

# La Convención UNESCO sobre diversidad cultural y el derecho de la Organización Mundial del Comercio: ¿conflicto o complementariedad?

Laura Gómez Bustos

- *¿Conflicto, complementariedad o ambas cosas? Esa es la cuestión en torno a la que se articula el presente artículo que, de forma muy breve, explica cuáles son las relaciones entre la Convención UNESCO para la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales y el Acuerdo general sobre el comercio de servicios de la Organización Mundial del Comercio (GATS). Adoptando una perspectiva jurídica, el artículo plantea los efectos que la Convención UNESCO despliega o podría desplegar sobre el derecho de la OMC. Un breve análisis de los instrumentos jurídicos en juego también ayuda a aclarar la difícil situación que se vive en la intersección entre los asuntos comerciales y culturales.*

## Palabras clave

Convención UNESCO, Organización Mundial del Comercio, diversidad cultural, servicios audiovisuales, GATS.

La Convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, más conocida como Convención UNESCO para la diversidad cultural, entró en vigor el pasado 18 de marzo de 2007, menos de un año y medio tras su aprobación. El proceso de ratificación de ese instrumento jurídico, que ha sido el más rápido de la historia de la UNESCO,<sup>1</sup> es indicativo de la importancia que esa Convención tuvo desde el inicio, cuando todavía no se había decidido qué forma adoptaría como instrumento jurídico, y tampoco su alcance concreto.

En el presente artículo, intentaremos indicar las razones por las que ese texto jurídico ha trascendido las fronteras de la UNESCO hasta introducirse en el ámbito del comercio internacional (más concretamente, de la Organización Mundial del Comercio, OMC) y hasta qué punto los instrumentos jurídicos de cariz multilateral existentes en el ámbito cultural y en el ámbito comercial son contradictorios o complementarios.

---

## Laura Gómez Bustos

*Investigadora del Observatorio de la Globalización de la Universidad de Barcelona y de la Cátedra Internacional OMC / Integración Regional*

<sup>1</sup> En poco más de un año se alcanzaron las 30 ratificaciones que el artículo 29 de la Convención establece como necesarias para entrar en vigor. Según dicho artículo, “esa Convención entra en vigor tres meses después de la fecha del depósito del trigésimo documento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, pero sólo para los estados u organizaciones de integración económica regional que hayan depositado sus respectivos documentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión en esa fecha o anteriormente. Para las otras partes, entra en vigor tres meses después de haber efectuado el depósito de su documento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”.

## La Convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales

Las negociaciones de la Convención de la UNESCO empezaron en octubre de 2003, cuando la Conferencia General de la UNESCO solicitó al director general de dicha institución que presentara un borrador de convención a la asamblea general de octubre de 2005.<sup>2</sup> Durante los casi dos años que pasaron entre ambas fechas se celebraron reuniones, en un primer momento, de grupos de expertos y, posteriormente, de representantes gubernamentales. Tal como se había establecido, el director general de la UNESCO, Koichiro Matsuura, presentó el informe que resumía todo el proceso de negociación y el borrador de convención en la fecha prevista.<sup>3</sup> Hasta el último minuto siguieron las negociaciones en las altas esferas gubernamentales entre los partidarios de la Convención (con la Comunidad Europea y los países francófonos al frente) y

los detractores, que contaban entre sus filas con Estados Unidos, que se manifestaba abiertamente contrario a la Convención porque consideraba que su redacción no se ajustaba a los objetivos perseguidos.<sup>4</sup> Finalmente, el 20 de octubre de 2005 se aprobó la Convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, que complementaba la Declaración universal sobre la diversidad cultural adoptada también en el sí de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001.<sup>5</sup>

La Convención está compuesta por 35 artículos y un anexo (con 6 artículos) que contiene un procedimiento de conciliación. La primera parte de la Convención (artículos 1 y 2) establece nueve objetivos y ocho principios rectores que reflejan la voluntad de los redactores del texto de encontrar un equilibrio entre la vertiente de protección y de promoción.<sup>6</sup>

El alcance de la Convención es bastante amplio, ya que, como se indica en el artículo 3, “esta Convención debe aplicarse a las políticas y medidas que adoptan las partes en

