trabajo del Comité de Redacción.

La primera concepción, que agrupa de forma bastante imprecisa a la mayoría de los Estados que se expresaron durante el debate, acepta favorablemente, en sus grandes rasgos, el anteproyecto de Convención, aunque cuestiona algunos aspectos del mismo y sugiere modificaciones y añadidos. Se pronuncia a favor de un instrumento jurídico apremiante, con el mismo valor que los demás tratados internacionales y que reconozca la especificidad de los productos culturales y el derecho de los Estados a implementar medidas de preservación y de promoción de sus expresiones culturales, manteniéndose a la vez abiertos a las demás expresiones culturales, incitaría a estos mismos Estados a tomar las medidas necesarias para preservar y promover sus propias expresiones culturales y los instigaría a fortalecer concretamente la cooperación para el desarrollo en el sector cultural. Con el fin de que la Convención no quede en letra muerta y pueda evolucionar con el tiempo, también se muestra favorable a la incorporación de dos mecanismos, uno de seguimiento y otro de solución de las controversias, con tal de que se evite toda pesadez burocrática y que los mecanismos en cuestión sigan siendo poco costosos. Por último, se puede considerar como un elemento característico de esta primera concepción el hecho de que los Estados que la defienden consideren importante que la negociación se lleve a cabo en los plazos más breves.

La segunda concepción está compartida por un número claramente más restringido de Estados, pero esta aparente desventaja en el futuro debate se ve compensada en parte por la importancia económica y la cohesión ideológica de dichos Estados. A la vez que acepta que el anteproyecto se refiere principalmente a la cuestión de los contenidos culturales y las expresiones artísticas y reconoce lo bien fundado y la pertinencia de varias de sus disposiciones (en particular las que están relacionadas con la cooperación para el desarrollo), esta concepción emite serias reservas acerca de diversos aspectos importantes del anteproyecto de Convención. Estas reservas se refieren, en primer lugar, al campo de aplicación de la Convención al que se considera demasiado centrado en los bienes y servicios culturales y en la protección de las expresiones culturales, y no lo suficiente en la promoción de la diversidad cultural, así como en la apertura a las demás culturas. También se refieren al derecho soberano de los Estados a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en su territorio, lo cual se considera potencialmente

incompatible con los compromisos de las Partes de la OMC; al compromiso de los Estados signatarios a promover los objetivos y principios de la Convención en los otros foros internacionales y a consultarse con estos fines, juzgado peligroso; a los mecanismos de seguimiento y de solución de las controversias, que deberían reducirse a su mínima expresión cuando no eliminarse por ser inadecuados en materia cultural; a los acuerdos de coproducción y al trato preferente para los países en desarrollo, considerados incompatibles con los compromisos de los Estados que son Partes en la OMC; por último, el *Artículo 19* sobre las relaciones con los demás instrumentos internacionales, que debería establecer claramente que la Convención será conforme con los otros tratados internacionales. Por lo general, en el modelo de Convención contemplado, los medios para alcanzar los objetivos fijados a nivel internacional estarían más centrados en el diálogo y la cooperación que en una reglamentación apremiante. En fin, hay que destacar que los Estados que se identifican más específicamente con esta concepción de la Convención son también los que alegan que no es esencial que la Convención sea adoptada en 2005, que es preciso tomar el tiempo necesario para establecer consensos y que, por lo tanto, hay que ser prudente con los plazos demasiado cortos.

Una tercera concepción de la Convención, apoyada por el momento por un número muy limitado de Estados pero susceptible de recibir apoyos cuando empiece la verdadera negociación, pone en tela de juicio la pertinencia del anteproyecto de Convención, porque está demasiado centrado en la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, y propone más bien un instrumento jurídico de un alcance más amplio que haga hincapié en el respeto al derecho de los Estados a adoptar políticas que reflejen sus creencias, el mejoramiento del respeto intercultural y el desarrollo de valores comunes. Esta concepción, que pone implícitamente en tela de juicio el mandato inicialmente confiado al Director General de la UNESCO por la Conferencia General, abre la puerta a una ampliación del campo de aplicación de la Convención, más relacionada con la promoción de la diversidad cultural en un sentido amplio que con la promoción y la protección de la diversidad de las expresiones culturales. Desgraciadamente, hay que reconocer, a este respecto, que el anteproyecto de Convención no define muy claramente lo que hay que entender por expresiones culturales y no precisa realmente la índole del lazo que conviene establecer entre diversidad de las expresiones culturales y diversidad cultural. (*Ver Italia*) *Comité permanente para el diálogo interétnico y las expresiones religiosas*

La existencia de estos tres puntos de vista distintos en lo tocante al tipo de Convención que la UNESCO debería adoptar difícilmente podría, en el contexto de una negociación centrada en la búsqueda de consenso, no tener impacto sobre el resultado de la negociación. Esto es totalmente normal y es precisamente a través de la negociación como se podrá operar el acercamiento de estos diferentes puntos de vista y llegar a suscribir una Convención que respete las preocupaciones del conjunto de los miembros. No obstante, hay que recalcar la existencia de un peligro que no se debe minimizar. En efecto, si la negociación ha de conducir a la redacción de un texto que no sea más que el menor común denominador del conjunto de peticiones emitidas por los Estados miembros; si lo que vaya a resultar de ello es un acuerdo que refleje una serie de compromisos políticos sin verdadero significado legal, y si la diversidad de las expresiones culturales sale del empeño debilitada en lugar de reforzada, entonces habría que hablar, por desgracia, de un fracaso. Sin embargo, este riesgo queda atenuado por el hecho de que la negociación se inicia a partir de un texto básico que ya tiene su propia estructura y su propia lógica, como lo vamos a ver a continuación.

