

**LAS RELACIONES ENTRE LA CONVENCION DE LA UNESCO SOBRE LA
PROTECCION
Y PROMOCION DE LA DIVERSIDAD DE LAS EXPRESIONES CULTURALES
Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES:
LA APARICION DE UN NUEVO EQUILIBRIO EN LA INTERFAZ
ENTRE COMERCIO Y CULTURA**

Por Ivan Bernier

Aunque la Parte V de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales¹, que trata de las relaciones con otros instrumentos, contiene sólo dos artículos, que son los Artículos 20 y 21, es sin duda alguna la que provocó el mayor número de debates durante las negociaciones. En efecto, su redacción dio lugar a fuertes intercambios en el seno de la Conferencia Plenaria y del Grupo de Trabajo creado por la misma con miras a alcanzar un consenso sobre el asunto de las relaciones que se hayan de establecer entre la Convención y otros instrumentos internacionales. Para decirlo todo, varios de los problemas de fondo planteados durante esas negociaciones estaban ligados, de una forma u otra, a la cuestión de las relaciones entre la Convención y otros instrumentos². Por lo tanto, no es de extrañar que el texto definitivo de los Artículos 20 y 21 se adoptase al final de dichas negociaciones³.

Dos visiones enfrentaban a los Estados. Al ver en el Anteproyecto de Convención que les era sometido un intento disfrazado para sustraer el área de la cultura de las preocupaciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cierto número de países manifestaron el deseo de que se estipulase explícitamente, en la futura convención, que los compromisos en materia comercial prevalecieran en cualquier circunstancia sobre los compromisos en materia cultural. Pero, para una amplia mayoría de Estados, los bienes y servicios culturales, puesto que son portadores de identidad, de valores y de sentido, no podían ser considerados como mercancías o bienes de consumo al igual que los demás. En su opinión, la cultura tenía que encontrar su lugar legítimo entre las demás preocupaciones de la OMC. Para ello, era preciso que el texto de la convención oficial estableciera claramente la ausencia de cualquier lazo de subordinación entre la misma y los demás tratados internacionales. Dicho de otro modo, había que encontrar un nuevo equilibrio entre comercio y cultura.

¹ La Convención fue adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 20 de octubre de 2005. Entró en vigor el 18 de marzo de 2007, y el 25 de junio de 2008 la habían ratificado 98 Estados. [En línea] www.unesco.org/culture/fr/diversity/convention (Consultado el 7 de julio de 2009).

² Es el caso de los debates que rodearon el estudio de los Artículos 5, 6 y 8.

³ Para informarse mejor al respecto, ver Ivan BERNIER, "La négociation de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles". *Annuaire canadien de droit international*, vol. 43, 2005, p. 3-43.

Estas posiciones, en apariencia irreconciliables, dieron lugar a una difícil labor de acercamiento jurídico. El texto finalmente adoptado, como se verá, no está desprovisto de ambigüedad, pero refleja fielmente el deseo de una amplia mayoría de Estados de excluir cualquier vínculo de subordinación entre la Convención y otros tratados en los cuales sean Partes, sin que por ello se pongan en tela de juicio los compromisos contraídos según éstos.

En las siguientes páginas analizaremos, en primer lugar, el contenido del Artículo 20, titulado “Relaciones con otros instrumentos: potenciación mutua, complementariedad y no subordinación”, para destacar su carácter evolutivo, y luego el del Artículo 21, titulado “Consultas y coordinación internacionales”, que viene a complementar el primero al prescribir que las Partes se comprometan a promover los objetivos y principios de la Convención en otros foros internacionales y, cuando proceda, se consulten sobre este tema. A este respecto, exploraremos más especialmente el papel del Comité Intergubernamental y nos interrogaremos acerca de los procedimientos y demás mecanismos que puedan implantarse para cumplir con estas obligaciones.

1 EL ARTÍCULO 20: UNA DISPOSICIÓN INTERPRETATIVA

Comenzaremos por proceder al análisis detallado del texto del Artículo 20, a fin de comprender su significado y ver qué papel desempeña en la aplicación de la Convención. Más adelante, nos interrogaremos sobre el futuro de dicho artículo, cuyo sentido será determinado por la práctica de los Estados y la eventual intervención de los órganos de solución de las controversias llamados a estatuir sobre ésta.

1.1 Análisis del Artículo 20

El Artículo 20 de la Convención dice lo siguiente:

1. Las Partes reconocen que deben cumplir de buena fe con las obligaciones que les incumben en virtud de la presente Convención y de los demás tratados en los que son Parte. En consecuencia, sin subordinar esta Convención a los demás tratados,
 - (a) fomentarán la potenciación mutua entre la presente Convención y los demás tratados en los que son Parte; y
 - (b) cuando interpreten y apliquen los demás tratados en los que son Parte o contraigan otras obligaciones internacionales, tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de la presente Convención.
2. Ninguna disposición de la presente Convención podrá interpretarse como una modificación de los derechos y obligaciones de las Partes que emanen de otros tratados en los que sean parte.

El significado concreto de esta disposición no salta inmediatamente a la vista. En el primer párrafo, que requiere una lectura atenta, parece que se quieren establecer los elementos pertinentes para interpretar el segundo. Esta impresión se confirma aún más cuando uno examina el historial de la negociación del Artículo 20. El texto inicial, esto es, el Anteproyecto presentado por los expertos independientes, comportaba dos variantes. Una de ellas, extraída de la Convención de Río sobre la Diversidad Biológica⁴, enunciaba que “las disposiciones de la presente Convención no afectarán a los derechos y obligaciones de cualquier Estado Parte que emanen de cualquier instrumento internacional existente, salvo cuando el ejercicio de esos derechos y obligaciones cause serios perjuicios o constituya una amenaza para la diversidad de las expresiones culturales⁵”. La otra estipulaba simplemente que “ninguna disposición de la presente Convención afectará a los derechos y obligaciones que tengan los Estados Partes en virtud de otros instrumentos internacionales”. De entrada, se manifiesta una división bastante neta entre las Partes que privilegiaban la primera variante, según la cual la Convención podía, en algunas circunstancias, modificar los derechos y obligaciones que emanasen de otros tratados internacionales, y aquéllas que preferían a la segunda, que descartaba cualquier posibilidad de este tipo. Para soslayar esta dificultad, está claro que se imponía un nuevo enfoque.

Fue sólo más adelante en la negociación cuando se presentó una propuesta encaminada a reunir al mayor número posible de Partes. Esa vez, el texto en cuestión extraía del enunciado del Protocolo de Cartagena sobre la prevención de los riesgos biotecnológicos relativo al Convenio sobre la Diversidad Biológica⁶, cuyo enfoque básico en lo relativo a las relaciones con los demás tratados se apoyaba en tres propuestas. Éstas últimas están agrupadas en el preámbulo del Protocolo, donde se declara, sucesivamente, que “los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible”, que el Protocolo “no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor” y que “el preámbulo no tiene por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales. Exceptuando al apartado (b) del Artículo 20.1, éstos son los elementos esenciales del Artículo 20 de la Convención.

Por otra parte, resulta interesante señalar que, en esta cuestión, el Protocolo de Cartagena había extraído el enfoque adoptado por los negociadores del Convenio de Rotterdam de 1998⁷. Dicho protocolo fue seguido por el Tratado

⁴ [En línea]. [[http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#RESERVE\\$http://www.cbd.int/convention/convention.shtml](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#RESERVE$http://www.cbd.int/convention/convention.shtml)] (Consultado el 7 de julio de 2009).

⁵ Ver el Artículo 19 del Anteproyecto de Convención, variante A, párrafo 2.

⁶ El Protocolo de Cartagena, adoptado en el año 2000, entró en vigor en 2003. [En línea] [www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-fr.pdf] (Consultado el 7 de julio de 2009).

⁷ Se trata del Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento previo fundamentado aplicable a ciertos productos químicos y plaguicidas peligrosos objeto de comercio internacional, negociado bajo los auspicios del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y

Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de 2001⁸, que preveía una solución idéntica para resolver el problema ligado a las relaciones con otros tratados internacionales. Por lo tanto, el Artículo 20 de la Convención parece enmarcarse en una tendencia relativamente nueva en materia de gobernanza internacional, que afirma la misma legitimidad de las preocupaciones no comerciales y las preocupaciones comerciales en lo que se refiere a la reglamentación internacional⁹. No obstante, el apartado 2, párrafo 1, del Artículo 20 de la Convención va un poco más lejos proponiendo una forma concreta de garantizar una mayor complementariedad a este respecto. De hecho, prescribe que las Partes, “cuando interpreten o apliquen los demás tratados en los que son Parte o contraigan otras obligaciones internacionales”, deberán tener en cuenta las disposiciones pertinentes de la Convención. Queda por ver ahora lo que se derive de la yuxtaposición de las propuestas enunciadas en los párrafos 1 y 2 del Artículo 20. Para ello, es preciso volver sobre cada uno de éstos.

1.1.1 El párrafo 1 del Artículo 20

En la primera frase del párrafo 1 del Artículo 20, se enuncia un principio universalmente reconocido del derecho consuetudinario internacional: el de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Se recupera dicho principio de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en el Artículo 26, que enuncia que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. En sí, el hecho de recordar este principio al comienzo del Artículo 20 no agrega nada a las obligaciones que las Partes deben cumplir en virtud de la Convención. Pero pone de relieve la importancia que se le ha de otorgar para comprender el contenido del Artículo 20, lo cual se confirma en la lectura de la segunda frase, que empieza con la locución conjuntiva *En consecuencia* y en la cual se precisa, en los dos apartados, el comportamiento que se espera de las Partes cuando la Convención esté en relación con otros tratados internacionales. La segunda frase ilustra de forma concreta el alcance del principio enunciado en la primera. Sin embargo, antes de detenernos en los comportamientos en cuestión, veremos qué significado hay que atribuir a las palabras *sin subordinar esta Convención a los demás tratados* que preceden inmediatamente los apartados (a) y (b).

Está claro que este último trozo de frase tiene por objeto calificar el alcance de estos apartados y del párrafo 2, al prescribir que las medidas preconizadas no impliquen ninguna forma de subordinación de la Convención a los demás tratados. ¿Cómo deben interpretarse entonces las palabras *subordinar a otros*

la Alimentación. Dicho convenio fue adoptado en 1998 y entró en vigor en 2004. [En línea] http://www.pic.int/home_fr.php?type=s&id=79 (Consultado el 7 de julio de 2009).

⁸ Este tratado, negociado bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), fue adoptado en 2001 y entró en vigor en 2004. [En línea] http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=1988 (Consultado el 7 de julio de 2009).

⁹ Estas convenciones tienen como característica común el hecho de plantear un problema de interfaz entre las preocupaciones comerciales y las preocupaciones no comerciales. Este problema fue abordado en 1998 por Jeffrey L. Dunoff en un excelente artículo titulado “The Death of the Trade Regime”, *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 733, 1998.

tratados? El Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que versa sobre la aplicación de tratados sucesivos sobre un mismo tema, nos permite saber algo más sobre este asunto. Efectivamente, podemos leer lo que sigue en el párrafo 2: “Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.” Un ejemplo de este tipo de cláusula aparece en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). He aquí el contenido del mismo:

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

a) la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, con sus enmiendas del 22 de junio de 1979;

b) el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, firmado en Montreal el 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas del 29 de junio de 1990;

c) el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, del 22 de marzo de 1989 a su entrada en vigor para México, Canadá 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 el menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del Tratado.