- 2 UNESCO. *Conveniencia de elaborar un instrumento normativo internacional sobre la diversidad cultural (17 octubre de 2003)*, Resolución 32C/34, documento UNESCO CLT/CPD/2004/CONF.201/5 [En línea]. París: julio de 2004. <[http://portal0.unesco.org/culture/es/file\\_download.php/8bcd1880ce9b69485b00e7e9f3979de3Spa-Resolution32C34-conf201-5.pdf](http://portal0.unesco.org/culture/es/file_download.php/8bcd1880ce9b69485b00e7e9f3979de3Spa-Resolution32C34-conf201-5.pdf)>
- 3 UNESCO. *Informe preliminar del director general sobre la situación que debe reglamentarse y el posible alcance de ésta, acompañado de un anteproyecto de Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas*, Resolución 33C/23, documento UNESCO, [En línea]. París: 4 de agosto de 2005. <[http://portal.unesco.org/culture/admin/file\\_download.php/33C23\\_Es.pdf?URL\\_ID=28182&filename=1124819722533C23\\_Es.pdf&filetype=application/pdf&filesize=177682&name=33C23\\_Es.pdf&location=user-S/](http://portal.unesco.org/culture/admin/file_download.php/33C23_Es.pdf?URL_ID=28182&filename=1124819722533C23_Es.pdf&filetype=application/pdf&filesize=177682&name=33C23_Es.pdf&location=user-S/)>
- 4 Estados Unidos, en su explicación de voto, cargó duramente contra el texto de la Convención, y lo cualificaron con la terminología “ill-defined” y el texto en su conjunto como “deeply flawed, ambiguous and inconsistent”. 33rd UNESCO General Conference October 17, 2005 - Statement by Ambassador Louise V. Oliver - Permanent Delegate of the United States of America - Explanation of Vote of the United States on the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (As Delivered). [En línea] <[http://unesco.usmission.gov/GC\\_09082006\\_Statement\\_10202005.cfm](http://unesco.usmission.gov/GC_09082006_Statement_10202005.cfm)> y Draft Resolution submitted by the United States of America to Item 8.3 – Preliminary Draft Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions and Report by the Director-General Thereon (As Delivered). [En línea] <[http://unesco.usmission.gov/GC\\_09082006\\_Item83EX\\_10172005.cfm](http://unesco.usmission.gov/GC_09082006_Item83EX_10172005.cfm)>
- 5 La Declaración universal sobre la diversidad cultural incluía unas orientaciones sobre un plan de acción para la aplicación de la propia Declaración, entre las que se contemplaba la evaluación de la conveniencia de elaborar un instrumento jurídico internacional sobre la diversidad cultural. Dicha reflexión se incluye en el documento de la UNESCO *Preliminary Study on the Technical and Legal Aspects Relating to the Desirability of a Standard-Setting Instrument on Cultural Diversity*, Doc. 166EX/28, [En línea]. París: 12 de marzo de 2003. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129718e.pdf>>
- 6 En este apartado encontramos principios como el principio de solidaridad y cooperación internacionales (artículo 2.4), el principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo (artículo 2.5), el principio de acceso equitativo (artículo 2.7) y el principio de apertura y equilibrio (artículo 2.8). Según algunos autores, la Convención ha conseguido equilibrar estas dos vertientes. Véase BROUDE, T. “Comment: Cultural Diversity and the WTO: A Diverse Relationship”. En: *ASIL Insight*, [En línea], 21 de noviembre de 2005. <[http://www.asil.org/insights/2005/11/insightcomment051121\\_000.html](http://www.asil.org/insights/2005/11/insightcomment051121_000.html)>

relación con la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales”.<sup>7</sup> Los derechos y obligaciones de las partes se incluyen en la parte IV de la Convención (artículos 5 a 19). La disposición clave de la Convención es el artículo 5, que reconoce el “derecho soberano a formular y aplicar [...] políticas culturales y a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales [...]”.<sup>8</sup>

Las disposiciones que se ocupan de las relaciones de la Convención con otros instrumentos legales se encuentran al final del articulado, en los artículos 20 y 21. Este punto centró la atención durante las negociaciones, ya que era uno de los más delicados. La redacción final del artículo 20 es una prueba, porque compone un difícil equilibrio de relaciones sobre la base de conceptos como el apoyo mutuo, la complementariedad y la no subordinación.

La naturaleza de las obligaciones ha sido ampliamente debatida. La mayoría de expertos consideran que, en el sentido estricto del término, no se trata de obligaciones, sino de compromisos o buenas intenciones que pueden resultar difíciles de poner en práctica.<sup>9</sup> La propia redacción de los artículos que componen el capítulo dedicado a los derechos y obligaciones lo demuestra, ya que utiliza expresiones como “las partes pueden tomar medidas”, “las partes deben tratar de crear”, “las partes deben procurar”, “las partes tratan de fortalecer”, “las partes deben esforzarse”, “las

partes deben favorecer”, etc.<sup>10</sup>

El principal punto débil de la Convención radica en la falta de ejecutabilidad. Es decir, a pesar de ser un texto jurídicamente vinculante, sus obligaciones son difícilmente ejecutables.<sup>11</sup> Se añade a ese hecho la falta de un mecanismo de resolución de diferencias. El único mecanismo previsto es un procedimiento de conciliación que no sólo no es vinculante, sino que es opcional.<sup>12</sup>

## Los servicios audiovisuales y el Acuerdo general de comercio de servicios de la Organización Mundial del Comercio

Paralelamente a las negociaciones de la Convención UNESCO, también se llevaban a cabo negociaciones en la OMC dentro del marco de la ronda de negociaciones llamada ronda de Doha. A diferencia de la ronda de negociaciones anterior (la ronda Uruguay), el sector audiovisual ha pasado desapercibido en la actual ronda. No es una cuestión exclusiva del sector audiovisual, sino del sector de los servicios. Las negociaciones en la OMC se realizan en bloque, y sólo se alcanza un acuerdo cuando se ha llegado a acuerdos en todos los campos.<sup>13</sup> En la actual ronda, suspendida desde julio de 2006, existe un bloqueo negociador en los ámbitos de la agricultura y el acceso a los mercados de los

7 Dicha determinación tan vaga del ámbito de aplicación ha sido criticada. Véase HAHN, M. “A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law”. En: *Journal of International Economic Law*, vol. 9, núm. 3, septiembre de 2006. P. 24-25.