- *El anteproyecto de Convención como base de negociación*

Como lo apuntaba el Relator en su informe oral, las delegaciones reconocieron, durante la primera reunión, que el anteproyecto de Convención constituía una base válida para la discusión y un instrumento útil para facilitar el debate en la etapa del proceso intergubernamental. De hecho, todo el debate se llevó a cabo durante ese primer encuentro tomando como base el anteproyecto. Y lo que aún es más importante, es que el mandato que se confió al Comité de Redacción precisa que el texto revisado de Convención que dicho Comité deberá presentar en la próxima sesión de la Plenaria estará basado en el anteproyecto sometido por el Director General, y se incorporarán al mismo los comentarios escritos presentados por los Estados miembros.

La utilización del anteproyecto como base del texto revisado de Convención que se presentará en la próxima sesión de la Plenaria conlleva, como consecuencia inmediata, la estructuración del debate en torno a cierta concepción de la Convención que ya tiene estructura y lógica propias, aunque los Estados miembros conservan, en teoría, una libertad total para hacer lo que quieran con el texto propuesto, incluso transformarlo en profundidad o rechazarlo para empezar de nuevo sobre una base totalmente diferente. En realidad, si uno se fía de los comentarios emitidos por las delegaciones durante el debate sobre el anteproyecto, cabe pensar que la estructura básica, así como una parte sustancial de las disposiciones del anteproyecto, permanecerán en el proyecto de Convención que se adopte finalmente, ya sea tal cual o modificadas en su formulación, o también complementadas con otras disposiciones. Las disposiciones del anteproyecto relativas a la cooperación para el desarrollo, por ejemplo, o las que se refieren a la educación y a la sociedad civil, parecen estar allí de forma permanente, aunque lo más probable es que salgan mejoradas. Ahí donde el texto del anteproyecto plantea problemas más importantes, ya se han propuesto algunas pistas de solución en lo concerniente a las modificaciones que se le hayan de aportar. Así pues, en lo que se refiere a los mecanismos de seguimiento, varias delegaciones destacaron que se podrían reducir sustancialmente trasladando, por ejemplo, el Observatorio sobre la Diversidad Cultural, previsto en el *Artículo 15*, al Instituto de Estadística de la UNESCO, y sustituyendo al Grupo Consultivo, previsto en el *Artículo 22*, por una lista de expertos susceptibles de ser consultados convenientemente. En lo que se refiere al principio mismo de seguimiento, parece ser aceptado ampliamente, ya que la mayor parte de los Estados acordaron conservar la Asamblea de Estados, con poderes reforzados, y mantener el Comité Intergubernamental, con poderes mejor definidos, y una Secretaría asumida por la UNESCO. Como se puede observar, el anteproyecto actúa como un mecanismo integrador de las diferentes concepciones de la Convención que están en curso, aunque ésta también está llamada a salir bastante transformada de la negociación.

Dicho esto, habrá que tomar opciones si se quiere llegar a un texto que responda a una necesidad claramente identificada y pueda ser objeto de una aplicación concreta. Algunas de estas opciones son relativamente fáciles de tomar en la medida en que su incidencia sea entendida correctamente. Éste es el caso, por ejemplo, de la implementación de un mecanismo de reparto e intercambio de informaciones, como lo contempla el *Artículo 9* del anteproyecto. Se puede considerar que semejante mecanismo impone una carga demasiado pesada para los Estados signatarios y, por esta razón, desear su eliminación; pero también se puede querer conservarlo porque es importante para el funcionamiento correcto de una Convención dinámica y al servicio de sus miembros. Otras opciones corren el riesgo de resultar mucho más difíciles porque los retos subyacentes a ellas no son claros en el anteproyecto mismo. Son estos retos los que hemos de estudiar más de cerca ahora porque están en el corazón del proyecto de Convención.

2 Desafíos aún por clarificar para que se abra un verdadero debate

Los desafíos en cuestión se refieren a tres temas cuyo tratamiento en el Anteproyecto sigue siendo ambiguo si se juzga por los comentarios hechos por los Estados sobre el mismo, o sea: (1) el objetivo de la Convención; (2) la relación de la Convención con los otros tratados internacionales; (3) el carácter apremiante de la Convención.

- *El objetivo de la Convención*

Según el 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”. El Anteproyecto de Convención presentado por el Director General se titula efectivamente: “Anteproyecto de Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas”. Por lo tanto, el objetivo de la Convención, tal como se preveía en el Anteproyecto, 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, el desarrollo cultural, los derechos de autor, la expresión cultural, el multiculturalismo, los derechos lingüísticos), sino la protección de un aspecto preciso de la misma, que es la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas.

No obstante, a pesar del título dado al Anteproyecto, en el texto de este último se encuentran referencias suficientemente numerosas sobre la diversidad cultural como para sobreentender que el objetivo preciso de la Convención podría ser más amplio. Estas referencias pueden observarse en diferentes partes del texto, como en el preámbulo donde cuatro considerandos se refieren exclusivamente a la diversidad cultural, en el *artículo 2* (principios) en que los apartados dos, tres y siete hacen referencia a la diversidad cultural, en el *artículo 4* (definiciones) que da una definición elaborada de la diversidad cultural, en el *artículo 15* que propone el establecimiento de un Observatorio de la diversidad cultural, en el *artículo 16 (f)* donde se prevé el establecimiento de un Fondo internacional para la diversidad cultural y finalmente en el *Anexo II* que proporciona una lista no exhaustiva de políticas culturales orientadas hacia la promoción de la diversidad cultural en un sentido amplio. Tales referencias a la diversidad cultural entendidas en un sentido amplio pueden tener su lugar en una Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas pero a condición de que el vínculo entre ambas sea bien entendido. Ahora bien, lamentablemente eso no es lo que puede deducirse de los comentarios sobre el Anteproyecto formulados por los Estados en el primer encuentro.