Para describir una disposición de un tratado como una cláusula de subordinación, es preciso que la voluntad de subordinar a otros tratados se desprenda claramente de los términos utilizados. Se dirá entonces de éste “que está subordinado”, “que no puede ir en contra” o “que no será considerado incompatible”, o también de los otros tratados, “que predominarán” o “que prevalecerán”. Una cláusula de no subordinación, *a contrario*, implicará que las situaciones descritas anteriormente no existen. Pero los términos utilizados en la práctica no son siempre tan claros. ¿Cómo interpretar, por ejemplo, la reserva manifestada por México con motivo de su ratificación de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales? Dicha reserva se lee así:

Los Estados Unidos Mexicanos emiten la siguiente reserva en lo que concierne a la aplicación e interpretación del Artículo 20 de la Convención:

(a) La presente Convención se aplicará de conformidad y de forma compatible con los demás tratados internacionales, en particular el Acuerdo de Marrakech que instituyó la Organización Mundial del Comercio y otros tratados comerciales internacionales.

(b) En lo que se refiere al párrafo 1, México reconoce que la presente Convención no está subordinada a otros tratados y que los demás tratados tampoco lo estarán a la presente Convención.

(c) Al tratarse del apartado (b) del párrafo 1, México no prejuzga su posición durante futuras negociaciones de tratados internacionales¹⁰.

En la medida en que el párrafo (b) califica el alcance del párrafo (a), tenderíamos a pensar que la reserva sitúa la Convención y los demás tratados en un mismo plano. Otro ejemplo de cláusula ambigua es el Artículo 6 de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de 2005, titulado Relaciones con otros instrumentos internacionales y que prescribe lo siguiente:

La presente Convención no modificará los derechos ni las obligaciones de los Estados Parte que dimanen de otros acuerdos concertados previamente y sean compatibles con el objeto y propósito de esta Convención. Esto no compromete el goce por otros Estados Parte de los derechos que esta Convención les concede, ni el cumplimiento de las obligaciones que ésta les impone.¹¹

A primera vista, parece desprenderse de ésta que la Convención contra el Dopaje en el Deporte predomina sobre los demás tratados.

Hechas estas observaciones, volvamos al primer apartado del párrafo 1 que pide a las Partes, en su aplicación de buena fe de la Convención, que fomenten la potenciación mutua entre ésta y los demás tratados en los que son Parte, sin subordinarla a los mismos. La elección del verbo *fomentar* para determinar el nivel de compromiso no es accidental. Si se hubiera recurrido a un término más apremiante, como por ejemplo, *garantizar*, habría sido difícilmente conciliable con la obligación de no subordinar la Convención a los demás tratados internacionales. En cuanto a la expresión *potenciación mutua*, hemos visto anteriormente que se utiliza tal cual en el preámbulo del Protocolo de Cartagena. En el Convenio de Rotterdam, la disposición equivalente prevé más

¹⁰ UNESCO, *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales 2005: declaraciones y reservas* [En línea] [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#RESERVES] (Consultado el 8 de julio de 2009).

¹¹ UNESCO, *Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, 2005* [En línea] [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31037&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html] (Consultado el 9 de julio de 2009).

bien que “el comercio y las políticas ambientales deben apoyarse con miras a lograr el desarrollo sostenible”. Lo mismo sucede con el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, en el cual las Partes reconocen que “el presente Tratado y los demás tratados internacionales pertinentes deben ser complementarios con miras a garantizar una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria”. Pero ya se trate de potenciación mutua o de complementariedad, lo que se desprende con bastante claridad de las disposiciones en cuestión es que el acercamiento contemplado entre la Convención y los demás tratados internacionales no va en un solo sentido. Sugerir, como lo hace Michael Hahn, que las Partes en la Convención, en caso de conflicto entre ésta y otros tratados internacionales, deberían convencer a las otras Partes para que lo interpreten y apliquen de una manera compatible con dichos acuerdos, sin tener en cuenta la posibilidad de que el acercamiento también se lleve a cabo en sentido inverso, como lo sobrentiende el Artículo 20.1 (b), depende del partido que se tome y está basado en una visión limitativa del Artículo 20.1 (a)¹².

También en lo que se refiere al apartado (a), resulta importante destacar que la noción de potenciación mutua no es ajena a los debates que se están llevando a cabo en el seno mismo de la OMC sobre un tema relacionado con el del comercio y la cultura: el de los lazos entre los acuerdos medioambientales multilaterales (AMM) y la OMC. En un informe con fecha de 28 de junio de 2004, el presidente de la sesión extraordinaria del Comité de Comercio y Medio Ambiente sobre el estado de avance de las negociaciones sobre comercio y medio ambiente estudia un aspecto particular del mandato de negociación confiado al Comité, esto es, interrogarse acerca de “la relación entre las reglas de la OMC existentes y las obligaciones comerciales específicas enunciadas en los acuerdos medioambientales multilaterales¹³”. En dicho informe, se citan comunicaciones importantes recibidas desde que se celebró la Conferencia Ministerial de Cancún: una de ellas emana de las Comunidades Europeas sobre los principios de la gobernanza internacional, mientras que la otra, proveniente de Estados Unidos, trata de la negociación y aplicación de los AMM. La primera comunicación ofrece un gran interés, pues en ella se sugiere examinar algunos principios de la gobernanza mundial, tales como:

destacar la importancia y la necesidad de los AMM; elaborar la política ambiental en el marco de las instancias medioambientales multilaterales; velar por una estrecha cooperación e intensificar el flujo de informaciones, tanto a escala nacional como internacional, para que las políticas comerciales y medioambientales se apoyen mutuamente; reconocer la igualdad de los AMM y la OMC en su calidad de entidades reguladoras de derecho internacional; y no

¹² Michael HAHN, “A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law”, *Journal of International Economic Law*, vol. 9, 2006, p. 515-541.

¹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, COMITÉ DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE, *Informe del Presidente de la sesión extraordinaria del Comité de Comercio y Medio Ambiente al Comité de Negociaciones Comerciales*, Documento TN/TE 9, Ginebra, 28 de junio de 2004.

interpretar las reglas de la OMC “aislándolas clínicamente” de las demás entidades reguladoras de derecho internacional.

Se encuentran, en forma de filigrana, los grandes rasgos de lo que constituye hoy día el Artículo 20 de la Convención. La segunda comunicación, la de Estados Unidos, trata de la coordinación, transparencia y obligación de rendir cuentas, a escala nacional, en lo que refiere a la negociación y aplicación de los AMM. En ella se pone de relieve la importancia de la coordinación nacional e internacional entre los expertos en comercio y medio ambiente, y a la vez se presenta cierto número de características deseables en la concepción y el cumplimiento de las obligaciones comerciales que contribuyan a una aplicación eficaz de los AMM. Aunque difieren bastante los enfoques propuestos en estas comunicaciones, ambas otorgan una gran importancia a la coordinación y al intercambio de informaciones, preocupaciones que también se expresan en el Artículo 21 de la Convención.

El segundo apartado del Artículo 20.1 de la Convención complementa en cierta manera el primero, al prever una forma concreta de garantizar una mayor complementariedad entre ella y los demás tratados internacionales. A primera vista, la fuente de esta disposición no es evidente, pero si consideramos el papel muy activo que desempeñó la Unión Europea en la redacción del Artículo 20, logramos establecer fácilmente un paralelo entre el apartado 2 y el Artículo 151 del Tratado de Ámsterdam, que modifica el Tratado sobre la Unión Europea, en el que se enuncia, en el párrafo 4, lo siguiente: “La Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su acción según otras disposiciones del presente tratado, sobre todo a fin de respetar y promover la diversidad de sus culturas¹⁴.”

El segundo apartado difiere del primero, exigiendo que las Partes tengan en cuenta las disposiciones pertinentes de la Convención en el momento de interpretar y aplicar los otros tratados en los que son parte o de contraer otras obligaciones internacionales. Según Hélène Ruiz Fabri, la expresión *tener en cuenta* puede parecer más bien vaga:

It is weaker than an obligation “to comply” but the use of this term would have produced a barely conceivable state of subordination to the Convention. It would have gone far beyond the usual formulas of international law and the ordinary rule of equality between conventions. Moreover, the “taking into account” formula should also, and again, be read in the light of non-subordination. This presupposes an effective “taking into account” within a context of conciliation¹⁵.

¹⁴ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Documento C 340, 10 de noviembre de 1997.

¹⁵ Hélène RUIZ FABRI, « Reflections on Possible Future Legal Implications of the Convention », *UNESCO'S Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Making It Work*, en Nina OBULJEN y Joost SMIERS, bajo la dir. de Institute for International Relations, Zagreb (*Culture Link Joint Publication*, n° 9), 2006, p.84.

No obliga a obtener resultados, pero las Partes deben, sin embargo, tener en cuenta las disposiciones pertinentes de la Convención en las circunstancias enunciadas. A este respecto, es interesante el análisis realizado por un grupo especial de la OMC en el asunto de las Comunidades Europeas – Medidas que afectan la aprobación y comercialización de los productos biotecnológicos, sobre la obligación que impone el Artículo 31.3 (c) de la Convención de Viena:

Es importante notar que el Artículo 31.3 (c) impone al que interprete un tratado que tenga en cuenta otras reglas de derecho internacional (“habrá de tenerse en cuenta”); no se limita a dar al que interprete un tratado la posibilidad de hacerlo¹⁶. Es cierto que la obligación consiste en “tener en cuenta” estas reglas y, por lo tanto, no se exige ningún resultado particular. No obstante, el Artículo 31.1 indica claramente que un tratado deber interpretarse “de buena fe”. Así pues, en los casos en que el examen de todos los otros elementos de interpretación enunciados en el Artículo 31 desemboque en más de una interpretación admisible, aquél que interprete un tratado siguiendo las instrucciones del Artículo 31.3 (c) de buena fe debería, en nuestra opinión, optar por la interpretación que esté más acorde con las demás reglas de derecho internacional aplicables¹⁷.

Las observaciones relativas al carácter apremiante de la expresión *tener en cuenta* se aplican muy bien a la obligación de tener en cuenta que se enuncia en el apartado 20.1 (b) de la Convención.

En el mismo sentido, hacemos hincapié en las palabras de la abogada general Kokott en el asunto Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA), oída ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tras citar varias disposiciones de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, la Sra. Kokott recordó que “la Comunidad y los Estados Miembros que son Parte en la Convención de la UNESCO se han comprometido a tener en cuenta las disposiciones de la Convención cuando interpreten y apliquen otros tratados, es decir, también al interpretar y aplicar el Tratado CE¹⁸”. Sin otorgar tanto interés a las disposiciones de la Convención mencionadas por la abogada general, el mismo Tribunal de Justicia, en su fallo, se apoyó sin embargo en la misma para afirmar lo siguiente:

En efecto, estando la lengua y la cultura intrínsecamente vinculadas, como recuerda, en particular, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada

¹⁶ Este punto de vista está confirmado por la Comisión del Derecho Internacional que dice, en su comentario sobre el Artículo 27 del proyecto de Convención de Viena, cuya redacción era idéntica a la del Artículo 31 actual de la Convención de Viena, lo siguiente: “Los tres elementos [los tres apartados de lo que es ahora el Artículo 31 (3)] presentan todos un carácter obligatorio y, por su misma naturaleza, no se les podría considerar, en modo alguno, como normas de interpretación inferiores a las anteriores.” Ver *Anuario de la Comisión del Derecho Internacional*, 1966, vol. II, p. 240, párrafo 9.