8 Versió no oficial de la Convenció sobre la protecció i la promoció de la diversitat de les expressions culturals, traducció elaborada per Estanislau Vidal-Folch i Glòria Bohigas per al Departament de Cultura i Mitjans de Comunicació de la Generalitat de Catalunya, 2a edició, abril de 2007.

9 BERNIER, I.; RUIZ-FABRI, H. “Synthèse résumée des analyses et commentaires sur l’avant projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques”. [En línea] <[http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif\\_synthese\\_ruiz\\_bernier\\_septembre2004.pdf](http://www.francophonie.org/diversiteculturelle/fichiers/aif_synthese_ruiz_bernier_septembre2004.pdf)>

10 Artículos 6, 7, 12, 13, 14 y 16 de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

11 Véase GERMANN, C. “Towards a Global Cultural Contract to counter trade related cultural discrimination”. En: OBULJEN, N.; SMIERS, J. (ed.) *UNESCO’s Convention on the Protection and the Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Making it Work*. Zagreb: Institute for International Relations, 2006 y HAHN M., V. nota 5 y GRABER, C. B. “The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counter-balance to the WTO?”. En: *Journal of International Economic Law*, vol. 9, núm. 3, septiembre de 2006. P. 553-574.

12 El artículo 25.4 prevé que los estados, en el momento de adherirse o ratificarla, puedan establecer que no se les aplique el procedimiento de conciliación previsto en el anexo. Por el momento, sólo Chile y Vietnam no han reconocido ese procedimiento.

productos industriales que ha paralizado las negociaciones en el resto de sectores, incluido el sector de los servicios.

El nivel de compromiso en el sector audiovisual fue muy bajo en la ronda Uruguay,<sup>14</sup> una tendencia que se ha invertido en el caso de las adhesiones posteriores. De los 23 estados que se adhirieron a la OMC tras la ronda Uruguay, 11 establecieron compromisos en el sector audiovisual y 17 de esos 23 inscribieron medidas en el anexo de exenciones al principio de nación más favorecida. Ese principio obliga a tratar a todos los extranjeros del mismo modo, lo que evita la discriminación entre extranjeros. Ese principio es muy importante en el sector audiovisual, ya que, según este principio, no tienen cabida, por ejemplo, los acuerdos de coproducción. El anexo de exenciones al principio de nación más favorecida ha permitido que los acuerdos de coproducción sean considerados legítimos en el marco de la OMC, siempre que los estados hayan hecho las correspondientes exenciones.

En la actual ronda, el mandato negociador dado por el Consejo de la Unión Europea a la Comisión Europea ha seguido excluyendo el sector audiovisual de las materias sobre las que puede negociar<sup>15</sup> la Comisión. Canadá ha mantenido una posición parecida. Al otro lado encontramos al Grupo de los Amigos del Audiovisual. Ese grupo está formado por países que quieren avanzar en el proceso liberalizador en el sector audiovisual.<sup>16</sup> Hay grupos en distintos sectores, entre los que se encuentra el sector audiovisual. Algunas de las demandas son: más liberalización de los servicios de producción y distribución de películas y vídeos,

así como dentro del sector de la promoción y los servicios de publicidad y los servicios de proyección cinematográficos, la eliminación de cuotas y restricciones a la inversión extranjera, la eliminación de las conductas discriminatorias con respecto al tratamiento fiscal y el otorgamiento de licencias.

Vale la pena comentar la estrategia que adoptaron Estados Unidos en las ofertas iniciales, en las que se reclasificaban unos subsectores audiovisuales determinados, como por ejemplo la producción y la emisión de programas de radio y televisión dentro del apartado de servicios de telecomunicaciones. También es destacable la introducción de la palabra “entretenimiento” vinculada al sector audiovisual. En ese sentido, los servicios de proyección se habían trasladado al apartado “otros servicios recreativos”. Esas maniobras responden a la voluntad de Estados Unidos de obtener un grado superior de liberalización, trasladando los subsectores audiovisuales a otras categorías más liberalizadas como las telecomunicaciones o los servicios culturales y recreativos.

Otro factor que hay que tener en cuenta en relación con el sector audiovisual y la OMC es el grado de liberalización obtenido en el sector a través de otras vías, más concretamente los acuerdos bilaterales y regionales de comercio. Visto el estancamiento que vive el ámbito multilateral, las iniciativas bilaterales han resultado ser la salida para todos quienes querían ver avanzar la liberalización en determinados sectores donde las evoluciones eran escasas en la OMC, como por ejemplo el audiovisual.<sup>17</sup>

13 Es lo que se llama *compromiso único* o, en terminología inglesa, el *single undertaking*.

14 Sólo 18 estados suscribieron compromisos. En cambio, con relación a las exenciones al principio de nación más favorecida, que son las que permiten que los acuerdos de coproducción cinematográfica o televisiva tengan cabida en el sistema multilateral de comercio, las consignaron muchos estados (35 estados). Eso da una idea del alto nivel de protección que los estados otorgaron al sector audiovisual.

