

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
Y FILOSOFÍA JURÍDICA**

**INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
ORTEGA Y GASSET - DOCTORADO EN DERECHO
INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES**

“Derecho internacional y Biotecnología”

**Doctorando: Luciano Martín DONADIO LINARES
Director: Carlos Darío ESPÓSITO MASSICCI**

Madrid - Marzo de 2011

Tesis doctoral presentada por Luciano Martín DONADIO LINARES, para la obtención del grado de Doctor, realizada bajo la dirección del Prof. Dr. Carlos Darío ESPOSITO MASSICCI, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid, relativa al tema “Derecho Internacional y Biotecnología” en el marco del Programa de Doctorado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.

A mi familia y mis amigos...

INDICE	7
INTRODUCCIÓN GENERAL	12
PARTE I: LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA BIOTECNOLOGÍA	41
INTRODUCCIÓN	41
Capítulo 1: El derecho internacional de la biotecnología: Una regulación multifasética.	43
A. Los regímenes regulatorios de la biotecnología en el Derecho internacional económico	43
A.1. La biotecnología en el derecho de la Organización Mundial del Comercio	43
A.1.1.- La regulación de la biotecnología en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT)	43
a- La definición de “reglamento técnico”	45
b- La definición de los “objetivo legítimo”	46
c- La necesidad de “estandarización”	47
d- La posibilidad de apartarse de los estándares internacionales	49
e- La obligación de “cooperación internacional”	50
A1.2- La regulación de la biotecnología en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS)	51
a- La estadarización de las cuestiones sanitarias	51
b- Los fundamentos científicos como base de las medidas sanitarias	52
c- El proceso de toma de decisión para la adopción de medidas sanitarias	54
1- La definición de “medida sanitaria”	54
2- Evaluación de Riesgo	55
3- La definición del nivel adecuado de protección	58
4- La elección de la medida sanitaria para la gestión de riesgos	59
5- Características de la medida sanitaria para la gestión de riesgos	62
A.1.3.- La regulación de la biotecnología en el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT)	63
a- El Preámbulo del artículo XX del GATT	66

b- El apartado b del artículo XX del GATT	68
c- El apartado d del artículo XX del GATT	70
d- El apartado g del artículo XX del GATT	71
A1.4.- La regulación de la biotecnología en el Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (TRIPS)	74
A.2. La biotecnología en el Derecho internacional del Medio Ambiente	78
A2.1- La regulación de la biotecnología en la Convención de Diversidad Biológica (CDB)	78
A2.2- La regulación de la biotecnología en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología	83
A.2.3 La regulación de la biotecnología en el Tratado de Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación	94
A.3- La regulación de la biotecnología en el Derecho internacional de los Derechos Humanos	98
A.3.1- La regulación de la biotecnología en Derechos de los Pueblos Originarios	98
a- La Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo	98
b- La Convención de Diversidad Biológica, el Protocolo de Cartagena y el Tratado de Recursos Fitogenéticos	101
c- La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)	102
d- Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas	104
A.3.2- La regulación de la biotecnología en Derecho a la Alimentación	106
A.4- La regulación de la biotecnología en la Comisión del Codex Alimentarius	110
A.5- La regulación de la Biotecnología en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)	112
Capítulo 2: Las tres fases de descordinación de la regulación internacional de la biotecnología	116
Introducción	116

A- Primera fase: La lucha por el control de los Recursos Genéticos	117
A.1 Introducción	117
A.2 Los objetos de debate con relación a la propiedad intelectual	118
A.2.1 Los Recursos Genéticos	118
A.2.2- El conocimiento tradicional de los pueblos originarios	120
A.3 Consideraciones Transversales	127
B- Segunda fase: la lucha por la atribución de poderes de decisión	128
B.1- Introducción	128
B.2 Los procesos de toma de decisión en materia de Biotecnología en el Derecho internacional	129
B.2.1- El proceso de toma de decisión en el Derecho internacional del Medio Ambiente	129
B.2.2- El proceso de toma de decisión en el Codex Alimentarius	135
B.2.3- El proceso de toma de decisión en la Organización Mundial del Comercio	138
B.3- Consideraciones Transversales	144
B.3.1- El debate conceptual sobre la “precaución”	144
a- Incertidumbre	147
b- Amenaza de daño	149
B.3.2- Del “conflicto conceptual” a la “inconsistencia normativa”	151
a- nivel de protección	151
b- evaluación del riesgo	153
c- gestión del riesgo	154
d- revisión de las medidas	154
e- precaución	155
C- La tercera fase: La controversia sobre el etiquetado de productos biotecnológicos	158
C.1- Introducción	158
C.2- El etiquetado en materia de biotecnología en el Derecho internacional	163
C.2.1- El etiquetado en el Derecho internacional del Medio Ambiente	163