¹⁷ OMC, WT/DS291-293, párrafo 7.69.

¹⁸ TJCE, “Conclusiones de la abogada general”, *Asunto C-222/07*, 2008, párrafo 99.

en la Conferencia General de la UNESCO, celebrada en París el 20 de octubre de 2005 y aprobada en nombre de la Comunidad, mediante la decisión 2006/515/CE, del Consejo, de 18 de mayo de 2006 (JO L 201, p. 15), que, en el párrafo decimoquinto de su preámbulo, enuncia que “la diversidad lingüística es un elemento fundamental de la diversidad cultural”, no puede afirmarse que el objetivo perseguido por un Estado miembro, de promover una o varias de sus lenguas oficiales, deba ir acompañado necesariamente de otros criterios culturales para que pueda justificar una restricción de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado¹⁹.

Esta primera apertura, destinada a tener en cuenta la Convención en la jurisprudencia comunitaria, lleva a pensar que la obligación contraída por las Partes en el Artículo 20.1 (b) de la Convención no está desprovista de fundamento²⁰.

Dado que las observaciones anteriores afectan más al carácter apremiante de la expresión *tener en cuenta* que su significado, nos queda por ver lo que quiere decir en derecho internacional. Al examinarla, constatamos que esta expresión, utilizada con frecuencia, vehicula la idea de una obligación de índole procesal, cuyo alcance puede variar bastante de un caso a otro. Encontramos un primer ejemplo de su utilización, extraído del derecho de la OMC, en el Artículo 3 del Entendimiento relativo al Acuerdo sobre la Interpretación del Artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT) que se lee así:

Para determinar qué miembros tienen interés como abastecedor principal (ya sea en virtud del párrafo 1 *supra* o del párrafo 1 del Artículo XXVIII) y los que tienen un interés sustancial, sólo se tomará en consideración el comercio del producto afectado realizado sobre una base NMF. No obstante, se tendrá también en cuenta el comercio del producto afectado realizado en el marco de preferencias no contractuales si, en el momento de la negociación para la modificación o retirada de la concesión o al concluir dicha negociación, el comercio en cuestión hubiera dejado de beneficiarse de ese trato preferencial, pasando a convertirse en comercio NMF.

También en el marco de la OMC, se pueden encontrar varios otros ejemplos en el Artículo 5 del Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias. Así, el párrafo 5.3 prescribe que:

¹⁹ TJCE, “Fallo del Tribunal”, *Asunto C-222/07*, 2009, párrafo 33.

²⁰ Para un comentario en el mismo sentido que esta decisión del TJCE, ver Anne Peigné, « La convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle, un nouvel instrument pour déroger au principe communautaire de la libre circulation ? » entre el derecho internacional y el derecho europeo, mayo de 2009: <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/idie/index.php/category/Jurisprudence>. (30 de junio de 2009).

Al evaluar el riesgo para la vida o la salud de los animales o la preservación de los vegetales y determinar la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra ese riesgo, los Miembros tendrán en cuenta, como factores económicos pertinentes: el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada, radicación o propagación de una plaga o enfermedad; los costos de control o erradicación en el territorio del Miembro importador; y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos.

Por su parte, el Artículo 5.3 del Acuerdo sobre las medidas relativas a las inversiones relacionadas con el comercio prevé que:

El Consejo del Comercio de Mercancías podrá, previa petición, prorrogar el periodo de transición para la eliminación de las MIC notificadas en virtud del párrafo 1 en el caso de los países en desarrollo Miembros, con inclusión de los países menos adelantados Miembros, que demuestren que tropiezan con particulares dificultades para la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo. Al examinar una petición a tal efecto, el Consejo del Comercio de Mercancías tomará en consideración las necesidades individuales del Miembro de que se trate en materia de desarrollo, finanzas y comercio.

Un último ejemplo en materia de medio ambiente está extraído del Artículo 15.1 del Protocolo de Cartagena: “Las evaluaciones del riesgo que se realicen en virtud del presente Protocolo se llevarán a cabo con arreglo a procedimientos científicos sólidos, de conformidad con el Anexo III y teniendo en cuenta las técnicas reconocidas de evaluación del riesgo.”

Al leer estos diversos ejemplos, no hay más remedio que constatar que las expresiones *tener en cuenta* o *tomar en consideración* casi siempre se complementan con precisiones sobre el objeto de la toma en cuenta o en consideración y el contexto en el que ha de hacerse. El nivel de precisión de las informaciones que se facilitan entonces contribuye a definir el alcance del compromiso de las Partes.

En el caso del Artículo 20.1 (b) de la Convención, se pide a las Partes que tengan en cuenta “las disposiciones pertinentes” de la Convención. Sin embargo, el objeto del compromiso no es muy preciso, lo cual dejar lugar a diferentes interpretaciones. Así pues, en el asunto Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) llevado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la abogada general Kolkott había citado, en sus conclusiones, como disposiciones pertinentes de la Convención, los apartados (9), (10), (11) y (12) del preámbulo, los apartados (a) y (h) del Artículo 1, el Artículo 2.2, el Artículo 5.1, el Artículo 6.1, el Artículo 6.2, apartados (a) y (b), y

el Artículo 20 por completo²¹. Por su parte, el Tribunal se había limitado a exponer el apartado 14 del preámbulo²². En cambio, las circunstancias en las cuales interviene esta toma en consideración están mejor definidas en la Convención. En efecto, la obligación prevista por el Artículo 20.1 (b) se aplicará cuando las Partes “interpreten y apliquen los demás tratados en los que son Parte o contraigan otras obligaciones internacionales”. Examinaremos brevemente las dos situaciones contempladas.

Se trata, en primer lugar, de la aplicación de tratados existentes. En este caso, las Partes deberían, lógicamente, haber interpretado sus obligaciones y definido, llegado el caso, acciones con miras a cumplirlas. Para determinar si se han tenido en cuenta las disposiciones de la Convención en la interpretación y aplicación de los demás tratados, habrá que interrogar la práctica de las Partes. Al tenerlas en cuenta, se podrá hacer resaltar declaraciones gubernamentales, leyes y reglamentos de aplicación de los demás tratados, o incluso del texto mismo de estos tratados. Si llega a tenerse en cuenta, habrá que establecer si se ha concretado en acciones compatibles con dichos tratados. En caso de divergencia de opinión a este respecto, puede que sea necesario recurrir a mecanismos pertinentes de solución de las controversias para zanjar la cuestión. Por otra parte, si llegara a generalizarse una práctica uniforme en torno a una interpretación dada, podría plantearse la cuestión de saber si no nos encontramos en presencia de una práctica seguida posteriormente en la aplicación de un tratado en el sentido del Artículo 31.3 (b) de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Examinaremos más adelante estas hipótesis.

En el segundo caso, interviene la toma en consideración de las disposiciones de la Convención cuando las Partes contraen otras obligaciones internacionales. Se suele entender, con este lenguaje, que se sitúa la toma en consideración en el contexto de la negociación de nuevos tratados, pero también podría aplicarse a la adhesión a un tratado ya existente. El hecho de tener en cuenta tiene entonces un carácter más político que jurídico en la medida en que tiene como objeto futuros tratados. Inicialmente, es el resultado de la acción de los Estados tomados individualmente, pero para que sea eficaz, es preciso que una acción colectiva lleve a consensos. A los negociadores de la Convención, les pareció importante esta última preocupación, puesto que la convirtieron en el objeto de un artículo distinto, el Artículo 21, sobre el cual volveremos en la segunda parte del presente estudio. En la medida en que se tiene en cuenta durante la fase de la negociación, ni que decir tiene que el resultado de ésta no podrá presentarse como una modificación del tratado eventualmente concertado²³.

1.1.2 El párrafo 2 del Artículo 20

²¹ *Supra*, nota 18, párrafos 14-19.

²² *Supra*, nota 19

²³ Ver Hélène RUIZ FABRI, *supra*, nota 15, p. 85.

El párrafo 2 del Artículo 20, en el cual se dice que “ninguna disposición de la presente Convención podrá interpretarse como una modificación de los derechos y obligaciones de las Partes que emanen de otros tratados internacionales en los que sean parte”, es una aplicación concreta del principio básico enunciado en el párrafo 1, a saber, que las Partes deben cumplir de buena fe con sus obligaciones en virtud de la Convención y de otros tratados en los que son parte. El primer efecto que se deriva de ello es descartar cualquier interpretación de la Convención que presente a ésta como un tratado cuyo objeto es modificar tratados multilaterales en las relaciones entre algunas Partes únicamente en el sentido del Artículo 41 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, donde se contempla esta hipótesis. El segundo efecto es suprimir la posibilidad de que la Convención, si es posterior a otros tratados, predomine sobre éstos en las condiciones previstas en los párrafos 3 y 4 del Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Estas disposiciones se leen así:

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al Artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;

b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

No obstante, queda la posibilidad de que el párrafo 2 del Artículo 20 subordine jurídicamente la Convención a los demás tratados en el sentido del Artículo 30.2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Esta última disposición, como lo hemos visto anteriormente, prescribe que “cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último”. Pero esto no es lo que prevé el Artículo 20.2 de la Convención, puesto que los términos *subordinado a* o *incompatible con* no se utilizan para describir la relación entre la Convención y los demás tratados. Más bien se lee que la Convención no modificará los derechos y obligaciones de las Partes que emanen de otros tratados en los que sean parte. Dicho de otro modo, no prevalecerá sobre ellos. Pues bien, esto no quiere decir que la Convención

les sea subordinada, como lo afirman algunos autores²⁴. Cuando leemos juntos los párrafos 1 y 2 del Artículo 20, aparece totalmente claro que si la Convención no prevalece sobre los demás tratados, éstos tampoco predominan sobre la misma. En realidad, se encuentran en un mismo plano. De hecho, la noción de potenciación mutua enunciada en el párrafo 1 (a) del Artículo 20 adquiere todo su sentido solamente cuando se consideran así la Convención y los demás tratados.

Por último, tal y como está redactado, el Artículo 20 se presenta como una disposición que pudiera ser calificada de evolutiva, para reproducir los términos del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto Namibia (Consecuencias jurídicas), aviso consultivo, en el sentido de que “su interpretación no puede dejar de tener en cuenta la evolución que experimentó el derecho posteriormente [...]”²⁵. Apoyándose en esta decisión del Tribunal Internacional de Justicia, el mismo Órgano de Apelación de la OMC reconoció, en el asunto Estados Unidos – Prohibición de importación de determinados camarones y algunos productos del camarón²⁶, que la expresión *recursos naturales* tenía un contenido más bien evolutivo. Por lo tanto, conviene estudiar ahora los factores susceptibles de influir sobre la evolución de esta disposición.