15 LAMY, P. *L'Europe en première ligne*. París: Seuil, 2002. P.135

16 El Grupo de los Amigos del Audiovisual está integrado por Estados Unidos, el Taipei chino, Hong-Kong, China, Taiwán, Japón, México y Singapur.

17 El caso de Estados Unidos ejemplifica perfectamente el recurso a la vía bilateral para conseguir la liberalización, que no puede alcanzarse por vía multilateral. Véase BERNIER, I. “The recent free trade agreements of the United States as illustration of their new strategy regarding the audiovisual sector”, 2004. [En línea] <[http://www.mcc.gouv.qc.ca/diversite-culturelle/eng/pdf/conf\\_seoul\\_ang\\_2004.pdf](http://www.mcc.gouv.qc.ca/diversite-culturelle/eng/pdf/conf_seoul_ang_2004.pdf)>

## Relación entre la Convención UNESCO y el GATS: ¿conflicto o complementariedad?

Durante todo el proceso de negociación de la Convención UNESCO se ha hablado mucho de cuál sería su efecto sobre el derecho de la OMC. Hay opiniones que provienen, principalmente, del sector cultural que han querido otorgarle un papel que no podía asumir: el de herramienta modificadora del derecho de la OMC. Olvidan que esa Convención no se aplica en el vacío, sino en un contexto previo en el que los estados han asumido otras obligaciones a escala internacional. Es en ese escenario caracterizado por el entramado de obligaciones internacionales que debe determinarse si la Convención UNESCO y los acuerdos OMC y, más concretamente, el GATS, conviven en conflicto o complementariamente.

Para determinar si las relaciones entre la Convención UNESCO y el GATS son conflictivas, lo primero a llevar a cabo es definir el término “conflicto” en el marco del derecho internacional. La doctrina se ha ocupado profusamente del tema, y ha mostrado distintas opiniones sobre qué debería entenderse por “conflicto de normas”. En un artículo de esas características no podemos extendernos en ese punto, pero sí debemos mencionar, aunque brevemente, las opciones propuestas por la doctrina. En el sentido estricto del término, se entiende que existe “conflicto” cuando las obligaciones que emanan de una norma impiden el cumplimiento de las obligaciones emanadas de otra norma de la que el estado también es parte. Se trataría, pues, de la imposibilidad de cumplir con ambas obligaciones simultáneamente. En un sentido más amplio, el conflicto se daría cuando las obligaciones que emanan de una norma impiden el ejercicio de un derecho que emana de otra norma de la que el estado también es parte. En el presente artículo, la opción escogida ha

sido la del conflicto en sentido amplio, es decir, que dos normas tienen una relación de conflicto cuando una constituye, ha causado o podría causar una violación de la otra.<sup>18</sup>

En el caso que nos ocupa, nos encontramos, por una parte, con un texto que incluye derechos y obligaciones, como el GATS y, por otra, una Convención UNESCO compuesta, básicamente, de derechos. Precisamente lo que permanece en el corazón de la Convención UNESCO es el derecho soberano de los estados a formular y aplicar sus políticas culturales y a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales. En consecuencia, deberíamos descartar el conflicto en un sentido estricto, dado que no hay dos obligaciones (una en el GATS y otra en la Convención UNESCO) cuyo cumplimiento simultáneo sea incompatible. Con respecto a “conflicto” en el sentido amplio del término, deberíamos precisar que no debe darse necesariamente. La definición de esa tipología de conflicto tiene en cuenta esos casos en los que el ejercicio del derecho previsto por una norma conlleva, necesariamente, la violación de la obligación prevista en la otra norma. La única posibilidad de evitar el conflicto sería, pues, desistir del ejercicio del derecho.<sup>19</sup> Pero en el caso de la Convención UNESCO y el GATS, el ejercicio de los derechos previstos en la Convención no lleva indefectiblemente a la violación de las obligaciones previstas en el GATS. La existencia o no de conflicto dependerá del ejercicio del derecho que se realice (es decir, de la medida de política cultural que quiera adoptarse) y de la situación del estado en particular en el GATS.<sup>20</sup>

Una vez examinado el aspecto “conflictivo” de la relación, no podemos dejar a un lado la vertiente de “complementariedad”. ¿Esa relación potencial de conflictividad anula la posible complementariedad entre ambos textos? En absoluto. En primer lugar, porque el artículo 20 de la Convención

**18** PAUWELYN, J. *Conflict of laws in public international law: How WTO law relates to other rules of international law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P.175.

**19** El desistimiento del ejercicio del derecho (con la consiguiente no violación de la obligación prevista en la otra norma) es visto por los partidarios de la definición estricta de conflicto con un no conflicto.