C.2.2- El etiquetado en el Codex Alimentarius	165
C.2.3- El etiquetado en la Organización Mundial del Comercio	172
C.2.3.1 Implicancias del Asunto “Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos” sobre el etiquetado de los productos biotecnológicos.	175
C.3- Consideraciones Transversales	177
CONCLUSION DE LA PRIMERA PARTE: LA CLÁUSULA DE “APOYO MUTUO”: DE LA “COHERENCIA DECLARATIVA” A LA “INCONSISTENCIA SUSTANCIAL”	178

----- O -----

PARTE II: LA FRAGMENTACION DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS TRANSVERSALES EN MATERIA DE BIOTECNOLOGIA	184
INTRODUCCIÓN	184
Capítulo 1. Dos concepciones sobre la interpretación jurídica de la regulación multifasética de la Biotecnología	187
A- Constitucionalismo Jurídico	187
Diversificación funcional: fenómeno de la globalización	199
B- Pluralismo Jurídico	201
Diversificación intencional: fenómeno de la construcción de poder	206
Los “régimenes internacionales” desde la teoría de las Relaciones Internacionales	210
El concepto de “Régimen Internacional” para la Teoría Neoliberal	212
a) “Neoliberalismo institucional”	212
b) “Situation-Structuralism”	215
c) “Problem-Structural”	215
d) “Institutional Bargaining”	216
El concepto de “Régimen Internacional” para la Teoría Realista	216

a) “Hegemonic-stability”	216
b) “Krasner's power-oriented research”	217
c) “Modern Realism”	217
El concepto de “Régimen Internacional” para la Teoría Constructivista	217
a) los “cognitivistas blandos”	218
b) los “cognitivistas duros”	219
Nuestra posición	220
Capítulo 2. Soluciones a los problemas emergentes de la fragmentación del Derecho internacional	225
1- Aplicación del Derecho Internacional en su conjunto: Interpretación sistémica de las normas	225
a- Las cláusulas de relación inter-regímenes	228
b- La aplicación armoniosa y coordinada: la interpretación sistemática de las normas	229
c- Interpretación sistémica y Organización Mundial del Comercio	237
2- Aplicación del Derecho internacional de modo particular	243
a- Aplicación particular del Derecho internacional y Organización Mundial del Comercio.	247
CONCLUSIÓN DE LA SEGUNDA PARTE	255
Recapitulación teórica	255
¿Quién debe resolver esta controversia transversal?	259
¿Cuáles son las instancias del proceso de toma de decisión por los cuales atraviesa quien resuelve la controversia transversal?	260
“La fase de discernimiento”	260
“La fase de motivación”	261
¿Cuáles son los instrumentos de los cuales dispone quien resuelve la controversia transversal?	262
“Interpretación sistémica”	262
“Interpretación evolutiva”	263
El Derecho extra-régimen como hecho notorio y la teoría del uso jurídico	274
CONCLUSIÓN GENERAL	276
BIBLIOGRAFÍA	282

Introducción General

Un día, en el hueco de una caña, me llevé mi botín, la chispa madre del fuego, robada por mí, y que se ha revelado entre los hombres como el maestro de todas las artes, un tesoro de inestimable valor. Esta ha sido mi culpa y por esto me veo castigado así, clavado en esta roca bajo la inclemencia del Cielo.

Esquilo, Prometeo encadenado (fragmento)

La regulación internacional de la Biotecnología

Quizás desde el tiempo en el cual Prometeo se atrevió a robar el fuego sagrado a los dioses helenos, no se presenció en el mundo un desafío más grande a las leyes de la naturaleza como el que representa la biotecnología. Las características intrínsecas y extrínsecas de este fenómeno despiertan en el escenario científico-político contemporáneo un debate transversal a la mayoría de las disciplinas biológicas y sociales, incluyendo al derecho, que continúa buscando un consenso mínimo en torno a la amplitud y profundidad de la regulación del fenómeno.