1.2 El futuro del Artículo 20

El futuro del Artículo 20 está ligado a la aplicación que del mismo hagan las Partes, así como a la interpretación que le den, llegado el caso, las instancias de solución de las controversias, ya sea en el contexto de la Convención o en otros contextos, como el de la OMC.

1.2.1 Aplicación del Artículo 20

Cuando una política o una medida cultural que una Parte pretende aplicar a fin de proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en su territorio parece susceptible de entrar en conflicto con las obligaciones que haya contraído en virtud de otros tratados en los que sea parte o con obligaciones que piense contraer en negociaciones en curso, le corresponde determinar, según su propia interpretación del Artículo 20 de la Convención y de otros tratados en los que sea parte, qué comportamiento adoptará en las circunstancias. A no ser que dicha política o medida sea puesta en tela de juicio por las demás Partes en la Convención o por las Partes en otros tratados, se supondrá que es conforme con sus obligaciones.

Si un número importante de Partes adoptan medidas más o menos similares sin que ello dé lugar a reacciones negativas de las demás Partes, nos podemos

²⁴ Michael HAHN, *supra*, nota 12, p. 546.

²⁵ *Selección del T.I.J.*, 1971, p. 31.

²⁶ Ver *infra*, nota 46.

encontrar, eventualmente, en una situación del tipo de la que se contempla en el Artículo 31.3 (b) de la Convención de Viena, donde se estipula que, para fines de la interpretación de un tratado, habrá de tenerse en cuenta, juntamente con el contexto, “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”. Por supuesto que tal interpretación sólo se desprende implícitamente de una práctica común si ésta es a la vez convergente y clara en cuanto a los efectos que se deriven de ello en el plano jurídico. Asimismo, tal interpretación tan sólo podrá valer, en principio, con respecto al Artículo 20 de la Convención. No obstante, en la medida en que la interpretación de éste se refiera al lazo entre la Convención y los demás tratados, provoca forzosamente una reacción de las Partes en estos otros tratados. En este contexto, la noción de práctica ulteriormente seguida no puede hacer abstracción de esta reacción.

A fin de ver ahora cómo la práctica seguida en la aplicación de la Convención puede influir en la interpretación del Artículo 20, puede ser de utilidad examinar dos ejemplos de situaciones susceptibles de dar lugar a una aplicación concreta del Artículo 20. Las situaciones en cuestión son, en primer lugar, aquélla en que una Parte en la Convención opte por abstenerse de contraer obligaciones internacionales susceptibles de dificultar su capacidad para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; y luego aquélla en que una Parte se dedique a concertar acuerdos de coproducción y codistribución a escala internacional, con miras a crear condiciones propicias para la promoción de la diversidad de las expresiones culturales. El estudio de estos dos casos nos permitirá poner de relieve la importancia de la práctica en la aplicación del Artículo 20 de la Convención.

El derecho de una Parte en la Convención a abstenerse de contraer obligaciones internacionales susceptibles de dificultar su capacidad para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en su territorio es un derecho inherente a la soberanía del Estado. La Convención en sí no exige que las Partes se abstengan de contraer tales obligaciones, aunque lo sugiere implícitamente en el Artículo 5, cuando reafirma el derecho soberano de las Partes a formular y aplicar sus políticas culturales y a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales. En el espíritu de la Convención, resulta difícil comprender que una Parte quiera restringir voluntariamente su capacidad para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en su territorio. Sin embargo, la OMC pide a las mismas Partes que se comprometan a eliminar gradualmente las restricciones existentes en los intercambios en el conjunto de los sectores, incluyendo al sector cultural. Así, el Artículo XIX del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) prevé que se lleven a cabo negociaciones comerciales sucesivas con miras a elevar progresivamente el nivel de liberalización de los servicios y que, de entrada, ningún sector quede excluido del alcance de las negociaciones²⁷. No obstante, el procedimiento de negociación previsto y utilizado hasta ahora en las

²⁷ AGCS, Artículo XIX.1.

negociaciones del AGCS no exige que los Miembros de la OMC contraigan obligaciones en todos los sectores de actividad, dejándoles más bien la responsabilidad de decidir en qué sectores tienen intención de hacerlo. Por lo tanto, se podría pensar que éstos tienen libertad total para negarse permanentemente a contraer obligaciones de liberalización en el sector cultural. Pero esta conclusión no es objeto de unanimidad.

Así pues, Tania Voon, en un artículo publicado en 2006, expresa dudas a este respecto. En primer lugar, afirma que un Estado miembro de la OMC que no contraiga obligaciones relativas a los servicios audiovisuales en el marco de las negociaciones referentes al AGCS

would be unlikely to violate any WTO obligations. The design of GATS is intentionally flexible, so that no WTO Member is legally bound under the WTO agreements to make commitments in any particular services sector, whether or not they have committed to do so or to refrain from doing so under another international instrument²⁸.

Pero alega luego que vale la pena que el ejercicio de este derecho para un gran número de Partes podría ir en contra del objetivo declarado de la OMC, consistente en liberalizar progresivamente el comercio de los servicios, lo cual hace pensar que este derecho no sería absoluto. Abordando la misma cuestión en 2006, Michael Hahn destaca que el Artículo XIX del AGCS

requires the member's general commitment to progressive liberalization, but not an undertaking to liberalize each and every services sectors in each and every future trade round. Any other interpretation would be un-reconcilable with the clearly expressed wish of the contracting parties to treat services fundamentally different from goods and therefore not compatible with the Vienna Convention's mandate to read a provision in its context²⁹.

En semejante contexto, el hecho de que una amplia mayoría de los miembros de la OMC se hayan negado, durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, a contraer obligaciones en el sector audiovisual, sin que ello sea considerado como algo que vaya en contra del objetivo declarado de la OMC de liberalizar progresivamente el comercio de los servicios, viene a confirmar, en nuestra opinión, lo acertado del punto de vista de Hahn. De hecho, no sólo las Partes en la Convención pueden abstenerse de contraer obligaciones en el sector de los servicios, sino que pueden, por añadidura, consultarse para defender este derecho durante las negociaciones comerciales, como se sugiere en el Artículo 21 de la Convención. Con ello las Partes darían simplemente seguimiento a sus obligaciones, de conformidad con el Artículo 20.1 (b), de tener en cuenta las

²⁸ Tania VOON, "UNESCO and the WTO: A Clash of Cultures?", *ICLQ*, n° 55, 2006. p.643. Ver también, de la misma autora, *Cultural Products and the World Trade Organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 151.

²⁹ Michael HAHN, *supra*, nota 12, p. 542.

disposiciones de la Convención cuando interpreten y apliquen los demás tratados o contraigan otras obligaciones internacionales.

En lo que se refiere a los acuerdos de coproducción y codistribución, el problema se presenta de forma distinta en la medida en que exista la posibilidad de un conflicto entre las disposiciones de la Convención y las de la OMC. En efecto, mientras que el Artículo 12 (e) de la Convención fomenta la celebración de tales acuerdos, el Artículo II del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios prohíbe la adopción de cualquier medida incompatible con el trato de la nación más favorecida, salvo en el caso en que dicha medida figure en el Anexo sobre las exenciones de las obligaciones enunciadas en el Artículo II y cumpla las condiciones indicadas en el mismo. Pues bien, los acuerdos de coproducción y codistribución son, de por sí, incompatibles con este trato, pues sólo los Estados signatarios pueden beneficiarse de las ventajas que proporcionan éstos, lo cual explica que la mayor parte de los miembros que tenían tales acuerdos vigentes en el momento de entrar en vigor el AGCS los hayan inscrito efectivamente en el anexo del Artículo II. A los países que no hayan solicitado tales exenciones (sobre todo países en desarrollo que no eran partes en tales acuerdos), ahora les está prohibido, en principio, suscribir acuerdos de este tipo, aunque éstos puedan contribuir económicamente al desarrollo de su industria cinematográfica. En cuanto a los países que hayan inscrito exenciones relativas a sus acuerdos de coproducción y codistribución en el anexo del Artículo II, dichas exenciones debían, según el Artículo 6 de dicho anexo, ser eliminadas “en principio” tras un período de diez años. Pero no tenían la obligación estricta de eliminarlas, aunque algunos autores alegan que esto va en contra del espíritu del Artículo II del AGCS y del anexo del Artículo II³⁰. Pues bien, han transcurrido más de trece años desde la inscripción de estas reservas y la gran mayoría, por no decir la totalidad de ellas, aún siguen vigentes. Y además, parece que se negocian regularmente nuevos acuerdos de coproducción; incluso algunos de ellos implican a miembros que aún no han inscrito reservas. A la luz de estos desarrollos, se podría afirmar que la práctica de los miembros de la OMC, en lo que se refiere a los acuerdos de coproducción y codistribución, refleja una interpretación más bien amplia del texto del Artículo II del AGCS. No obstante, hay que constatar que esta interpretación parece responder a una preocupación importante de las Partes involucradas, habida cuenta del gran número de acuerdos bilaterales de coproducción actualmente vigentes³¹ y de películas realizadas en coproducción cada año en el mundo. Asimismo, es importante destacar el fomento que se ha dado a la coproducción en acuerdos regionales, tales como el Convenio Europeo sobre Coproducción Cinematográfica³² o el Protocolo de Integración Cultural del MERCOSUR³³.

³⁰ Ver Tania VOON, *Cultural Products and the World Trade Organization*, op.cit, p. 116.

³¹ En Canadá, por ejemplo, más de cincuenta acuerdos de este tipo están vigentes. La lista completa es accesible por Internet en la dirección <http://www.telefilm.gc.ca/04/43.asp>. De hecho, la mayor parte de los países desarrollados y un número importante de países en desarrollo, esto es, no menos de 80 países, son partes en acuerdos de coproducción.

³² CONSEJO DE EUROPA, *Documento STE/147*, (1992).

³³ MERCOSUR, Decisión MERCOSUR/CMC/Dic., n° 11/96, Protocolo de Integración Cultural, Artículo IX.

La misma industria cinematográfica parece haberse adaptado bastante bien a este progreso. Ya en 1998, McFadyen, Hoskins et Finn escribían lo siguiente:

In recent years, it has become increasingly difficult for national markets to support the cost of feature films and television drama production. Producers worldwide have increasingly turned to international co-productions (defined to include both official treaty co-productions and non-treaty co-ventures) in order to compete effectively³⁴.

De hecho, todo sucede como si la práctica de los Estados, en lo que concierne a los acuerdos de coproducción, viniera simplemente a satisfacer una necesidad concreta apoyada en una interpretación evolutiva en lugar de fijada en el Artículo II del AGCS. Es posible que esta hipótesis no sea tan singular como parece. En 1998, en el asunto Estados Unidos – Prohibición de importación de determinados camarones y productos del camarón, el Órgano de Apelación de la OMC destacaba que había que interpretar de forma dinámica la expresión *recursos naturales agotables*, que había aparecido 50 años antes, y que debía “ser analizada por un intérprete de los tratados a la luz de las preocupaciones actuales de la comunidad de naciones en materia de protección y conservación del medio ambiente³⁵”. Un hecho interesante, en su enfoque interpretativo de la misma expresión, es que dicho órgano no dudaba en inspirarse en otras convenciones internacionales distintas de las de la OMC.