**20** Recordamos que el GATS es un acuerdo flexible que cuenta con unas reglas básicas de aplicación general y unas listas de compromisos en las que los estados determinan para qué sectores y con qué profundidad se aplican los principios de acceso a los mercados y de trato nacional, y un anexo donde pueden inscribirse medidas no compatibles con el principio de nación más favorecida. Por lo tanto, cada estado tiene una situación particular según sus anotaciones en las listas y correspondientes anexos.

UNESCO reconoce la complementariedad como uno de los conceptos que debe regir la relación con los otros instrumentos (junto con el apoyo mutuo y la no subordinación). Nadie pone en duda que los servicios audiovisuales tienen un doble componente, cultural y comercial. Por lo tanto, la regulación aplicable debe tener en cuenta este doble componente y debe provenir de ambas esferas en las que se sitúan los servicios audiovisuales: la esfera comercial y cultural. El mayor o menor éxito a la hora de articular la complementariedad no elimina la necesidad de coordinación entre ambas fuentes normativas. Precisamente ese aspecto no forma parte de los éxitos de la Convención. Aunque se produjeron consultas entre la UNESCO y la OMC, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y hubo intercambio de ideas, en realidad esos contactos se redujeron a meras formalidades, en las que no hubo un intercambio verdadero, sino una defensa de los ámbitos competenciales de cada una de las organizaciones, especialmente en el caso de la OMC. Podría decirse que en lugar de “compartir” se dedicaron más bien a “competir”. Esa “lucha” no se limitó sólo a las organizaciones, sino que se reprodujo en el sí de los propios estados, entre los departamentos encargados de cultura y comercio, respectivamente.

Así pues, lo que hemos explicado hasta ahora nos permite afirmar que los conflictos entre la Convención UNESCO y el GATS no son inevitables.

En primer lugar, porque los derechos previstos en la Convención UNESCO pueden ser ejercidos de forma que no se violen las obligaciones incluidas en los acuerdos de la OMC. Obviamente, eso no siempre va a ser así (todo dependerá de la medida de política cultural que quiera aplicarse y de los compromisos con la OMC del estado en cuestión), pero, en principio, no hay un conflicto inherente entre ambos instrumentos internacionales jurídicamente

hablando.<sup>21</sup>

En segundo lugar, hay muchos países que no han listado compromisos en el sector audiovisual en el marco del GATS y, por lo tanto, no están vinculados por las obligaciones de acceso al mercado y trato nacional. Si añadimos las exenciones al principio de nación más favorecida obtenemos una situación muy favorable para que esos estados desarrollen sus políticas culturales con un importante margen de libertad respecto a sus obligaciones a nivel comercial. Debemos recordar, sin embargo, que el acuerdo GATS, en la parte IV, establece el principio de liberalización progresiva como principio rector de las negociaciones. Según ese principio, en cada ronda, las negociaciones deberán producir avances en la liberalización, y los servicios audiovisuales no serían una excepción de ello.<sup>22</sup>

En tercer lugar, cabe señalar que incluso los estados que han adoptado compromisos en el GATS en el sector audiovisual pueden mantener un importante margen de manobra. Todo dependerá de la profundidad y el alcance de los compromisos. El sistema del GATS permite un nivel muy variado de compromiso una vez el sector se ha añadido al listado.

Por último, el hecho de que muchos estados ratifiquen la Convención UNESCO hace disminuir la probabilidad de conflicto generado por la adopción de una medida restrictiva del comercio aceptada sobre la base de la Convención. Es decir, un estado que ha ratificado la Convención UNESCO no atacará una medida cultural adoptada por otro estado basándose en esa Convención, ya que justamente el hecho de que ambos hayan ratificado la Convención implica que están de acuerdo con sus principios y objetivos.

¿Cuál es, pues, el papel que juega la Convención UNESCO sobre el derecho de la OMC? Con el fin de determinarlo debemos tener en cuenta las disposiciones que se ocupan de las relaciones entre tratados, que han adquirido un rol central a medida que el derecho internacional se ha

**21** Probablemente nos encontramos ante un caso de conflicto de sistemas regidos por objetivos y valores distintos, pero no ante un conflicto de normas propiamente.

**22** Las Recomendaciones del Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria incluidas en la Decisión adoptada por el Consejo General de la OMC el 1 de agosto de 2004, conocida como “the July Package”, mencionamos la voluntad de conseguir progresivamente niveles más elevados de liberalización sin excluir a priori ningún sector de servicios ni ningún tipo de suministro. Anexo C párrafo d). [En línea]. Ginebra: Organización Mundial del Comercio.  
<[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/draft\\_text\\_gc\\_dg\\_31july04\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm)>

ido fragmentando. A pesar de la competencia especializada de las organizaciones internacionales, sus ámbitos de actuación no permanecen nunca completamente aislados del resto. Ello explica que en un mundo tan globalizado como el actual haya unas políticas determinadas que estén dentro de la esfera de actuación de más de una organización. El comercio de productos audiovisuales es un ejemplo claro, ya que se encuentra en la intersección de las competencias de la OMC y la UNESCO.