Un rápido examen de esos comentarios deja en claro el grado de confusión que aún existe sobre este tema. De hecho, muchos Estados hablan de la Convención como si ésta tuviese por objetivo la preservación de la diversidad cultural. Es por esto que en los comentarios generales del primer día de la reunión se presenta a la Convención como un “instrumento útil para la promoción de la diversidad cultural”, se espera que la Convención constituya “uno de los pilares jurídicos de la diversidad cultural”, se sugiere que la Convención “insista en la promoción de la diversidad cultural” y se enumeran las condiciones para que una “Convención sobre la diversidad cultural” no se transforme nuevamente en otra Convención privada de efecto concreto. Esto no impide que otros Estados señalen que el objeto de la Convención es la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas o soliciten que el contenido cultural aparezca “como el tema central y el hilo

conductor de la Convención”. La confusión queda completamente en evidencia cuando se discute más específicamente su título, objetivos y alcance. En cuanto al título, por ejemplo, ciertos Estados se dicen satisfechos y solicitan dejarlo tal cual mientras que otros sugieren que para eliminar toda ambigüedad y responder a las aspiraciones de los Miembros, el actual título debería reemplazarse por el de “Convención sobre la diversidad cultural”. En lo relativo al alcance, un Estado incluso se quejó porque el Anteproyecto sólo abarca la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas. La confusión acerca del objetivo de la Convención llega a su punto culminante cuando el Presidente juzga oportuno solicitarle a la UNESCO una clarificación del mandato de negociación. En su respuesta, el Subdirector General para la Cultura, Sr. Mounir Bouchenaki, recuerda los debates que rodearon la decisión de la Conferencia General en el otoño de 2003 de avanzar con la negociación de una Convención que trate específicamente “la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas” y explica que el trabajo con vistas a lograr una Convención se emprendió luego en base a ese mandato claro.

No obstante, si bien está claro en los términos del mandato que la Convención prevista debe basarse en “la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas”, hay que reconocer que el significado exacto de esta última expresión en relación con la de “diversidad cultural” no salta a la vista inmediatamente. Para evitar toda confusión, es necesario pues analizar el significado de una y otra expresión y clarificar la relación que existe entre ambas.

Para esto, es necesario partir del concepto de cultura. La definición más ampliamente aceptada de ese concepto es, sin duda alguna, la adoptada en la Conferencia MONDIACULT, celebrada en México en 1982 y retomada luego en la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, la cual afirma que en su sentido más amplio, la cultura debe ser considerada como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social. Abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”. Este conjunto de rasgos distintivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social remite a lo que se designa comúnmente con la expresión identidad cultural. Por lo tanto, a primera vista y en su sentido literal, la diversidad cultural se referiría simplemente a la multiplicidad de las culturas o identidades culturales.

Pero cuando se examina de más cerca esta definición de la cultura propuesta por la UNESCO en 1982, se constata que la misma remite a dos realidades bastante distintas. Ante todo, hay una primera concepción más limitada centrada en las artes y las letras que remite a la expresión cultural de una comunidad o de un grupo y que engloba la creación cultural bajo todas sus formas, tanto la de los individuos como la de las empresas culturales. La expresión “contenidos culturales y expresiones artísticas” del Anteproyecto es la que remite más concretamente a esta primera concepción. Luego siguen los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias, que remiten a una perspectiva más sociológica y antropológica de la cultura, o si se quiere, a la diversidad cultural entendida en un sentido amplio. La cuestión que se plantea entonces consiste en saber si la Convención proyectada contempla la protección de las culturas entendidas en el sentido más limitado de la expresión cultural de una comunidad (es decir, la creación, producción, distribución y difusión del contenido cultural, cualesquiera sean su soporte o su forma), o la protección de las culturas entendidas en un sentido más amplio que remite a las características sociológicas y antropológicas de una sociedad, incluidos los aspectos patrimoniales, lingüísticos, religiosos etc, o entendidas en los dos sentidos. Es conocida la elección que hizo la Conferencia General de la UNESCO.

La expresión cultural responde a una necesidad esencial de toda comunidad. Cuando se afirma, como lo hace la *Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural*, que los bienes y servicios culturales “en la medida en que son portadores de identidad, valores y sentido, no deben ser considerados como mercancías o bienes de consumo como los demás”¹, no se hace más que reconocer esta importancia capital de la expresión cultural en la vida de una comunidad. De hecho, su importancia es tal que toda comunidad que resulta privada de la misma ve su supervivencia amenazada a largo plazo. Lo mismo sucede con la apertura a la expresión cultural de las otras comunidades. Una cultura que se repliega sobre sí misma y no se abre a la contribución de las otras culturas está condenada a languidecer con el tiempo, incapaz de adaptarse a los cambios que se producen en su entorno.

Pero, como es fácil imaginarlo, existe un estrecho vínculo entre la conservación de las culturas entendidas en un sentido sociológico y antropológico y la conservación de las mismas entendidas en el sentido de expresión cultural de una comunidad. En efecto, es necesario comprender correctamente que si la mundialización y la liberalización del comercio implican cambios importantes en las culturas entendidas en un sentido antropológico y sociológico, eso no siempre quiere decir que es necesario rechazar toda iniciativa política susceptible de afectar, de una manera u otra, el contenido de las culturas en cuestión. Afirmar lo contrario sería dar un sentido forzado a los conceptos de cultura e identidad cultural, un sentido que terminaría por servir a los que quieren transformarlos en instrumentos de control político. En realidad, toda cultura, si desea mantenerse viva, está condenada a adaptarse con el tiempo a una gran variedad de cambios internos y externos. Es allí donde interviene más concretamente la expresión cultural.