En resumidas cuentas, se puede pensar que si se recurriera al Artículo 20 de la Convención para guiar la acción de las Partes en lo que se refiere a los acuerdos de coproducción, se tendería a apoyar una interpretación y una aplicación del Artículo II del AGCS que fuera en el sentido de la práctica seguida hasta ahora por los mismos miembros de la OMC. Dicho de otro modo, al actuar así, las Partes se pondrían en una situación no de conflicto con la OMC, sino más bien de potenciación mutua, como lo prescribe el Artículo 20.1 (a) de la Convención. Por otra parte, lo más probable es que defendiesen una posición idéntica en el marco de futuras negociaciones de la OMC. A este respecto, es de utilidad recordar que, en la mayor parte de las exenciones del Artículo II solicitadas durante la negociación del AGCS en lo relativo a los acuerdos de coproducción, se alegaba, como primera justificación, la necesidad de proteger las identidades nacionales y regionales³⁶.

1.2.2 Interpretación del Artículo 20 en el marco de un mecanismo de solución de las controversias

³⁴ Stuart MCFADYEN, Colin HOSKINS y Adam FINN, « The Effects of Cultural Differences on the International Co-production of Television Programs and Feature Films », *Canadian Journal of Communication*, vol. 23, n° 4, 1998, p. 523.

³⁵ WTO DS58/AB/R, p. 51, párrafo 129.

³⁶ Ver, sobre este tema, Ivan BERNIER, “Trade and Culture”, en *The World Trade Organization. Legal, Economic and Political Analysis*, bajo la dir. de Patrick F. J. MACRORY, Arthur E. APPLETON y Michael G. PLUMMER, (New York/Heidelberg), Springer, 2008, p. 768, nota 100.

Se puede pensar que es ante todo en el marco del mecanismo de solución de las controversias, creado por la Convención, donde se pondrá a prueba el funcionamiento del Artículo 20. Al fin y al cabo, según el Artículo 25, sólo se puede poner en marcha a petición de la Parte denunciante, salvo en el caso en que la Parte demandada haya declarado, en el momento de la ratificación de la Convención, que no reconocía el procedimiento de conciliación previsto. Dado que, hasta la fecha, tan sólo 3 de los 99 Estados que han ratificado la Convención han acompañado su ratificación de tal declaración³⁷, las posibilidades de recurrir al mecanismo del Artículo 25 son muy reales en caso de conflictos relativos a la interpretación o la aplicación del Artículo 20 de la Convención. No obstante, cuando una Parte en la Convención considera que una controversia entre ella y otra Parte en la Convención se refiere a la violación de obligaciones, a la anulación o a la reducción de ventajas derivadas de los acuerdos de la OMC, también puede, en virtud de la Convención –no hay nada que se lo impida– y del Memorando de entendimiento sobre las reglas y procedimientos que rigen la solución de las controversias de la OMC, recurrir al mecanismo de la OMC. Es decir que, según la índole de la controversia que pudiera surgir entre las Partes y con arreglo a los motivos jurídicos alegados, podría utilizarse uno u otro procedimiento de solución de las controversias, o incluso ambos.

1.2.2.1 Interpretación del Artículo 20 en el marco de la Convención

Dado que el mecanismo de solución de las controversias previsto por la Convención está basado en la conciliación³⁸, es importante comprender bien, desde un principio, lo que lo caracteriza y cómo se distingue de un mecanismo de la OMC, que está basado en el arbitraje. Se ha definido la conciliación como una “intervención en la solución de una controversia internacional, de un órgano sin autoridad política propia, que goza de la confianza de las partes en litigio, encargado de examinar todos los aspectos del litigio y proponer una solución que no es obligatoria para las partes³⁹”. Al estar encargado de examinar todos los aspectos del litigio, dicho órgano deberá comenzar por dilucidar los hechos de la causa. En su estudio de las pretensiones de las Partes, podrá tener en cuenta no sólo las reglas de derecho aplicables al caso, sino también considerar todos los elementos no jurídicos del conflicto. Las propuestas que formule podrán estar fundadas, total o parcialmente, en el derecho. Por último, puesto que la aplicación de la solución preconizada por el órgano no es obligatoria, es evidente que las Partes tienen libertad para rechazarla⁴⁰. El arbitraje, a diferencia de la conciliación, se caracteriza ante todo por el hecho de que siempre termina con un fallo, que suele ser dictado en base al derecho, aunque el árbitro puede a veces dictar sentencia en equidad si las Partes le han dado

³⁷ Se trata de Chile, México y Vietnam.

³⁸ El Artículo 25.1 prevé, en primer lugar, que las Partes busquen una solución a su controversia por vía de negociación. A falta de entenderse, también pueden, de común acuerdo, recurrir a los buenos oficios o solicitar la mediación de un tercero (Artículo 25.2). Se explicita el Artículo 25 en el anexo de la Convención relativo al procedimiento de conciliación.

³⁹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 173.

⁴⁰ Jean-Pierre COT, *La conciliation internationale*, Paris, Éditions A. Pedone, 1968, p. 8 y 9.

poder para ello. Por último, al tener un carácter obligatorio⁴¹, la sentencia arbitral debe ser aplicada de buena fe por las Partes.

El interés de recurrir a la conciliación para solucionar las controversias en el marco de la Convención, es que permite tener en cuenta consideraciones tanto jurídicas, políticas y económicas como sociales y culturales y que desemboca en una solución orientada hacia el futuro. A decir verdad, lo que se busca no es declarar a un ganador, sino más bien acercar a las Partes. En el conflicto fronterizo que oponía a Belice y Guatemala, por ejemplo, la Comisión de Conciliación pudo superar el conflicto inmediato para llegar a soluciones basadas en el respeto y la colaboración, como la instauración de una comisión regional tripartita de administración de la pesca, la formación de un parque ecológico de usos múltiples y la creación de un fondo fiduciario de desarrollo⁴². Aplicado a controversias que plantean de forma concreta la cuestión de la relación entre la Convención y los demás instrumentos internacionales, el procedimiento de conciliación previsto en el Artículo 25 abre la puerta a una solución más susceptible de tener en cuenta la dimensión propiamente cultural de la controversia. Tal vez haya quien objete que, cuando la solución propuesta se aleja de una interpretación estrictamente jurídica de los derechos y obligaciones de las Partes, tiene pocas probabilidades de ser adoptada. Pero esto queda por demostrar. En la controversia que, en la OMC, opuso a Estados Unidos y Canadá sobre la cuestión de las publicaciones periódicas en 1997, la decisión dictada, aunque favorable en toda la línea a Estados Unidos, fue objeto de negociaciones entre ambas Partes en cuanto a su aplicación. Las negociaciones desembocaron en un arreglo que tenía en cuenta, hasta cierto punto, las preocupaciones culturales de Canadá. ¿Habría sido más favorecida esta controversia, que duró más de tres años, con un procedimiento de conciliación? Resulta difícil contestar a esta pregunta, pues no sólo supone que Estados Unidos hubiera firmado y ratificado la Convención, sino también que no se hubiera sustraído a la aplicación del Artículo 25. Sin embargo, está permitido pensar que el acuerdo alcanzado por las Partes no hubiese estado fuera del alcance de una comisión de conciliación como la que contempla la Convención. De hecho, si surgiera hoy día un conflicto semejante entre dos Partes en la Convención, podemos afirmar que el procedimiento de conciliación hubiese permitido adoptar un término medio equivalente y lo hubiese logrado de forma más rápida y menos costosa.

1.2.2.2 Interpretación del Artículo 20 en el marco de la OMC

Dado que el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC está llamado a pronunciarse esencialmente sobre la interpretación y la aplicación de los acuerdos que dependen de la OMC⁴³, parece poco plausible, *a priori*, que se inspire en el Artículo 20 de la Convención para decidir sobre un asunto que le ha

⁴¹ Gérard CORNU, *op. cit.*, nota 31, p. 173.

⁴² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, SECRETARÍA GENERAL, *Informe Anual 2002*, Prevención de los conflictos, Doc.cap02a-3, p. 28.

⁴³ OMC, *Memorando de Entendimiento sobre la Solución de Diferencias*, Artículos 1 y 11.

sido referido. A este respecto, es importante recordar la siguiente observación del Grupo Especial en el asunto de Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones:

Antes de terminar, y a fin de evitar todo equívoco en cuanto al alcance y a las consecuencias de las constataciones expresadas anteriormente, deseamos subrayar que en el presente caso no se hallaba en cuestión la capacidad de ningún Miembro de adoptar medidas para proteger su identidad cultural. La única tarea confiada a este Grupo Especial era la de examinar si el trato concedido a las publicaciones periódicas importadas en virtud de medidas concretas identificadas en la presentación formulada por el reclamante es compatible con las normas del GATT de 1994⁴⁴.

No obstante, no se puede descartar esta posibilidad de imitación en la medida en que el mismo Órgano de Solución de Diferencias reconoció que instrumentos jurídicos ajenos a la OMC podían, en determinados casos, desempeñar un papel en la interpretación de los acuerdos de dicha organización. Lo cierto es que debe precisarse el alcance exacto de esta apertura, pues dista mucho de ser claro. De momento, lo menos que podemos decir es que, sobre este tema, la jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias carece de coherencia.

Fue en 1996, más precisamente en el asunto Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional, cuando el Órgano de Apelación de la OMC abrió por primera vez la puerta para copiar reglas de derecho fuera de la OMC⁴⁵ para interpretar los acuerdos de esta organización. A fin de justificar este proceder, afirmó que no había que “leer el Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público”. Dos años más tarde, en el asunto Estados Unidos – Prohibición de importación de determinados camarones y productos del camarón⁴⁶, ampliaba sensiblemente esta posibilidad de imitación del derecho internacional público inspirándose, para interpretar la expresión *recursos naturales*, en convenciones diferentes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de las cuales por lo menos una no había sido ratificada por todas las Partes en la diferencia⁴⁷. En 2001, también en el mismo asunto, la cuestión volvió sobre el tapete en el contexto del recurso de Malasia al procedimiento del Artículo 21.5 del Memorando de Solución de Diferencias para protestar por la aplicación de la decisión del Órgano de Apelación por Estados Unidos. El Grupo Especial afirmó entonces:

Por último, observamos que el Órgano de Apelación y el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto hicieron referencia a diversos acuerdos internacionales, muchos de los cuales han sido ratificados o de otro modo aceptados por las partes en la presente

⁴⁴ OMC, WT/DS31/R, 14 de marzo de 1997, párrafo 5.45.

⁴⁵ OMC, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, párrafo 17.

⁴⁶ OMC, WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998.

