

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

LA CONVENCIÓN UNESCO SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL Y LA OMC: ¿ CONFLICTO O COMPLEMENTARIEDAD?

Posted on Luglio 20, 2011 by [Giuseppe Bianco](#)

El 20 de octubre de 2005 la Conferencia General de la UNESCO adoptó la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, que entró en vigor el 18 de marzo de 2007. Es claro desde el principio que un convenio internacional que intenta, inter alia, proteger las culturas incluso en contra de los intereses económicos y comerciales irá a enfrentarse con la institución cuyo papel es precisamente el de asegurar tales intereses, o sea la Organización Mundial del Comercio, creada en 1994 tras la Ronda Uruguay y cuyo texto fundamental es el Acuerdo de Marrakech, el Acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio (AGAAC, más conocido por su acrónimo inglés, GATT) y los otros textos anexos.

En el preámbulo de la Convención UNESCO no se menciona ningún instrumento de la OMC, sólo hay una referencia al doble carácter que se reconoce a la noción de cultura: "Persuadida de que las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores

y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si sólo tuviesen un valor comercial”. Probablemente, habría sido recomendable incluir una cláusula que tratara directamente la relación con la OMC, para proporcionar coherencia en este respecto. Es previsible que los conflictos con otros regímenes internacionales serán determinados especialmente en virtud del alcance muy amplio de la Convención.

El art. 3 establece como ámbito de aplicación “las políticas y medidas que adopten las Partes en relación con la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales” y las últimas son definidas como “las políticas y medidas relativas a la cultura, ya sean éstas locales, nacionales, regionales o internacionales, que están centradas en la cultura como tal, o cuya finalidad es ejercer un efecto directo en las expresiones culturales de las personas, grupos o sociedades, en particular la creación, producción, difusión y distribución de las actividades y los bienes y servicios culturales y el acceso a ellos” (art. 4.6).

La Convención contiene un artículo que se ocupa de las relaciones con otros instrumentos jurídicos internacionales. Reitera los principios de potenciación mutua, complementariedad y no subordinación. Esta disposición trata del tema de conflictos entre distintas “leges speciales”, para las cuales no hay un principio de derecho internacional general que pueda proporcionar una solución automática y que es objeto de un interesante debate en la doctrina jurídica internacionalista (Wouters, Jan; De Meester, Bart. *The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation of International Law. Journal of World Trade* (42)1, 2008, p. 224.).

Una modalidad de articulación de la Convención de 2005 con la OMC puede ser a través del Comité Intergubernamental instituido por la primera. De hecho, en el art. 23.6.e, entre las funciones del Comité, se dispone la de “establecer procedimientos y otros mecanismos de consulta para promover los objetivos y principios de la presente

Convención en otros foros internacionales”. Esto es especialmente útil para la OMC, considerando que ésta es un foro permanente de negociaciones en el ámbito de las “rondas” (la actual ronda de Doha empezó en 2001 y todavía no ha tenido éxito).

Es evidente que el efecto que la Convención de 2005 puede tener sobre el derecho de la OMC es exclusivamente de tipo indirecto. En otras palabras, un Estado contratante y miembro de la OMC no puede justificar el no-respecto de sus obligaciones procedentes del GATT y de los otros acuerdos comerciales simplemente al amparo de la Convención sobre diversidad cultural (Bernier, Ivan; Ruiz Fabri, Hélène. *Evaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle*. Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle: Québec, 2002, p. 38).

Otra manera de articular la Convención con el derecho de la OMC podría ser a través de la interpretación de los instrumentos jurídicos de la OMC, aunque esta esperanza no sea compartida por todos los juristas (Acheson, Keith; Maule, Christopher. *Convention on Cultural Diversity*. *Journal of Cultural Economics*, Vol. 28, 2004, p. 251). Esta posibilidad es mencionada en el art. 20.1.b del convenio: “ cuando interpreten y apliquen los demás tratados en los que son Parte ..., tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de la presente Convención”. El Órgano de Apelación de la OMC ha declarado que es preciso interpretar los convenios de la OMC a la luz del derecho internacional, del cual los convenios no son “clínicamente aislados” (Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional WT/DS2/AB/R Informe del Órgano de Apelación de 29 de abril de 1996, para. 17). Así, el Órgano de Apelación hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y a instrumentos vinculantes y no vinculantes, como la Declaración de Río (Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón WT/DS58/AB/R Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998). A este respecto, podría ser útil el Preámbulo del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o sea GATS): “Reconociendo el derecho