Éste es un elemento clave de la adaptación de las distintas culturas a las transformaciones que imponen la mundialización y la liberalización del comercio. En efecto, los creadores e intervinientes culturales desempeñan al respecto un papel de primer nivel en la medida en que crean un espacio de confrontación crítico entre valores nacionales y valores extranjeros, entre valores y comportamientos del pasado y perspectivas futuras. En este sentido, se puede afirmar que la conservación de la diversidad cultural pasa obligatoriamente por la conservación de la expresión cultural. Esta última no es la única manera de asegurar la conservación de la diversidad cultural - la conservación del patrimonio cultural y la protección de los derechos de autores, por ejemplo, desempeñan también un papel importante al respecto - pero tiene la particularidad de ser la transposición concreta del derecho fundamental de toda persona de participar libremente en la vida cultural de la comunidad y, en la medida en que esta participación en la vida cultural es la propia traducción, en el plano de los valores, de la participación de todos en la vida pública y en el desarrollo de las sociedades, lo que representa un verdadero desafío a nivel democrático. Lejos de ser un incentivo al retroceso de la identidad y al nacionalismo exacerbado, como algunos Estados lo dejaron entender durante el primer encuentro, la conservación y promoción de la diversidad de las expresiones culturales se presentan como una defensa contra tales desviaciones. No es casual que la implantación y mantenimiento de regímenes dictatoriales sea acompañada de un estrecho control sobre la expresión cultural. Visto de esta manera, la conservación y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, lejos de ser un pequeño desafío, resultan uno de los retos principales de nuestra época.

El hecho de que el proyecto de Convención que se negocia actualmente se refiere específicamente a este aspecto de la diversidad cultural no reduce en nada la importancia de los otros aspectos de la

¹ Ver UNESCO: http://www.unesco.org/culture/pluralism/diversity/html_fr/decl_fr.shtml

misma. Es necesario recordar que muchos de esos otros aspectos de la diversidad cultural ya se tienen en cuenta en otras convenciones (es el caso de los vinculados con la conservación del patrimonio, con los derechos fundamentales del ser humano y con los derechos de propiedad intelectual), y si se deben hacer cambios o agregados en estos últimos, no corresponde que lo haga la futura Convención sobre la protección de la diversidad de las expresiones culturales. Esto no impide que se establezcan vínculos con esos otros aspectos, que es lo que hace el Anteproyecto de Convención cuando afirma, en su artículo sobre los principios, que “nadie puede invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos garantizados por el derecho internacional o para limitar su alcance”, o cuando da prioridad a los tratados sobre los derechos de propiedad intelectual como lo veremos en la sección siguiente.

- ***La relación de la Convención con los otros tratados internacionales***

Incluso antes de que la Conferencia General de la UNESCO decida por unanimidad, en octubre de 2003 (32C/52), sobre el dictamen del Consejo Ejecutivo (166EX/28) de confiar al Director General el mandato (Res.32C/34) de presentar en la próxima Conferencia General de octubre de 2005 un informe preliminar y un Anteproyecto de Convención internacional sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas, la cuestión de la relación de la Convención con los tratados internacionales ya había adquirido un valor simbólico. En efecto, 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 32ª 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 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 solucione el conflicto de fondo.

Dieciocho meses más tarde, en el momento en que comienza la primera sesión de la reunión de expertos gubernamentales relativa al Anteproyecto de Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas, el conflicto sigue sin resolverse. Es necesario señalar que dicho Anteproyecto no ayuda verdaderamente a resolverlo, ofreciendo dos alternativas sobre el tema (*artículo 19*). La *alternativa A* es la siguiente:

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 tratado 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.*

Por su parte, la *alternativa B* del Anteproyecto de Convención dice lo siguiente:

“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 última alternativa es casi una reproducción del principio de base *del apartado 2 de la alternativa A*. Si se comparan ambas alternativas, se constata que la primera es más apremiante que la segunda porque subordina la Convención a los instrumentos internacionales existentes sobre los derechos de propiedad intelectual, y menos apremiante debido a que autoriza a los Estados Partes a contravenir el principio de base cuando la observancia de los tratados internacionales existentes pudiese derivar en serios daños para la diversidad de las expresiones culturales o representar una seria amenaza para esta última.

El debate sobre esta cuestión durante el primer encuentro dista mucho de ser concluyente. Entre los Estados que se pronuncian sobre la cuestión, una mayoría se dice favorable a la alternativa A, pero a menudo esta elección viene acompañada de observaciones que dejan entrever una cierta vacilación sobre la manera de solucionar el problema. Por otra parte, una minoría sustancial opta por la alternativa B, pero con comentarios que dejan sobrentender que se necesitarían más precisiones. Entre los defensores de la alternativa A y aquellos que apoyan la alternativa B, la oposición está bien clara y es evidente que tanto para unos como para otros el desafío es importante. Por otro lado, muchos Estados se niegan a pronunciarse en favor de una u otra opción haciendo valer que es demasiado pronto para hacer una elección o que no disponen de suficiente información para eso. Por último, más de un tercio de los Estados presentes en la primera sesión se abstuvieron de pronunciarse sobre la cuestión, síntoma manifiesto de la dificultad para comprender las implicaciones de las opciones ofrecidas. Por lo tanto, al término de la primera reunión, nos encontramos con un debate que adquiere una importancia creciente a nivel político, pero cuyos desafíos, paradójicamente, siguen estando mal comprendidos. En estas condiciones, es obvio que se impone un examen más profundo de lo que está verdaderamente en causa detrás de este debate.