⁴⁷ *Idem*, párrafo 130.

diferencia. El apartado c) del párrafo 3 del Artículo 31 de la Convención de Viena establece que, en la interpretación de un tratado habrá de tenerse en cuenta, juntamente con el texto, “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Observamos que, con excepción de la Convención de Bonn sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, Malasia y los Estados Unidos han aceptado o se han comprometido a cumplir todos los instrumentos internacionales mencionados por El Órgano de Apelación en el párrafo 168 de su informe.⁴⁸

Sin embargo, en 2006, el Grupo Especial llamado a estudiar la diferencia que oponía a Estados Unidos, Canadá y Argentina a las Comunidades Europeas en el asunto Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos⁴⁹, expresaba un punto de vista sobre las referencias al derecho internacional público que cerraba definitivamente la apertura hecha en el asunto Camarones. Apoyándose en el Artículo 31.3 c) de la Convención de Viena, que estipula que, juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, el Grupo Especial enunció lo siguiente:

Las Comunidades Europeas parecen sugerir que debemos interpretar los Acuerdos de la OMC en cuestión en la presente diferencia a la luz de otras normas de derecho internacional, aunque esas normas no sean vinculantes para todas las partes en la presente diferencia. Al abordar este argumento, recordamos en primer lugar nuestra opinión de que debe interpretarse que el párrafo 3 c) del Artículo 31 obliga a tomar en consideración las normas de derecho internacional que son aplicables en las relaciones entre todas las partes en el tratado que se está interpretando. Las partes en una diferencia sobre el cumplimiento de un tratado determinado son, naturalmente, partes en ese tratado. Por tanto, en relación con la presente diferencia puede decirse que, si una norma de derecho internacional no es aplicable a uno de los cuatro Miembros de la OMC partes en la presente diferencia, la norma no es aplicable en las relaciones entre todos los Miembros de la OMC⁵⁰.

Al no haberse apelado el informe del Grupo Especial, las Partes se encuentran, por lo tanto, en presencia de dos puntos de vista aparentemente contradictorios y una doctrina que está dividida sobre este tema⁵¹.

⁴⁸ OMC, WT/DS58/RW, 15 de junio de 2001, párrafo 5.57.

⁴⁹ OMC, WT/DS291-293/R, párrafos 7.61-7.75

⁵⁰ *Idem*, párrafo 7.71.

⁵¹ Ver, por ejemplo, Gabrielle MARCEAU, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship Between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, *Journal of World Trade*, No 35 (2001), p. 1081; Joost PAUWELYN, «The UNESCO Convention on Cultural Diversity, and the WTO: Diversity in International Law-Making?», *Insights*, 15 de noviembre de 2005; Michael HAHN, *supra*, nota 12, p. 547; C.B. GRABER, “The New UNESCO Convention on Cultural

Por lo tanto, parecen más bien escasas de momento las posibilidades de ver el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC pronunciarse sobre el Artículo 20 de la Convención. Sin embargo, ha estado a punto de hacerlo en el reciente asunto China – Medidas que afectan a los derechos de comercialización y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento⁵². De hecho, en su presentación oral durante el primer encuentro con el Grupo Especial sobre el fondo, los Estados Unidos, que respondían a un argumento de China según el cual la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales justifica el recurso a normas especiales de protección para los bienes culturales en contra de las normas de la OMC, alegaron, en un primer tiempo, lo siguiente:

However, China fails to note that the UNESCO Convention expressly provides: “Nothing in this Convention shall be interpreted as modifying the rights and obligations of the Parties under any other treaties to which they are parties⁵³. ”

Volviendo luego al texto de la OMC, emitieron un segundo argumento formulado de la siguiente forma:

In any event, nothing in the text of the WTO provides for an exception from WTO disciplines in terms of “cultural goods”, and China’s Accession protocol likewise contains no such exception. China’s reference to the work of UNESCO is thus unavailing, even without considering the fact that the United States and a number of WTO Members are not parties to the UNESCO Convention⁵⁴.

La cuestión no se abordó en los intercambios subsiguientes entre las Partes y tampoco se refirió a ella en las observaciones del Grupo Especial. No obstante, China, al tratar de justificar algunas medidas impugnadas en base al Artículo XX (a) del GATT (Medidas necesarias para la protección de la moral pública), alegó el siguiente argumento, que no carece de interés.

China considera que los materiales de lectura y los productos audiovisuales acabados son denominados “bienes culturales”, es decir, mercancías que tienen contenido cultural. Sostiene que se trata de productos de una clase excepcional que pueden repercutir de manera muy negativa en la moral pública. China explica que, como portadores de

Diversity: A Counterbalance to the WTO”, *Journal of International Economic Law*, n° 9, 2006, p. 553; Alex KHACHATURIAN, “The New Cultural Diversity Convention and its Implication on the International Trade Regime: A Critical Comparative Analysis”, *Texas International Law Journal*, n° 46, 2006, p. 191 y 201-204.

⁵² China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento, OMC, *Asunto DS363*, 2009.

⁵³ OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE (USTR), *China – United States, Oral Statement of the United States of America at the First Substantive Meeting of the Panel*, 22 de julio de 2008, párrafo 25. [En línea] [<http://www.ustr.gov/trade-topics/enforcement/dispute-settlement-proceedings/wto-dispute-settlement/china-%E2%80%94-measures-affe>] (Consultado el 10 de julio de 2009).

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 26.

identidad, de valores y sentido, los bienes culturales desempeñan una función esencial en la evolución y definición de elementos tales como las características, valores, formas de convivencia, ética y comportamientos sociales. China señala a este respecto la *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, que China afirma que fue adoptada por todos los miembros de la UNESCO, incluidos los Estados Unidos. En su Artículo 8 la Declaración dice que los bienes culturales son “portadores de sentido” y que “no deben ser considerados mercancías o bienes de consumo como los demás”. A juicio de China, es evidente que según cuál sea su contenido los bienes culturales pueden repercutir de manera importante en la moral pública⁵⁵.

Resulta interesante destacar que el Artículo 8 de la Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural al que China hace referencia es recuperado textualmente en el Preámbulo de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales y aparece igualmente en el Artículo 1 (g) de la Convención entre los objetivos de ésta. El argumento fue recibido positivamente por el Grupo Especial, que declaró lo siguiente:

Señalamos la referencia de China a la *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*. Observamos a este respecto que China no ha invocado la *Declaración* como una defensa contra sus incumplimientos de compromisos en materia de derecho a comerciar previstos en el Protocolo de Adhesión. China se ha referido más bien a la *Declaración* como apoyo para la tesis general de que la importación de productos del tipo objeto de litigio en este asunto podría, según cuál sea su contenido, tener efectos negativos en la moral pública en China. No nos resulta difícil aceptar esta tesis general, pero señalamos, como se ha indicado, que tenemos que centrarnos más específicamente en los tipos de contenidos que efectivamente están prohibidos a tenor de las medidas pertinentes de China⁵⁶.

A la luz de estas palabras, está permitido pensar que un argumento que utilice la Convención para interpretar el Artículo XX (a) del GATT habría sido admisible si los Estados Unidos hubieran sido partes en la Convención. Pero ¿habría sido admisible si el conjunto de los Miembros de la OMC no hubiese ratificado la Convención? Si un argumento basado en el Artículo 20 de la Convención le hubiera sido presentado, por ejemplo, en estas condiciones, el Grupo Especial habría podido limitarse a argüir que el conjunto de los Miembros de la OMC no eran partes de la misma y a negarse a tenerlo en cuenta, siguiendo en ello el enfoque adoptado en 2006 en el asunto Comunidades Europeas – Medidas que afectan la aprobación y comercialización de los productos biotecnológicos. Pero también habría podido adoptar, apoyándose en las conclusiones del Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Prohibición de importación de

⁵⁵ Ver supra, nota 52, párrafo 7.751 del Informe.

⁵⁶ Ibidem, nota 538 del Informe.

determinados camarones y productos del camarón, un enfoque más amplio, e interrogarse sobre el alcance del Artículo 20 de la Convención en el asunto que nos ocupa.

2 EL ARTÍCULO 21: UNA DISPOSICIÓN OPERACIONAL

Las Partes en la Convención, cuando son partes en tratados internacionales que interfieren con ésta, o cuando negocian nuevos tratados susceptibles de tener repercusiones sobre la Convención, siempre tienen la posibilidad de hacer valer los objetivos y principios de ésta en dichos foros. El Artículo 21, al reconocer esta posibilidad, los incita explícitamente a actuar en este sentido. Podrán hacerlo individualmente, sin consultarse, pero también podrán hacerlo de forma más colectiva, tras haberse consultado entre sí, cuando las circunstancias se presten a ello, como lo sugiere la segunda frase del Artículo 21. Examinaremos estas dos posibilidades.

2.1 La obligación individual de las Partes en el contexto de su práctica diplomática

La obligación en cuestión se refiere a los medios: se pide a las Partes “promover los objetivos y principios de la presente Convención en otros foros internacionales”, pero les deja la libertad de los medios para lograrlo. No carece de interés destacar, a este respecto, que en la versión original de este artículo, que se encuentra en el Artículo 13 del Anteproyecto de Convención, las Partes se comprometían, *cuando proceda*, a promover los principios y objetivos de la Convención. El hecho de que, en la versión definitiva, se hayan eliminado las palabras *cuando proceda* da a entender claramente que no se trata de una obligación opcional. En realidad, esta obligación, que se contrae de buena fe, podría llegar a excluir que las Partes defendieran, en otros foros internacionales, posiciones claramente opuestas a los objetivos y principios de la Convención y susceptibles de comprometer su obligación según ésta.

La expresión *foros internacionales* utilizada en el Artículo 21 puede entenderse de diferentes maneras, como es posible constatarlo leyendo otros instrumentos internacionales que recurren a ella. Así pues, en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, suscrito el 21 de noviembre de 2008⁵⁷, el Artículo 504.2, que enumera las diversas funciones asignadas al Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias creado por el Tratado menciona, en su apartado (g), lo siguiente:

La promoción de consultas bilaterales sobre cuestiones sanitarias y fitosanitarias que se discutan en foros multilaterales e internacionales, como el Comité MSP de la OMC, los Comités de la Comisión del

⁵⁷ [En línea] [<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/andean-andin/can-colombia-colombie.aspx?lang=fra>] (Consultado el 9 de julio de 2009).

Codex Alimentarius, la CIPV, la OIE y otros foros internacionales y regionales sobre inocuidad de los alimentos, salud humana, animal y vegetal.

Hay una disposición aún más explícita sobre este tema en una decisión del Consejo Internacional de Maderas Tropicales, órgano decisorio de la Organización Internacional de las Maderas Tropicales (OIMT), que crea un grupo de expertos encargado de elaborar recomendaciones acerca del papel de la OIMT en las organizaciones y foros internacionales⁵⁸:

En sus trabajos, el Grupo de Expertos tendrá en cuenta los avisos expresados por los Miembros y los desarrollos en curso en las organizaciones y los foros internacionales y regionales pertinentes, entre los cuales cabe mencionar:

- El Foro de las Naciones Unidas sobre Bosques (UNFF)
- El Partenariado de Colaboración sobre Bosques (CPF)
- La Organización Africana de la Madera (OAM)
- La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
- El Banco Mundial
- El Centro para la Investigación Forestal Internacional (CIFOR)
- La Unión Internacional de Organizaciones de Investigación Forestal (IUFRO)
- El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)
- La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)
- La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)
- El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)
- La Convención de Lucha contra la Desertización (CNULD)
- La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES)
- El Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM)
- La Organización Mundial del Comercio (OMC)
- La Fundación de la ASEAN
- La Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)
- El Proceso de Tarapoto.