de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional...”, en la medida en que la protección y la promoción de la diversidad cultural puedan ser incluidas entre los objetivos de la política nacional de algunos Estados miembros, y aún más cuando estos últimos son numerosos. A este respecto, cabe mencionar la posibilidad de que se utilice la Convención de 2005 para aclarar las excepciones a las reglas generales de la OMC, por ejemplo el trato nacional o el trato de la nación más favorecida. El art. XX(f) del GATT prevé una excepción para las medidas “impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico”, siempre que se respeten las cláusulas introductorias. Esta disposición todavía no ha sido objeto de una diferencia solucionada por el órgano de solución de la OMC. La Convención UNESCO podría ser empleada para construir la significación de “tesoro nacional”, incluyendo en su amparo las medidas internas tomadas para la protección de tesoros nacionales de otros Estados. Además, un Estado miembro podría invocar la Convención de 2005 para afirmar que la “moral pública” o el “orden público” a que hacen referencia tanto el art. XIV(a) del GATS como el art. XX(a) del GATT abarcan intereses culturales (Voon, Tania. *Unesco and the WTO: A Clash of Cultures? International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, julio 2006, p. 646). Esto se puede producir, por ejemplo, cuando la entrada masiva de productos culturales extranjeros pueda constituir una amenaza suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad, y por ende para el mismo orden público (Wouters, Jan; De Meester, Bart. *The UNESCO Convention...*, cit., p. 219).

Para una mejor articulación de la Convención de 2005 con los instrumentos de la OMC, se deben considerar dos principios rectores de la primera, contemplados en su art. 2: el principio de acceso equitativo (art. 2.7) y el principio de apertura y equilibrio (art. 2.8). Ambos reflejan la exigencia de no discriminación que se halla también en el GATT, en su art. I sobre el trato general de la nación

más favorecida y art. III sobre el trato nacional. A partir de estas análogas preocupaciones, se podrá convencer a los órganos de solución de diferencias de la OMC de que las medidas adoptadas por los Estados partes de la Convención de 2005 están finalizadas verdaderamente a salvaguardar la diversidad cultural y no miran a una distorsión del comercio internacional por intereses proteccionistas.

Además, considerando los arts. 8.3, 9 y 12 de la Convención de 2005, se destaca el nivel de transparencia y comunicación que se ruega a los Estados miembros a propósito de las decisiones tomadas para alcanzar los fines del convenio. El órgano de solución de diferencias de la OMC no podrá sino apreciar este tipo de mecanismos, ya que frecuentemente reprocha a las Partes precisamente la ausencia de transparencia y de multilateralismo en sus actuaciones.

Un problema muy significativo puede proceder de la regulación de diferencias. La Convención de 2005 establece un propio procedimiento de conciliación, regulado por el art. 25 y por el Anexo. De otro lado, el derecho de la OMC contiene el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias, de fundamental importancia y muy desarrollado; asimismo, el procedimiento regido por el Entendimiento es "el único cauce para reparar cualquier infracción de cualquier disposición del Acuerdo OMC" (Estados Unidos — Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas, WT/DS165/R Informe del Grupo Especial de 10 de enero de 2001, para. 6.13). Como cada procedimiento se refiere a normas distintas (que persiguen objetivos divergentes), es previsible que, si un asunto es presentado antes de ambos foros, las decisiones podrán ser diferentes, incluso opuestas. Esta eventualidad provocaría incertidumbre jurídica, compelería a un Estado a infringir la norma de un ordenamiento para el acatamiento de la disposición del otro y perjudicaría de manera grave la credibilidad y la legitimidad de los dos sistemas (Bernier, Ivan; Ruiz Fabri, Hélène. *Evaluation de la faisabilité juridique...*, cit., p.