Un primer interrogante que se plantea desde el principio es saber lo que cubre concretamente la expresión “otros instrumentos internacionales”, ya que es evidente que no todos los tratados internacionales pueden entrar en conflicto con la Convención. Una indicación bastante clara de los tratados contemplados más concretamente por esa expresión se encuentra en la resolución de la Conferencia General de la UNESCO de octubre de 2003, que confió al Director General el mandato (Res.32C/34) de presentar en la próxima Conferencia General de octubre de 2005, un informe preliminar y un Anteproyecto de Convención internacional sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas. La resolución precisa que es importante considerar que el nuevo instrumento normativo internacional en cuestión debe elaborarse teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales existentes y, que a tal efecto, es conveniente que el Director General realice consultas con la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCD) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Por lo tanto, es fácil suponer que los sectores de actividades cubiertos por estas organizaciones son los que pueden presentar más conflictos. También es posible añadir a los tratados en cuestión aquellos relacionados con el respeto de los derechos humanos, que fueron mencionados por muchos Estados en el debate sobre el Anteproyecto.

Aunque se hace referencia, en el apartado 1 del artículo 19 del Anteproyecto, a los instrumentos internacionales existentes en materia de derechos de propiedad intelectual, no parece que esos tratados sean la base de las divergencias constatadas con respecto al artículo 19. Esta disposición dio lugar a muy pocos comentarios durante la primera reunión a pesar de la preponderancia que concede a los instrumentos internacionales existentes en cuanto a los derechos de propiedad intelectual sobre la Convención. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en su intervención en la primera reunión como observadora, no reveló incompatibilidades entre el contenido del Anteproyecto y los tratados regulados por esa organización, todo lo contrario. La misma conclusión se impone en lo referido a la CNUCD, porque si bien esta última es un lugar de debates intergubernamentales en materia de comercio y desarrollo y realiza trabajos de investigación y análisis sobre este tema, no se implica directamente en la gestión de tratados internacionales multilaterales. Por lo tanto, no puede haber conflictos entre la CNUCD y la Convención. En cuanto a los tratados sobre los derechos humanos, la posibilidad de conflictos resulta bastante escasa en la medida en que uno de los principios básicos de la Convención, como ya se vio, es precisamente que “no puede atentar contra los derechos del hombre garantizados por el derecho internacional o para limitar el acceso.”

Nos queda entonces la OMC. De hecho, cuando se plantea la posibilidad de que la Convención pueda contravenir a tratados internacionales existentes durante los debates sobre el Anteproyecto, como es el caso de Estados Unidos por ejemplo, es esencialmente en relación con cuestiones a las que apuntan de una manera u otra los tratados comerciales internacionales, y más concretamente la OMC. Por lo tanto, detrás del texto general del artículo 19 que trata sobre las relaciones de la Convención con los otros instrumentos, lo que aparentemente presenta problemas en primer lugar y sobre todo, es la relación entre la Convención y los tratados comerciales internacionales, y más concretamente aquellos de la OMC.

Dos visiones distintas de la interfaz comercio/cultura están en causa, una comercial, la otra cultural, siendo ambas el reflejo de la doble naturaleza de los productos culturales, es decir, productos intercambiables en el comercio y lenguaje de comunicación social a la vez.

La visión comercial de la interfaz comercio/cultura, tal como se expresa en la OMC, hace hincapié en la reducción de los aranceles aduaneros y otros obstáculos al comercio y en la eliminación de las discriminaciones en las relaciones comerciales internacionales como medio de favorecer el aumento de los niveles de vida, el logro del pleno empleo y el aumento de la producción y el comercio de mercancías y servicios. No obstante, la OMC no se interesa especialmente en la cultura o la diversidad cultural porque no pertenecen a su campo de competencia. Es diferente para los Estados que deben adoptar medidas destinadas a promover la expresión cultural a nivel nacional y la diversidad cultural a nivel internacional. Desde el momento en que éstas obstaculizan de una manera u otra los intercambios comerciales y van contra una obligación de la OMC, dan lugar en principio a una denuncia ante el Órgano de Solución de Controversias. Para eludir estas obligaciones, las obras culturales o, para utilizar la jerga de la OMC, los bienes y servicios culturales, que representan la expresión dinámica de una cultura, deben beneficiarse, o de una exención completa o de un trato particular. Ahora bien, salvo raras excepciones (las cuotas a la pantalla para las películas (Artículo IV del GATT) y las medidas impuestas para la protección de tesoros nacionales que tienen un valor artístico, histórico o arqueológico (Artículo XX f) del GATT), tales excepciones no existen. En otros términos, en el contexto de la OMC, los bienes y servicios culturales se consideran a priori como cualquier otro bien y servicio, sin respetar su función en el plano de la comunicación social y el funcionamiento democrático de un Estado. La regla de base que prevalece en los intercambios entre

productores de distintos países es la de la competencia, donde triunfa el mejor, el más competitivo o el más eficaz. En esta lógica estrictamente comercial, nada impide a los productores de un país que ya ocupan una parte sustancial del mercado del cine o la televisión de otro país que pretendan acaparar lo que queda del mismo.

La visión cultural de la interfaz comercio/cultura es muy otra. La conservación y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, y más generalmente la conservación y promoción de la diversidad cultural entendida en un sentido amplio, se consideran como “un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana” (Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, artículo 4). El intercambio entre las culturas está previsto no con una perspectiva de competición y competencia sino más bien con una perspectiva de diálogo que implica que cada cultura tenga el derecho de preservar y promover su propia expresión cultural estando, al mismo tiempo, abierta a la expresión cultural de las otras culturas. Lo que se desea y se busca finalmente, es una situación donde las distintas expresiones culturales interactúen y se complementen para el enriquecimiento común del conjunto, un poco como los distintos instrumentos de una orquesta que contribuyen, cada uno a su manera a la realización de una obra común.