La biotecnología moderna ha brindado a la sociedad en los últimos años una serie de productos y servicios verdaderamente innovadores en diversas áreas, tales como la medicina, la farmacia y la industria alimenticia. La confianza en los productos farmacéuticos generalmente se encuentra en niveles elevados ya que se tratan, de acuerdo a las consideraciones sociales, de productos altamente “puros”, sometidos a un proceso de revisión estricto. Por el contrario, ocurre algo distinto con los productos biotecnológicos destinados a la alimentación, porque aun cuando han estado sometidos a procedimientos de control de similares características que los productos farmacológicos, socialmente es elevado el nivel de escepticismo acerca de su inocuidad, toda vez que si bien se tratan de productos novedosos, estos cuentan con sus respectivos paralelos tradicionales.

Frente a este fenómeno de la industria agro-alimentaria, los países han adoptado varias posturas regulatorias, algunos recogen dentro de su estructura normativa una diferenciación de trato entre organismos “sustancialmente equivalentes” a sus pares tradicionales y aquellos que, habiendo sido objeto de modificaciones de importancia, significan un producto diferente en sus características intrínsecas que motivaban un estudio previo y trato diferenciado; otros países, en cambio, estimando que los productos biotecnológicos implican necesariamente la existencia de un “nuevo producto” al cual no se le pueden aplicar las disposiciones generales, sino que requieren un trato especializado, minucioso y sobre los cuales se precisan mayores niveles de cautela.

Está claro que nuestro objeto de estudio despierta variadas reacciones y esto puede ser explicado desde su propia naturaleza compleja que entremezcla la vida y la tecnología. Desde la visión científico-biológica comprendemos que todas las características hereditarias son transmitidas de padres a hijos por medio de los genes. Estos son la secuencia de una sustancia llamada ADN (ácido desoxirribonucleico) contenida en los

cromosomas, en el interior del núcleo de las células. Cada especie posee informaciones diversas, constituyendo su propia identidad, pero el lenguaje con el cual está escrita es común a todos los seres vivos. Este hecho ha permitido que a lo largo de los siglos se hayan producido cruzamientos naturales dando origen a nuevas especies. Este primer fenómeno se denomina biotecnología tradicional.

Actualmente, paralelamente al fenómeno tradicional recientemente descrito, se ha desarrollado una categoría moderna conducida por la ingeniería humana. La función de la Ingeniería Genética es desarrollar técnicas por medio de las cuales corrige, agrega, o quita algunas características del genoma de un organismo, direccionando y catalizando artificialmente un proceso natural. Asimismo puede efectuar cruces que en el ambiente serían imposibles, por ejemplo la implantación de los genes de la resistencia a las bajas temperaturas de peces del Mar del Norte en plantas de clima cálido a fin de facilitar su cultivo en zonas frías. En consecuencia, la biotecnología moderna corrige, elimina o inserta un gen de otro género o especie, por medio de una técnica específica, a fin de dotar a un organismo de una nueva identidad genética que cumpla el objetivo estipulado.

En consecuencia, y partiendo de la explicación anterior es comprensible la razón por la cual las múltiples definiciones que abundan en la bibliografía específica hacen incapié en el rol industrial. El Diccionario de la Real Academia Española define la biotecnología como el “empleo de células vivas para la obtención y mejora de productos útiles, como los alimentos y los medicamentos”¹. Por su parte el Oxford English Dictionary lo define como “la explotación de los procesos biológicos para el sector industrial y otros fines, en especial la manipulación genética de microorganismos para la producción de antibióticos, hormonas (...).”² Por su parte, la OCDE³ definió el concepto en dos oportunidades. En un primer momento entendió por tal “la aplicación de principios científicos y de ingeniería al tratamiento de materias - agentes biológicos - a los efectos de producir bienes y servicios”⁴, para más tarde reformular el concepto definiéndolo como “la aplicación de la ciencia y la tecnología a organismos vivos, para alterar materiales vivos o no vivos para la producción de conocimientos, bienes y servicios”⁵.