Los tratados internacionales acostumbran a incluir disposiciones que se ocupan de los posibles solapamientos existentes con otros instrumentos jurídicos. Si ese no fuese el caso, se aplicaría el derecho internacional consuetudinario en forma de artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados (CVDT), que trata de la aplicación sucesiva de tratados sobre la misma materia. Este artículo se aplica aunque la materia de los tratados no sea idéntica. Basta con que los tratados se ocupen del mismo tema parcialmente (como es el caso de la OMC y la UNESCO).

En el artículo 30 de la CVDT se prevén dos situaciones:

- Relaciones entre estados que son parte de ambos tratados (por ejemplo, las relaciones entre Canadá e India, que son parte de la Convención UNESCO y el GATS): en ese caso, el anterior tratado se aplica en la medida en la que las disposiciones son compatibles con las del posterior tratado.<sup>23</sup> Es lo que se llama la regla *lex posterioris* (la ley posterior prevalece sobre la ley anterior en las áreas en las que hay incompatibilidad).

- Relaciones entre estados que sólo son parte de un tratado y estados que son parte de ambos tratados (por ejemplo, las relaciones entre Estados Unidos e India). En ese caso, el principio *lex posterior* no se aplica, sino que rige el tratado del que ambos son parte (en ese caso, el GATS).<sup>24</sup>

En el caso de las relaciones UNESCO-OMC, esos principios de derecho consuetudinario internacional no solucionarían las posibles contradicciones entre ambos tratados, vista la distinta naturaleza (los acuerdos OMC tienen una naturaleza comercial y la Convención UNESCO tiene una naturaleza cultural) y el distinto ámbito de aplicación (los acuerdos OMC se ocupan del comercio multilateral y la Convención UNESCO de la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales). Por lo tanto, deberían utilizarse otros principios de derecho general, como por ejemplo la regla *lex specialis*, que establece priorizar la disposición más específica. ¿Qué problema presenta el principio *lex specialis*? Pues que la mayor o menor especificidad de una norma depende del caso en concreto que se trate. Por lo tanto, ninguna norma puede ser caracterizada *ex ante* como general o especial en abstracto, sin tener en cuenta la situación en la que debería aplicarse.<sup>25</sup>

Antes de entrar a examinar propiamente cómo se regularán las relaciones entre la Convención UNESCO y el GATS vale la pena establecer la diferencia entre los estados que han asumido compromisos en el sector audiovisual al GATS y los estados que no lo han hecho, ya que la

**23** Convención de Viena sobre derechos de los tratados, documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331, 23 de mayo de 1969, Viena, artículo 30.3.

**24** *Ibid.*, artículo 30.4.

**25** INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of International Law. Topic (a): The function and scope of the lex specialis rule and the question of 'self-contained regimes': An outline*, [En línea] <[http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation\\_outline.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf)>

**26** Según el principio de acceso al mercado, no pueden fijarse las limitaciones establecidas en el artículo XVI del GATS salvo si el estado lo indica en las listas. Las limitaciones previstas son: limitaciones en el número de proveedores de servicios (por ejemplo, limitar el número de proveedores de servicios de distribución cinematográfica en tres empresas extranjeras), limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios (por ejemplo, establecer un valor de operaciones por encima del que las empresas extranjeras no podrían seguir operando), limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, limitaciones al número total de personas físicas que pueden trabajar en un sector determinado, medidas que limiten el tipo de persona jurídica (por ejemplo, exigir que las productoras de televisión sean sociedades de responsabilidad limitada) y limitaciones a la participación de capital extranjero (por ejemplo, establecer que las empresas que presten servicios de proyección cinematográfica no pueden tener capital extranjero superior al 30%).

situación varía considerablemente.

Por una parte, los estados que no han asumido compromisos en el sector audiovisual mantienen el margen de maniobra, ya que no están sujetos ni al principio de acceso al mercado<sup>26</sup> ni al principio de trato nacional.<sup>27</sup> Si, además, han establecido exenciones al principio de nación más favorecida, aumenta el grado de autonomía a la hora de determinar las políticas culturales.<sup>28</sup>

La situación se complica en el caso de los estados que sí han adoptado compromisos en el sector audiovisual, ya que se encuentran con dificultades a la hora de ejercer los derechos previstos en la Convención UNESCO sin violar alguna de las obligaciones que asumieron en el marco de la OMC.

El artículo 20.1.b de la Convención, ésta debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar el derecho de la OMC. ¿Qué implica y qué alcance tiene esa “toma en consideración”? ¿Es verdaderamente relevante? Pueden plantearse cuatro posibilidades en este marco: considerar la Convención UNESCO como un criterio de derecho internacional (artículo 31.3.c CVDT) como un criterio interpretativo (artículo 31.3.c CVDT) o como un hecho que ayude a determinar la naturaleza de una medida o como una defensa legal autónoma.

*a. La Convención como criterio de derecho internacional*

Según lo establecido en el artículo 31.1 CVDT establece que un tratado puede ser interpretado de buena fe según el significado ordinario de los conceptos del tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y propósito. Según esa disposición, la Convención UNESCO podría utilizarse con el fin de interpretar los términos vinculados a la diversidad cultural incluidos en los acuerdos OMC (en el contexto de una controversia). En ese caso, la Convención UNESCO tendría un uso similar al de un diccionario.