⁵⁸ OIMT, Consejo Internacional de las Maderas Tropicales, Decisión 13(XXIX), Documento ITTC(XXIX)/29, 4 de noviembre de 2000.

Lo que llama la atención en estos dos ejemplos en los cuales se emplea la expresión *foros internacionales* es el recurso a una lista ilustrativa de foros pertinentes para facilitar la aplicación de las obligaciones contraídas. La técnica podría sin duda utilizarse con provecho para esclarecer el alcance del Artículo 21 de la Convención. Pero la terminología utilizada en estos ejemplos plantea, no obstante, algunas interrogantes en lo concerniente al alcance que se haya de dar a la expresión *foros internacionales* en el caso de la Convención. Por ejemplo, ¿hay que deducir, a partir de la distinción establecida entre las organizaciones y los foros internacionales en la decisión del Consejo Internacional de las Maderas Tropicales, que existe una diferencia evidente entre ellos o se trata más bien de dos términos sinónimos que recubren una misma realidad? Como ya se sabe, el Artículo 21 no hace referencia explícita a las organizaciones internacionales. Se puede plantear la misma pregunta en lo que se refiere a la distinción que se establece entre los foros internacionales, multilaterales y regionales en ambos textos. Dado que el Artículo 21 de la Convención habla exclusivamente de “foros internacionales”, ¿hay que considerar que los foros multilaterales y regionales están excluidos? Por último, ¿hay que considerar, tal y como lo sugiere la mención de una organización internacional no gubernamental, como la *Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza*, en la lista ejemplaria de organizaciones y foros internacionales y regionales, adjunta a la decisión del Consejo Internacional de las Maderas Tropicales, que la expresión *foros internacionales* abarca tanto a organizaciones gubernamentales internacionales como a organizaciones no gubernamentales internacionales? En el caso del Artículo 21 de la Convención, esto plantea el problema de saber qué tipos de intervenciones podrían hacer las Partes en esas organizaciones no gubernamentales.

So pena de darle un contenido totalmente desprovisto de significado, nos parece evidente que la expresión *foros internacionales* debe interpretarse, en el contexto de la Convención, en un sentido relativamente extenso, es decir que abarque a la vez a las organizaciones internacionales gubernamentales, incluyendo a las comisiones y los comités especializados que dependan de éstas, y organizaciones internacionales no gubernamentales, pudiendo ambos tipos ser multilaterales, regionales o bilaterales. Hay que destacar que, para verter esta expresión, se utilizan en inglés las palabras *international forums*, cuyo primer significado remite a espacios públicos de discusión. En los documentos internacionales donde se emplea, se hace efectivamente referencia a organizaciones internacionales de todo tipo, pero también a conferencias o encuentros internacionales donde se abordan temas de preocupación comunes de varios Estados. Por lo tanto, la utilización del término *forums* en la versión inglesa de la Convención viene a apoyar una interpretación amplia del término francés *enceintes*. El único límite que se impone a este respecto es el de la pertinencia de los foros en cuestión con relación a los objetivos y al campo de aplicación de la Convención, así como a la posibilidad que se ofrece a los Estados interesados en participar en ellos.

¿Requiere el Artículo 21 directrices operativas? No figuraba entre los artículos identificados, en 2007, por la Conferencia de las Partes y que debían ser objeto de un trato prioritario en lo que se refiere a la elaboración de tales directrices. Pero a juzgar por las directrices relativas a los Artículos 7, 11, 13, 14 y 15, por ejemplo⁵⁹, resulta difícil ver por qué no sucedería lo mismo con el Artículo 21, que podría beneficiarse de algunas aclaraciones. Como lo hemos visto anteriormente, sería seguramente de utilidad, a fin de facilitar la aplicación de este artículo, establecer una lista ilustrativa de foros pertinentes donde las Partes pudiesen exponer los objetivos y principios de la Convención. Se podrían mencionar, en lo que se refiere al área cultural, foros como la UNESCO, la Red Internacional de Políticas Culturales (RIPC), la Organización de Estados Americanos (OEA), la ONU, el Consejo de Europa, el Convenio Andrés Bello, la Organización Intergubernamental de la Francofonía, y fuera del área cultural, foros como la OMC, la CNUCED, el MERCOSUR, la ASEAN, la OCDE, la OMPI, etc. Puesto que incumbe esencialmente a las Partes promover los objetivos y principios de la Convención en los demás foros internacionales, también podrían las directrices operativas incitarlas a establecer su propia lista con arreglo a sus obligaciones con estos últimos. Para elaborar dicha lista, se podrían inspirar, aunque haciendo los ajustes necesarios, en el siguiente enunciado de política del Gobierno de Finlandia en lo que concierne a la cooperación cultural bajo los auspicios de organizaciones internacionales:

A key aspiration in international cultural policy, emerging as a result of growing globalisation, is to safeguard cultural diversity and to promote sustainable development in culture. This global issue is discussed within the EU, the Council of Europe, the World Trade Organisation and the UN organisation. The UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions provides a basis for cultural cooperation in which the guiding principle is to recognise the value of cultural products and services both as cultural intermediaries and as commodities in international trade.

Important vehicles for the Ministry of Education in cultural cooperation are UNESCO, the Council of Europe, the Nordic Council of Ministers and the Nordic Cultural Fund, the Council of Baltic Sea States, the Barents Euro-Arctic Council and their cultural organs. Another important form of international interaction is cooperation with regions adjacent to Finland⁶⁰.

También se podrían sugerir a las Partes, en las directrices referidas al Artículo 21, maneras concretas de promover los objetivos y principios de la Convención. Diversas vías se abren a las Partes a este respecto. Así pues, podrían empezar por hacer declaraciones en este sentido durante conferencias y encuentros

⁵⁹ Para obtener el texto de estas directrices, ver UNESCO, *Diversidad de las expresiones culturales*, Conferencia de las Partes, 2ª sesión ordinaria, París, 15-16 de junio de 2009, Documento CE/09/2.CP/Res., Resolución 2.CP7, Anexo.

⁶⁰ Ver Government of Finland, Ministry of Education, Cultural Policy, International Cultural Cooperation, [En línea] <http://www.minedu.fi/OPM/Kulttuuri/kulttuuripolitiikka/?lang=en> (Consultado el 9 de julio de 2009).

internacionales donde se trate de temas pertinentes, o incluso con motivo de encuentros bilaterales o multilaterales entre jefes de Estado⁶¹. En segundo lugar, las Partes podrían insistir, cuando tienen intervenciones acerca de la cultura en el marco de tratados internacionales existentes, en la importancia de tener en cuenta estos objetivos y principios o también pedir, cuando negocien nuevos convenios internacionales, que en los mismos se inserten disposiciones en este sentido. Parece que se está instaurando esta práctica, pero es aún pronto para decir lo que sucederá con ella. Sin embargo, a este respecto merecen mencionarse algunos desarrollos recientes. Apenas un mes después de la adopción de la Convención, en 2005, Brasil se apoyó explícitamente, en el marco de la negociación de un nuevo tratado de la OMPI sobre la protección de los organismos de radiodifusión, en el Artículo 21 de la Convención para solicitar la inserción de un artículo sobre la protección y promoción de la diversidad cultural. Su punto de vista fue recuperado por Perú unos meses más tarde⁶². En diciembre de 2007, la Unión Europea, Parte en la Convención, firmó un convenio de coparticipación económica con el Cariforum, en el cual invocaba la Convención de la UNESCO para incluir, en anexo, un protocolo de cooperación cultural. Dado que se están negociando otros convenios de la misma índole, hay que esperar que aumente el número de tratados internacionales que hagan referencia a la Convención.

Pese a estos desarrollos –o tal vez a causa de ellos si se ven como indicaciones de que las Partes no requieren forzosamente directrices para actuar en virtud del Artículo 21–, la Conferencia de las Partes omitió mencionar, durante su 2ª sesión ordinaria, en junio de 2009, el Artículo 21 entre las directrices que haya de elaborar el Comité Intergubernamental de aquí a 2011. Sin embargo, esta elección no modifica para nada la tarea que se confió a éste y consiste en establecer procedimientos y otros mecanismos de consulta, a fin de promover los objetivos y principios de la Convención.

2.2 El compromiso colectivo de las Partes: la consulta

En virtud del Artículo 21, no sólo las Partes se comprometen a promover individualmente los objetivos y principios de la Convención en otros foros internacionales, sino que “se consultarán, cuando proceda, teniendo presentes esos objetivos y principios”. La versión original de dicho artículo, en el Anteproyecto de Convención, estipulaba que “los Estados Partes se consultarán en la UNESCO para elaborar planteamientos comunes”⁶³. Durante aquellas

⁶¹ En el plano bilateral, ver *Declaración conjunta del Sr. Jacques CHIRAC, Presidente de la República Francesa, y del Sr. Nambaryn ENKHBAYAR, Presidente de Mongolia*, 2008. [En línea] [<http://www.ambassademongolie.fr/Article/65-declaration-conjointe.html>] (Consultado el 9 de julio de 2009). En el plano multilateral, ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LA FRANCOFONÍA, *Declaración de Bucarest*, 29 de septiembre de 2006, párrafo 47. [En línea] [<http://www.tifg.ulaval.ca/axl/francophonie/Bucarest-decl2006.htm>] (Consultado el 9 de julio de 2009).

⁶² Para Brasil, ver OMPI, Documento SCCR/13/3Corr, 21 de noviembre de 2005. [En línea] [http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=53241] (Consultado el 9 de julio de 2009). Para Perú, ver OMPI, Documento SCCR/14/6, 28 de abril de 2006. [En línea] [www.wipo.ch/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_14/sccr_14_6.doc] (Consultado el 9 de julio de 2009).

⁶³ Para el Artículo 13 del Anteproyecto de Convención, ver UNESCO, Documento CLT/CPD/2004/CONF.607/6, diciembre de 2004.

negociaciones, se suprimió la referencia a la UNESCO, confiando a las Partes el cuidado de organizar la consulta, pero sin dejarles total libertad para hacerlo. En efecto, en el texto actual de la Convención, el Artículo 21 está complementado por el Artículo 23.6 (e), en el cual se da al Comité Intergubernamental el mandato explícito “de establecer procedimientos y otros mecanismos de consulta para promover los objetivos y principios de la Convención en otros foros internacionales”. A la inversa de las directrices operativas, preparadas a petición de la Conferencia de las Partes y sometidas a su aprobación, ese mandato fue prescrito por la Convención, mientras que su ejecución se dejó a la discreción del Comité Intergubernamental. Por lo tanto, a éste le corresponde determinar el momento oportuno para aplicarlo y la manera de lograrlo.

Aunque el título del Artículo 21 trata de consulta internacional, no se menciona ni en el texto que se refiere a ello ni en el del Artículo 23.6 (e). De hecho, no se habla más que de consulta. Dado que éstas no se hacen “para elaborar planteamientos comunes”, tal y como lo preveía el Artículo 13 en el Anteproyecto de Convención, resulta que el Artículo 21, pese a su título, así como el Artículo 23.6 (e), ya tratan exclusivamente de consultas. No obstante, nada impide que éstas desemboquen, en la práctica, en cierta forma de concertación y coordinación internacionales.