41).

Otra cuestión concierne las subvenciones estatales para proteger y promocionar las actividades culturales nacionales. Éstas pueden incluir un amplio abanico de medidas:

“b) medidas que brinden oportunidades, de modo apropiado, a las actividades y los bienes y servicios culturales nacionales, entre todas las actividades, bienes y servicios culturales disponibles dentro del territorio nacional, para su creación, producción, distribución, difusión y disfrute, comprendidas disposiciones relativas a la lengua utilizada para tales actividades, bienes y servicios;

c) medidas encaminadas a proporcionar a las industrias culturales independientes nacionales y las actividades del sector no estructurado un acceso efectivo a los medios de producción, difusión y distribución de bienes y servicios culturales;

d) medidas destinadas a conceder asistencia financiera pública;

e) medidas encaminadas a alentar a organizaciones sin fines de lucro, así como a entidades públicas y privadas, artistas y otros profesionales de la cultura, a impulsar y promover el libre intercambio y circulación de ideas, expresiones culturales y actividades, bienes y servicios culturales, y a estimular en sus actividades el espíritu creativo y el espíritu de empresa;

f) medidas destinadas a crear y apoyar de manera adecuada las instituciones de servicio público pertinentes;

g) medidas encaminadas a respaldar y apoyar a los artistas y demás personas que participan en la creación de expresiones culturales;

h) medidas destinadas a promover la diversidad de los medios de comunicación social, comprendida la promoción del servicio público de radiodifusión”.

También destacables son las posibilidades de intervención en caso de peligros o amenazas para las expresiones culturales (arts. 8 y 17). Empero, las subvenciones estatales están estrictamente reguladas por OMC (vid. Art. XVI GATT y Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias). Para solucionar este conflicto de perspectiva, se ha propuesto de establecer en el marco de la OMC una “caja verde”

que cubra las subvenciones concedidas para fomentar la diversidad cultural o la negociación de un régimen parecido a el en materia agrícola, pero sin establecer su desmantelamiento (Bernier, Ivan; Ruiz Fabri, Hélène. *Evaluation de la faisabilité juridique...*, cit., p. 45).

Una vía para justificar decisiones nacionales tomadas conforme a la Convención de 2005 podría ser a través del art. XX(d) del GATT y el art. XIV(c) del GATS. Siempre que se respete el preámbulo de estos artículos, se acepta una excepción para las medidas “necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo”. Un Estado podría sostener que la medida que infringe el GATT/GATS es necesaria para asegurar el respeto de sus obligaciones bajo la Convención UNESCO. El Órgano de Apelación reconoce que la expresión “leyes y reglamentos” del art. XX(d) del GATT comprende normas procedentes de convenios internacionales incorporadas en el sistema jurídico interno de un Miembro de la OMC o que hayan efecto directo en ese mismo sistema (México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas - WT/DS308/AB/R - Informe del Órgano de Apelación de 6 de marzo de 2006, para. 79). Por consiguiente, la excepción puede abarcar disposiciones necesarias para conformarse a obligaciones internacionales en la medida en que éstas hayan sido introducidas en el derecho nacional. La dificultad en este caso sería afirmar que las medidas eran verdaderamente “necesarias” para conseguir el respeto de la Convención de 2005 y que esta última no era incompatible con los convenios de la OMC (Voon, Tania. *Unesco and the WTO...*, cit., p. 650).

En conclusión, parece claro que la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la diversidad cultural tiene un potencial de conflicto muy elevado con el derecho de la Organización Mundial del Comercio. Esto procede directamente de los objetivos radicalmente diferentes perseguidos por los dos instrumentos. Más que las varias opciones jurídicas analizadas en este informe, probablemente el método más eficaz para evitar un peligroso enfrentamiento de los sistemas sería

la voluntad de los Estados miembros de colaborar entre sí y elaborar políticas públicas que equilibren los intereses culturales con aquellos económicos y comerciales.