Estas dos visiones, con su propia lógica, son también legítimas. La UNESCO tiene tanto derecho, desde un punto de vista cultural, de preocuparse de las repercusiones de la mundialización de la economía y la liberalización del comercio sobre la conservación y el desarrollo de las expresiones culturales, como la OMC tiene derecho, desde una óptica comercial, de preocuparse de las repercusiones de las medidas puestas por delante en una Convención sobre la conservación y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Por lo tanto, a menos que los Estados Miembros de la UNESCO acepten que las preocupaciones culturales sean menos importantes que las comerciales, la solución a este problema de gobernanza a nivel internacional no puede consistir en la afirmación pura y simple de la preponderancia de la perspectiva comercial sobre la cultural. En consecuencia, es necesario encontrar una solución que sea respetuosa de ambas perspectivas a la vez.

Para lograrlo, es importante, en primer lugar, dejar sentado de manera clara y explícita en el artículo 19 que la Convención, excepto menciones explícitas en contrario (presunción de conformidad con los tratados relativos a los derechos de la persona por ejemplo), no está subordinada a los otros tratados internacionales. De no ser así, es difícil ver cómo los Estados Signatarios de la Convención podrán desarrollar entre ellos una visión propiamente cultural de la interfaz comercio/cultura. A tal efecto, es posible considerar diferentes formulaciones pero lo importante es que el estatuto de igualdad de la Convención sea reconocido de manera clara.

Esto asegurado, es necesario, en segundo lugar, procurar que se establezca una comunicación entre las dos perspectivas con el fin de encontrar soluciones mutuamente aceptables y complementarias. En el caso de la Convención, el mecanismo considerado para esto es el del artículo 13, que solicita a los Estados Partes que defiendan en otros foros internacionales los objetivos y principios de la Convención. Tal procedimiento podría desembocar más rápido de lo que se piensa en resultados concretos. Como ejemplo, si se considera que la extensa mayoría de los Estados, incluido Estados Unidos, fomenta financieramente la producción de bienes y servicios culturales en distintos grados y que las actuales ayudas financieras no están contempladas por el GATS, incluso están excluidas de las disposiciones relativas a los servicios en prácticamente todos los tratados de libre comercio celebrados desde hace unos diez años, es posible que haya consenso entre los Estados Partes de la

Convención y entre los Miembros de la OMC para reconocer explícitamente el derecho de los Estados de apoyar financieramente el desarrollo de la expresión cultural en su territorio.

En tercer lugar, sería necesario aceptar que algunas situaciones, cubiertas bajo un aspecto por las normas de la OMC, puedan estarlo también bajo otro aspecto por las disposiciones de la Convención, con tal que no resulte una situación de incompatibilidad². Este enfoque, que viene del adoptado por el Órgano de Solución de Controversias de la OMC para arreglar los casos de conflictos aparentes entre los distintos tratados comerciales multilaterales regulados por la OMC, podría muy bien aplicarse al Anteproyecto de Convención. En efecto, ciertas disposiciones del Anteproyecto pueden considerarse, a primera vista, como entrando en conflicto con el derecho de la OMC. Es el caso, por ejemplo, del Artículo 17, que se refiere a la concesión de un trato preferencial a los países en desarrollo, el cual es incompatible a priori con el principio de nación más favorecida. Pero si se considera que el artículo 17 tiene por objeto simplemente transponer, en el ámbito cultural, el concepto de “trato especial y diferenciado en favor de los países en desarrollo” elaborado en el marco del GATT y la OMC y que, en Doha, fue objeto de una declaración oficial que reconocía “que las disposiciones relativas al trato especial y diferenciado forman parte integrante de los Tratados de la OMC”, el conflicto ya no resulta evidente. Como se sabe, este trato “especial y diferenciado” se traduce, entre otras cosas, por el establecimiento de medidas de asistencia técnica en favor de los países en desarrollo así como en la aprobación de medidas concretas por los países desarrollados en favor de los países en desarrollo, tal como los sistemas de preferencia. Que tal trato preferencial, concedido con el objetivo específico de desarrollar la expresión cultural de los países en desarrollo, sea reconocido a pesar de que la OMC tenga sus propias disposiciones sobre el tema no aparece a priori como algo imposible.

Por último, es necesario reconocer que nada obliga legalmente a un Estado a impugnar las políticas y medidas de otro Estado que irían hipotéticamente contra los compromisos de este último en virtud de la OMC si, por motivos culturales, juzga conveniente no hacerlo. Si no era el caso, el principio enunciado al artículo 5 (1) apenas tendría más designificado en los hechos. Por otra parte, tal renuncia para impugnar las políticas y medidas culturales de los otros Estados en algunas circunstancias no es algo deenteramente nuevo. Cuando los Estados Unidos, por ejemplo, quién había presentado denuncia delante del GATT en 1988 contra la Comunidad Europea con respecto a las cuotas de la Directiva "Television sans frontières", aceptan en sus recientes acuerdos de libre comercio ratificar las cuotas existentes de sus socios en el ámbito audiovisuales, renuncian manifiestamente, en sus informes con estos últimos según los acuerdos en cuestión, a impugnar medidas que anteriormente habían dado por incompatibles con el GATT.

- ***El carácter apremiante de la Convención***

Hablar del carácter apremiante de una Convención, es enunciar a primera vista una evidencia ya que en derecho internacional, toda Convención vincula por definición las partes signatarias que deben darle curso de buena fe. No obstante, es necesario comprender que, en la práctica, todas las convenciones no implican necesariamente el mismo grado de obligación, ya que ésta puede variar en función del contenido de las propias normas, de los mecanismos establecidos para garantizar su

² Para un examen más detallado de las incompatibilidades posibles entre el texto del Anteproyecto de Convención y la OMC, vera Ivan Bernier : «Anteproyecto de Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y de las expresiones artísticas - Análisis y comentarios», Octubre 2004 : http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/esp/pdf/anteproyecto_analisis-comentarios_2004.pdf

aplicación y finalmente del enfoque adoptado en cuanto a la solución de controversias. En lo relativo a las propias normas, por ejemplo, éstas pueden tener un carácter esencialmente declarativo, imponer obligaciones de medios o de “mejores esfuerzos”, o incluso imponer obligaciones de resultados. En cuanto a la aplicación de la Convención, ésta se puede dejar a la buena fe de las Partes o apoyarla por medio de mecanismos de seguimiento de compromisos más o menos elaborados. Por último, en lo relativo a las controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención, es posible prever mecanismos de solución de controversias más o menos apremiantes que vayan de la mediación o conciliación al arbitraje obligatorio, con o sin sanciones. Por lo tanto, cuando se habla del carácter apremiante de una Convención no se hace referencia a una realidad unívoca. Una Convención puede ser más o menos apremiante según las opciones escogidas por las Partes, las que están relacionadas con la importancia que conceden a la Convención en cuestión y a su voluntad de garantizar la eficacia.