*b. La Convención como criterio interpretativo*

Según el artículo 31.3.c CVDT, un tratado debe interpretarse teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Eso implica que la Convención UNESCO debería tenerse en cuenta a la hora de interpretar el derecho de la OMC en los casos en los que los estados implicados fuesen parte de ambos tratados. Según algunos autores, no es necesario que la norma OMC haya sido ratificada por todos los miembros de la OMC, sino que al menos haya sido implícitamente tolerada o aceptada por todos y que exprese las intenciones o la significación común dada por todos los miembros. En el caso de la Convención UNESCO, el hecho de que los Estados Unidos se haya manifestado decididamente desde un principio en contra de la Convención imposibilita que se considere un referente común aceptado por todos los estados miembros de la OMC.<sup>29</sup>

Si esa opción se descarta, todavía resultaría más difícil utilizar la interpretación más común entre los autores y la apoyada por el Órgano de Apelación de la OMC, que exigiría que todos los miembros de la OMC hubiesen ratificado la Convención UNESCO con el fin de poder utilizarla como criterio interpretativo.

*c. La Convención UNESCO como hecho que ayude a determinar la naturaleza de una medida*

La Convención UNESCO podría ser tomada como un hecho que ayudaría a fijar la naturaleza de una medida examinada por parte de los órganos resolutorios de la OMC.<sup>30</sup> Por ejemplo, si existiese una controversia en la que una medida de política cultural de un estado miembro de la OMC fuese considerada una violación de los acuerdos de la OMC, el demandado podría utilizar la

<sup>27</sup> El principio de trato nacional obliga a tratar igual a los servicios y proveedores de servicios nacionales que los extranjeros.

<sup>28</sup> Cabe recordar de nuevo el principio de liberalización progresiva que guía las negociaciones, que ya se ha mencionado anteriormente.

<sup>29</sup> V. *supra* nota 4.

<sup>30</sup> Comentarios de Gabrielle Marceau al ICTSD/RUIG-GIAN Meeting “The Mexico Soft Drinks Dispute: Implications for regionalism and for trade and sustainable development”, [En línea]. Ginebra: Organización Mundial de la Meteorología, 30 de mayo de 2006. <[http://www.ictsd.org/dlogue/2006-05-30/dialogue\\_materials/Gabrielle\\_Marceau\\_speaker\\_notes.pdf](http://www.ictsd.org/dlogue/2006-05-30/dialogue_materials/Gabrielle_Marceau_speaker_notes.pdf)>



Convención UNESCO para demostrar que la medida en cuestión tiene carácter cultural.

d. *La Convención como una defensa legal autónoma*

Esa última posibilidad es la más controvertida y actualmente no es aceptada por los órganos resolutorios de la OMC. Según los autores partidarios de esa posibilidad, la Convención UNESCO podría ser utilizada como una defensa legal autónoma en las relaciones entre los estados que forman parte de ello. De ese modo, la Convención serviría para justificar la adopción de medidas que violaran las obligaciones de la OMC.

Una vez examinadas las posibilidades para que se tenga en cuenta la Convención UNESCO a la hora de interpretar los acuerdos OMC, hay que ver cuáles son las disposiciones OMC que podrían interpretarse utilizando la Convención UNESCO. Y en ese punto nos encontramos con uno de los principales obstáculos: en principio, no hay ningún término dentro de los acuerdos OMC que pueda hacer de vínculo entre la resolución de controversias en la OMC y la Convención UNESCO. A diferencia del medio ambiente y la salud, la cultura no tiene una excepción general dentro del articulado del GATS. Esa excepción sería la que daría pie a la entrada de la Convención. Es difícil encontrar en los acuerdos OMC otros términos que puedan servir como entrada a la Convención. La expresión “respeto por los objetivos de política nacional” podría dar cabida a la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, que puede ser considerada un objetivo de política nacional, tal y como ya se ha hecho en otros textos como la Declaración universal de la UNESCO sobre diversidad cultural y la Declaración sobre diversidad cultural del Consejo de Europa. Otro concepto es el de “desarrollo sostenible”, que según el propio Órgano de Apelación de la OMC ha dicho

es un concepto sujeto a una interpretación evolutiva y debe ser entendido en función de las preocupaciones contemporáneas de la comunidad de naciones.<sup>31</sup> Si consideramos la gran mayoría de estados que han adoptado y ratificado la Convención UNESCO, podríamos interpretar que la diversidad cultural se ha convertido en una de las “preocupaciones contemporáneas de la comunidad de naciones”. Algunas declaraciones y tratados internacionales ya han considerado la diversidad cultural como un elemento esencial del desarrollo sostenible.<sup>32</sup>

El artículo 20.1.b de la Convención UNESCO estipula que debe ser tomada en consideración en las futuras negociaciones en la OMC. ¿Qué efectos puede tener la Convención en esas negociaciones?

Con respecto a la ronda de Doha, un efecto que ya ha desplegado la Convención es el de detener las negociaciones en el sector audiovisual. Como ya hemos dicho, el ritmo ya era lento, pero las negociaciones de la Convención UNESCO han actuado como freno, a la espera del texto final de la Convención.