El mandato que se confió al Comité Intergubernamental, en virtud del Artículo 23.6 (e), para establecer los “procedimientos y otros mecanismos de consulta” le deja total libertad para elegir los que prefiera. Este margen de maniobra puede ir desde la simple invitación lanzada para que las Partes se expresen libremente sobre un tema dado –oralmente, con motivo de un encuentro organizado para este fin, o por escrito, en un plazo predeterminado– hasta el envío de un cuestionario más o menos detallado. El procedimiento que se haya de utilizar será determinado con arreglo a cada solicitud de consulta.

Habida cuenta de la consabida reticencia de las Partes a tomar iniciativas que puedan dificultar el funcionamiento de la Convención, parece evidente que habrá de ponerse a punto un enfoque sencillo, gradual y pragmático en lo que se refiere a la implantación de tal mecanismo. Podría ser un trámite semejante al que el Comité Intergubernamental y la Secretaría adoptaron para elaborar directrices operativas y que afectan a los sectores de intervención previstos por la Convención. El trámite en cuestión suele constar de una primera fase centrada en la elaboración de un estado de la cuestión, seguida de una segunda, durante la cual las Partes son consultadas a fin de obtener el punto de vista de cada una de ellas, y una tercera fase en la cual se busca un enfoque consensuado. Un enfoque particularmente interesante a este respecto es el que se utiliza para elaborar directrices operativas relativas al Artículo 16 de la Convención, pues la cuestión planteada, esto es, otorgar un trato preferente a los países en desarrollo, era evidentemente susceptible de tener repercusiones en otros foros internacionales, en particular el de la OMC. Durante la primera sesión ordinaria del Comité Intergubernamental, en primer lugar se decidió

confiar a un grupo de seis expertos calificados la tarea de elaborar, cada uno, un documento factual sobre el tema abordado en el Artículo 16, esto es, el trato preferente, a fin de puntualizar sobre la cuestión. Durante su segunda sesión ordinaria, en diciembre de 2008, el Comité Intergubernamental, tras discutir acerca del informe de los expertos, pidió a la Secretaría que preparase y sometiese a las Partes en la Convención, así como a la sociedad civil, un cuestionario sobre la elaboración de las directrices operativas relativas al Artículo 16. En la misma oportunidad, pidió a la Secretaría que preparase, para la sesión subsiguiente del Comité Intergubernamental, un anteproyecto de directrices operativas relativas al Artículo 16 basándose en las respuestas recibidas. Por último, en marzo de 2005, durante su segunda sesión extraordinaria, el Comité Intergubernamental, tras una profunda discusión en la que se tomaron en consideración las propuestas de enmienda presentadas por los miembros del Comité, se adoptó un anteproyecto de directrices operativas en lo concerniente al Artículo 16. Como se puede ver, la consulta desempeñó un papel de suma importancia en este último.

La implantación de medidas y otros mecanismos de consulta, tal y como lo contempla el Artículo 23.6 (e), requerirá, en una primera etapa, la inscripción del asunto en el orden del día de una reunión del Comité. A este respecto, el Artículo 8 del Reglamento interno del Comité Intergubernamental facilita una lista de lo que se puede inscribir en el orden del día de éste:

- 8.1 La Secretaría de la UNESCO preparará el orden del día provisional de las sesiones del Comité (Artículo 24.2 de la Convención).
- 8.2 El orden del día de una sesión ordinaria del Comité podrá incluir:
 - (a) cualquier asunto cuya inscripción haya sido solicitada por la Convención o por el presente reglamento;
 - (b) cualquier asunto presentado por la Conferencia de las Partes en la Convención;
 - (c) cualquier asunto cuya inscripción haya sido decidida por el Comité durante una sesión anterior;
 - (d) cualquier asunto propuesto por los miembros del Comité;
 - (e) cualquier asunto propuesto por las Partes en la Convención que no sean miembros del Comité;
 - (f) cualquier asunto propuesto por el Director General.
- 8.3 El orden del día provisional de una sesión extraordinaria incluirá únicamente los asuntos para los cuales se haya convocado la sesión.

A la luz del Artículo 8.2 (a) del Reglamento interno, parece razonable afirmar que el Artículo 23.6 (e) de la Convención es un punto que se ha de inscribir en el orden del día del Comité Intergubernamental, aunque no queda claro el procedimiento que se haya de seguir para este objeto. Puesto que es difícil imaginar que la Secretaría se haga cargo de ello, suponemos que le corresponderá al Comité decidir al respecto. Unos miembros del Comité, o

Partes en la Convención no miembros del Comité, podrán sometérselo a éste. Una vez tomada la decisión de seguir adelante, habrá que proceder a la elaboración de los procedimientos y otros mecanismos de consulta, a fin de promover los objetivos y principios de la Convención en los demás foros internacionales⁶⁴.

Estos procedimientos y otros mecanismos deberán responder a cierto número de problemas concretos. El primero de éstos se refiere a la manera de iniciar el proceso de consulta. Habrá que dar por descontado, al principio, que no hay nada que impida a dos o varias Partes consultarse de manera informal sobre sus enfoques en materia de promoción de los objetivos y principios de la Convención. Esta forma de proceder debería incluso ser fomentada, y a la vez, se sugerirá a las Partes involucradas que informen al Comité Intergubernamental acerca de sus trámites. Sin embargo, el Artículo 23.6 (e) va más allá al prescribir al Comité Intergubernamental que establezca el procedimiento a seguir durante la consulta. Ésta se pondrá en funcionamiento a petición de un miembro del Comité Intergubernamental o de alguna Parte en la Convención, y la decisión, como tal, de proceder a una consulta será adoptada por mayoría simple de los miembros del Comité. Otra cuestión importante que deberá abordarse es la del objeto de la consulta: habrá de ser lo suficientemente preciso para que la consulta produzca resultados y, además, deberá dar una indicación de su eventual utilización, entendiéndose que el Artículo 23.6 (e) se refiere a la promoción de los objetivos y principios de la Convención en los demás foros internacionales. Una tercera cuestión concierne al alcance de la consulta. Parece indicar, en el Artículo 21 que subyace al Artículo 23.6 (e), que concierne exclusivamente a las Partes en la Convención, excluyendo, por ello, a los Estados que no son partes, las organizaciones internacionales y la sociedad civil. Una última cuestión, no despreciable, es saber quién se va a encargar de lanzar la consulta y compilar sus resultados. La solución más cómoda sería confiar esta tarea a la Secretaría de la UNESCO pero, como lo hemos visto, dicha Secretaría fue descartada explícitamente durante la negociación del Artículo 21. No obstante, dado que, según parece, el principal motivo para descartar la referencia a la Secretaría de la UNESCO fue no excluir la posibilidad de realizar consultas fuera del marco de esa organización, se puede pensar que no está excluido recurrir a la misma. Otra hipótesis sería recurrir a una empresa independiente, a condición, por supuesto, de disponer de los recursos necesarios.

Así pues, la instauración de un proceso de consulta eficaz destinada a la promoción de los objetivos y principios de la Convención en los demás foros internacionales exigirá esfuerzos de las Partes. Pero una vez instaurado, no cabe la menor duda que este instrumento de trabajo les será de gran utilidad.

⁶⁴ El Comité podría decidir también que aún no ha llegado el momento de ir adelante con el Artículo 23.6 (e). Pero si después de nuevas peticiones de inscripción de este asunto en el orden del día del Comité, éste se opusiera sistemáticamente a su aplicación sin que se objetara ninguna Parte, se plantearía la cuestión de una enmienda implícita en la Convención.

Incluso podría, con el tiempo, resultar un factor determinante en el éxito de la Convención.

CONCLUSIÓN

Los Artículos 20 y 21, por el hecho de estar reunidos en la Parte V de la Convención, deben considerarse como vinculados y complementarios. Su acercamiento no es fruto del azar, pues en el Anteproyecto de Convención, estaban claramente separados⁶⁵. Pero a la vez que son complementarios, persiguen objetivos muy diferentes. El Artículo 20, como se ha podido observar, es una disposición interpretativa encaminada a esclarecer el vínculo entre la Convención y los demás tratados internacionales. Por su parte, el Artículo 21 se presenta como una disposición operacional cuyo fin es propiciar y apoyar la toma en consideración de los objetivos y principios de la Convención en los demás foros internacionales.

La concepción del vínculo entre la Convención y los demás tratados internacionales que vehicula el Artículo 20 se inspira, en una gran medida, en tres convenciones multilaterales medioambientales adoptadas entre 1998 y 2001 y que afirman claramente que, a la vez que no modifican para nada los derechos y obligaciones de las Partes en virtud de otros tratados internacionales, tampoco están subordinadas a éstos. Recuperada en el Artículo 20 de la Convención, esta afirmación no hace más que recordar la posición básica del derecho internacional sobre las relaciones entre los tratados, a saber, que todos deben aplicarse de buena fe y que, a no ser que existan disposiciones especiales que establezcan un lazo de superioridad o de inferioridad entre los tratados, gozan jurídicamente del mismo estatus. Pero no deja de ser importante, pues viene a contrarrestar una percepción bastante extendida a escala internacional, según la cual los tratados de comercio prevalecen automáticamente sobre los demás. No obstante, el Artículo 20 de la Convención no se limita a afirmar el principio de igualdad de estatus. Asimismo, prevé maneras positivas de tratar la relación entre la Convención y los demás tratados, al pedir a las Partes que fomenten la potenciación mutua y tengan en cuenta las disposiciones pertinentes cuando interpreten y apliquen otros tratados y contraigan otras obligaciones internacionales. En este sentido, se puede considerar el Artículo 20 como una disposición evolutiva cuyo significado real se revelará en la práctica de las Partes.

El Artículo 21 complementa el Artículo 20 al prescribir a las Partes que hagan la promoción de los objetivos y los principios de la Convención en otros foros internacionales. Aunque dicho artículo se titula “Consultas y coordinación internacionales”, se deduce con bastante claridad de su historial y su contenido que deja a las Partes responsables individualmente de su aplicación, contentándose con sugerirles que, llegado el caso, se consulten a este respecto; no se habla para nada de concertación ni de coordinación. ¿Hay que lamentar

⁶⁵ El Artículo 20 sustituye al que fuera el Artículo 19, y el Artículo 21, al antiguo Artículo 13.

que a la Conferencia de las Partes no le haya parecido oportuno mencionar el Artículo 21 entre las disposiciones que debían ser objeto de directrices operativas? No cabe duda que esto habría contribuido a esclarecer su sentido, brindando a las Partes interesantes vías de intervención en lo que concierne a su aplicación. Pero hay que pensar que la Conferencia de las Partes tenía motivos justificados para actuar de esta forma. No obstante, nada se opone a que vuelva más tarde sobre esta opción, máxime cuando no ha determinado que el Artículo 21 no requería directrices operativas, como sucedió con el Artículo 12. Por otra parte, hay que tener presente que, en virtud del Artículo 23.6 (e), el Comité Intergubernamental deberá elaborar procedimientos y otros mecanismos de consulta para promover los objetivos y principios de la Convención.