En las intervenciones durante la primera reunión sobre el Anteproyecto de Convención se menciona, en sucesivas ocasiones, la necesidad de lograr una Convención eficaz que tenga un carácter apremiante. Un gran número de Estados expresaron sus inquietudes sobre lo pesado y costoso de los mecanismos de aplicación y de solución de controversias propuestos, aunque la mayoría desea que tales mecanismos sean mantenidos bajo una forma u otra. Al contrario, ciertos Estados cuestionan seriamente la necesidad de dotar la Convención de mecanismos de aplicación y de solución de controversias debido a que no resultan apropiados en el ámbito cultural. Lo que salta a la vista es que la mayoría estima que es demasiado pronto para pronunciarse sobre el tema, debido que aún no se conocen los compromisos precisos a que deben ajustarse las Partes según la Convención.

Pero si la cuestión del carácter apremiante de la Convención todavía no parece preocupar demasiado a los Miembros de la UNESCO de acuerdo al primer encuentro, no pasa lo mismo con ciertas organizaciones no gubernamentales que ven en aquella un elemento absolutamente fundamental de la Convención. Es el caso por ejemplo de la Federación Internacional de Derechos Humanos que en su comentario escrito sobre el Anteproyecto precisa que el único medio de garantizar la eficacia de la Convención es dotarla de un mecanismo de solución de controversias equivalente al de la OMC, es decir, un mecanismo de arbitraje obligatorio acompañado de sanciones, en caso contrario, la Convención corre el riesgo de caer en el verbalismo. Lo mismo sucede con el Instituto Internacional de Teatro que, en sus notas, comentarios y observaciones relativas al Anteproyecto de Convención, indica que la ausencia de un régimen de sanciones corre el riesgo de provocar un desequilibrio con otros tratados, en particular, los tratados comerciales, que prevén tal régimen. De allí a concluir que en ausencia de tal mecanismo, la Convención, privada de toda eficacia, se volverá papel mojado rápidamente, sólo hay un paso, que esas ONG parecen listas para darlo.

Pero, ¿es posible conducir toda la cuestión del carácter apremiante de la Convención hacia la exigencia de un mecanismo de solución de controversias obligatorio y acompañado de sanciones? Si ése es el caso, el futuro de la Convención quedaría seriamente comprometido de ahora en adelante ya que es difícil imaginar qué tipo de sanciones podría aplicar la UNESCO en materia cultural (a menos que se autorice al Estado demandante a suspender la protección que le acuerda a los derechos de propiedad intelectual del Estado declarado culpable del incumplimiento de sus compromisos, tal como lo sugiere un autor, pero esto sería condenado inmediatamente por los propios creadores culturales) y, sobre todo, dista mucho de resultar evidente que una mayoría de Estados estaría dispuesta a aceptar un arbitraje obligatorio acompañado de sanciones. Al respecto, cabe mencionarse que recién en 1995, es decir 67 años después de la entrada en vigor del GATT, se implantó finalmente un mecanismo de solución de controversias verdaderamente obligatorio en las

instancias comerciales multilaterales. Esto no impidió que el GATT funcionara y se hiciese su lugar gradualmente. En otros términos, en toda negociación internacional, es difícil ir más rápido que lo que los propios Estados están dispuestos a hacer. Por lo tanto, antes de concluir sobre el carácter apremiante de la presente Convención, es importante comprender lo que pretende lograr esta última.

Esto se ve, en primer lugar y sobre todo, 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, deberá definir un conjunto de reglas y disciplinas que regularán la intervención cultural de los Estados Miembros, las cuales estarán basadas en una misma concepción de la diversidad cultural orientada tanto hacia la conservación y promoción de las expresiones culturales existentes como hacia la apertura a las otras culturas. Con un número creciente de Estados que irán adhiriendo a este marco de referencia, 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 los intercambios culturales se realiza junto con 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 asistencia a los Estados Miembros que tienen dificultad para cumplir con sus compromisos, ayudará a resolver las controversias 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.

Es fácil comprender que la eficacia de tal Convención no está vinculada únicamente a la cuestión de la solución de controversias. En realidad, hay otros dos factores que van a desempeñar un papel aún más importante al respecto. El primero se refiere al contenido normativo de la Convención que debe dar lugar a compromisos firmes por parte de los Estados Signatarios, especialmente en cuanto al reconocimiento del derecho soberano de estos últimos de adoptar las medidas que juzguen convenientes con el fin de preservar y promover la expresión cultural sobre su territorio y su compromiso concomitante de seguir estando abiertos a las expresiones culturales de los otros Estados. En otros términos, la Convención no será realmente apremiante si se limita a enunciar expresiones de deseo. El otro factor se refiere a la aplicación de la Convención. Si no se desea que quede librada únicamente a la buena fe de los Estados Partes, debe establecerse un mecanismo de seguimiento, cuya composición sigue estando sin determinar pero que podría, si se juzga por los comentarios de los Estados en la primera reunión, incorporar una Asamblea General de Estados Partes, un Consejo y un Secretariado. Tal mecanismo resulta esencial si se aspira a que la Convención cumpla las funciones que se le asignan en el plano de la supervisión de los compromisos, la concertación y la asistencia a los países que desean obtener ayuda.