Además de actuar como freno al proceso liberalizador, la Convención puede actuar como incentivo para redirigir las negociaciones en disciplinas horizontales, principalmente en relación con los subsidios, hacia consideraciones de carácter más cultural.

Actualmente es difícil determinar si la Convención UNESCO tendrá la fuerza para producir cambios en el articulado de los acuerdos OMC con el fin de que las consideraciones culturales sean introducidas en el marco de las negociaciones comerciales multilaterales. A día de hoy, esos cambios parecen improbables, pero no deben descartarse. Una opción podría ser que los estados introdujeran referencias a la Convención en sus listas de compromisos con el fin de incorporar el texto por referencia. Otra opción podría consistir en hacer enmiendas al texto de los acuer-

31 CC, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, informe del Órgano de Apelación, Documento WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párrafo 129, p. 48 y PAUWELYN, J., *The UNESCO Convention on Cultural Diversity and the WTO: Diversity in International Law-Making?*, [En línea] ASIL Insight, 15 de noviembre de 2005. <<http://www.asil.org/insights/2005/11/insights051115.html>>

32 UNESCO. Declaración universal sobre la diversidad cultural, artículo 11, y Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, artículo 6; CONSEJO DE EUROPA. Declaración sobre diversidad cultural; Plan de implementación de la cumbre mundial sobre desarrollo sostenible.

dos OMC, como por ejemplo la introducción de una excepción sobre diversidad cultural, o la introducción de unos requisitos determinados, como por ejemplo la presencia de expertos culturales a la hora de resolver las controversias relacionadas con temas culturales,<sup>33</sup> o bien introducir un anexo sectorial que se ocupe de las especificidades del sector. También podrían introducirse consideraciones culturales en el preámbulo del Acuerdo que establece la OMC, tal como se hizo con la mención al desarrollo sostenible. De momento, sin embargo, esas opciones no parecen probables a corto y medio plazo.<sup>34</sup>

## Conclusiones

Conflicto potencial y complementariedad natural. Ese es el diagnóstico con respecto a las relaciones entre la Convención UNESCO y el GATS. Jurídicamente, el conflicto entre ambos instrumentos jurídicos no es inevitable, aunque potencialmente puede darse según cómo se ejerzan los derechos previstos en la Convención y según cuáles sean las obligaciones asumidas por los estados a escala individual en el marco del GATS. Textos, por otra parte, complementarios, ya que representan dos caras de la misma moneda. La tarea pendiente es cómo llevar a la práctica esa complementariedad a través de los adecuados canales de cooperación y coordinación, sin que esas vías sean vistas por las organizaciones como agujeros por donde podrían perder parte de sus competencias. En el caso de la UNESCO y la OMC, nos encontramos con organizaciones con un funcionamiento y competencias claramente definidas que no deberían ver peligrar los ámbitos de competencia por el hecho de tomar en consideración elementos externos del marco de actuación. Hasta que eso no se lleve

a cabo, el tratamiento de los servicios audiovisuales será parcial y, por lo tanto, no responderá a los desafíos que la realidad plantea en ese ámbito.

A pesar de las numerosas “zonas grises” de la Convención UNESCO, su entrada en vigor es un hecho muy positivo, ya que ha conseguido centralizar la atención sobre los problemas existentes entre el comercio y la cultura, y promover la protección y promoción de la diversidad cultural. La Convención UNESCO ha puesto los aspectos culturales en el centro de los debates en foros no culturales, sobre todo en el caso de los países en desarrollo. El hecho de que la Convención fuese adoptada por el voto favorable de 148 estados, con sólo dos votos en contra y cuatro abstenciones<sup>35</sup> y, además, haya entrado en vigor en un tiempo récord y lleve un ritmo de ratificaciones muy superior a la media en la UNESCO da una idea de la importancia que los estados han otorgado a la cuestión de la diversidad cultural.<sup>36</sup>

La mayor o menor relevancia de la Convención UNESCO estará marcada por la puesta en marcha y por el número de ratificaciones que pueda alcanzar en los próximos años. Ese último aspecto será clave para que la Convención gane peso en el marco jurídico internacional como texto que representa una preocupación común entre los miembros de la comunidad internacional.

De momento, sin embargo, habrá que conformarse con ver cómo va desplegándose la Convención sobre el terreno práctico y cómo se aplica en los distintos niveles de gobierno (nacional, regional y local) y en las relaciones entre los estados con el fin de evaluar su fuerza real.

**33** Se ha llevado a cabo en el ámbito de los servicios financieros.

**34** La razón es la mayoría de dos tercios exigida para realizar esas enmiendas. Artículo X del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. [En línea] <[http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/04-wto\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm)>

**35** Los votos en contra van a ser el de Estados Unidos e Israel, y van a abstenerse Australia, Liberia, Honduras y Nicaragua.

**36** Hasta ahora, han ratificado la Convención UNESCO 83 estados (la mayoría países en desarrollo) y una organización de integración económica regional (la Comunidad Europea).