Queda la cuestión de la solución de controversias. Ésta es importante no porque la aplicación de la Convención corre el riesgo de resultar difícil y conflictiva, sino más bien porque no debe descartarse la posibilidad de conflictos debidos a la interpretación y aplicación de la Convención. Es necesario ofrecer a las Partes en litigio la posibilidad de tener acceso a un mecanismo de solución de controversias cuya decisión debe estar basada en consideraciones culturales más que comerciales. En caso contrario, las Partes en cuestión se tentarán de recurrir al mecanismo de solución de controversias de la OMC que, como es sabido, decide exclusivamente basada en la lógica comercial que sostiene el conjunto de tratados regulados por dicha organización.

La elección del mecanismo, si se juzga por las intervenciones de las partes en la primera reunión, tiene grandes posibilidades de acercarse a la solución propuesta en el Anteproyecto de Convención. El procedimiento se presenta así:

Si no hubo buenos oficios o de mediación, o si la controversia no pudo ser solucionada a través de la negociación, buenos oficios o mediación, las Partes interesadas pueden recurrir a uno de los medios de resolución de controversias siguientes:

- a) 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;*
- b) a pedido de las Partes en conjunto, la presentación de la controversia al Tribunal Internacional de Justicia.*

Si las partes interesadas no aceptan ninguno de los dos procedimientos previstos en el apartado 3 de más arriba, la controversia 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 solución de la controversia 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 ambas 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 una controversia que no se resolvió de otro modo, él o ella acepta considerar como obligatorio uno u otro de los métodos de solución 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 solución de controversias del Anteproyecto. También pensamos que debería integrarse al texto del artículo 24. En otros términos, si se tiene que tomar prestado el procedimiento de solución de controversias 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.

Aunque la hipótesis de un procedimiento de arbitraje obligatorio fue descartado 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 debido, por ejemplo, a su costo exorbitante, que tiene por efecto volverlo inaccesible para la mayoría de los países en desarrollo. Pero la verdad es que si no se lo adopta, 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.

CONCLUSIÓN

En mayo de 1998, Renato Ruggiero, entonces Director General de la OMC, advertía a los Miembros de la Organización que *“no debían subestimar la creciente presión que se ejerce sobre el sistema multilateral para que dé respuestas a problemas que reflejan preocupaciones muy reales del público, pero cuya solución no puede provenir únicamente del sistema comercial internacional”*; entre esos problemas, mencionaba explícitamente el de la conservación de la diversidad cultural³. Detrás de esa advertencia, se podía percibir un llamado apenas perceptible sobre el desarrollo fuera de la OMC de un conjunto de normas para responder a esos problemas. Ahora bien, el objetivo preciso de la Convención sobre la conservación y promoción de la diversidad de las expresiones culturales es dar una respuesta a esas preocupaciones del público en el ámbito cultural.

La importancia de la cuestión es tal que observadores informados de la escena económica internacional ahora la ven como un obstáculo principal para la continuación de los esfuerzos destinados a liberalizar el comercio internacional. Por esto, en un discurso en la Comisión Trilateral en Tokio, en mayo de 2001, Fred Bergsten, ex Secretario adjunto de Estado estadounidense del Tesoro para los Asuntos Internacionales, al referirse a las manifestaciones en Seattle, Davos, Bangkok y Washington, a las que consideró como una manifestación superficial de un problema muy real, declaraba: *“La economía mundial hace frente actualmente a desafíos más importantes que en el pasado porque la reacción antimundialización no se refiere ya solamente a la economía. Tiene también una dimensión cultural muy importante que plantea una gran cantidad de problemas controvertidos y difíciles de solucionar”*. Lo que debe extraerse de sus palabras, es que para el sistema comercial internacional cada vez será más difícil ignorar en el futuro las repercusiones negativas que puede tener, en ocasiones, sobre la diversidad de las expresiones culturales y, más allá de las mismas, sobre la diversidad cultural entendida en un sentido sociológico y antropológico.

Las negociaciones actualmente en curso en la UNESCO sobre la diversidad de las expresiones culturales llegan, desde este punto de vista, en un momento crucial del desarrollo del sistema de gobernanza internacional. Si estas negociaciones fracasaran, las consecuencias podrían hacerse sentir no sólo en la UNESCO y en la OMC sino también, de manera más general, en el conjunto de ese sistema. Al respecto, y retomando las palabras del Director General de la UNESCO, la primera reunión de expertos gubernamentales sobre el Anteproyecto de Convención habrá contribuido a establecer los elementos esenciales para lanzar un verdadero debate *“sobre la cuestión crucial que plantea la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales en el mundo de hoy”*. Pero al mismo tiempo, esta reunión hace que reaparezcan divergencias sobre esta cuestión con una frecuencia bastante notable y que se ponga en evidencia la importancia de clarificar los desafíos subyacentes que a menudo siguen siendo mal comprendidos.

Es evidente que la segunda reunión de negociación no será cosa fácil. Muchas cuestiones aún muy controvertidas, como la abordada aquí, volverán al centro del debate. 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 más preocupante, 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, o incluso, que sea percibida como una ocasión inesperada de solucionar una gran cantidad de cuestiones vinculadas de cerca o de lejos con la

³ Opening statement by the Director-General, Mr. Renato Ruggiero, Ministerial Conference, Geneva, May 18, 1998 : http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min98_e/anniv_e/dg_e.htm

conservación de la diversidad cultural. En tal caso, se corre el riesgo de asistir a la implantación de diferentes estrategias destinadas a que la Convención pierda toda significación concreta, sea diluyendo su objetivo o buscando que la Convención en sí misma resulte lo más inofensiva posible.