Aun cuando podríamos considerar, como algunos autores proponen, el accionar normativo de la OCDE como *soft law*, en el campo clásico del Derecho internacional contamos con recientes definiciones provenientes de fuentes convencionales. Así, encontramos la primera de éstas en el Convenio de Diversidad Biológica de 1992⁶ cuyo artículo 2 define biotecnología como “toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”. En el marco de ésta Convención se firmó ocho años después el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología⁷ de 2000, en adelante Protocolo de Cartagena. El artículo 3 inc. i) del Protocolo establece una definición más precisa, estipulando que biotecnología corresponde a “la aplicación de: a) Técnicas *in vitro* de ácido nucléico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN)

¹ REAL ACADAMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23 ed. <http://www.rae.es/>

² DELLA THOMPSON (editor). *The concise Oxford Dictionary of current English*, 9 ed. Oxford, 1995. p. 129.

³ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), fundada por medio del Tratado de París en 1960.

⁴ OCDE, *Biotechnology: international trends and perspectives*, Paris, 1982. p. 1.

⁵ OCDE, *Policy Brief: Modern Biotechnology and the OCDE*, Paris, 2005.

⁶ Firmado en Río de Janeiro - Brasil, 5 de Junio de 1992.

⁷ Firmado en Montreal - Canadá, 29 de Enero de 2000.

recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos; ó b) La fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional”.

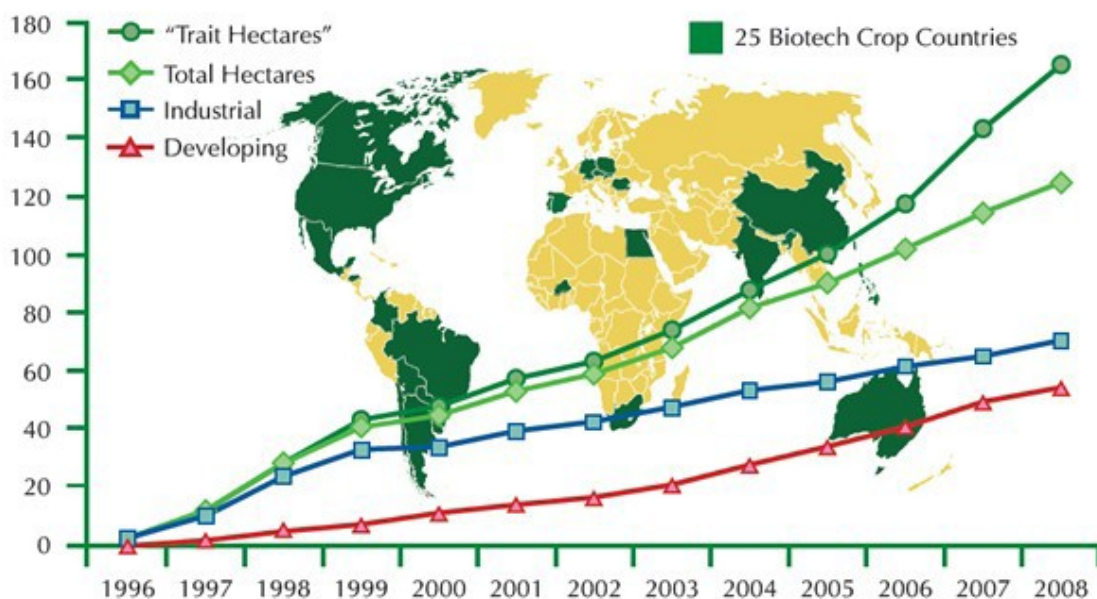
Estas técnicas enunciadas anteriormente pueden tener cinco aplicaciones biotecnológicas genéricas: 1) Exámenes genéticos destinados a la detección y prevención de enfermedades; 2) Producción de órganos en animales susceptibles de ser transplantados en seres humanos; 3) Alimentos modificados genéticamente; 4) Enzimas modificadas genéticamente y 5) Clonación de células humanas, no obstante, nuestro análisis se circunscribirá a la regulación internacional relativa a los organismos y productos alimenticios genéticamente modificados en sí mismos, o que contengan o contenidos o producidos a partir de organismos genéticamente modificados.

Dentro de este marco, es relevante preguntarnos qué importancia tiene estudiar la biotecnología en el contexto del Derecho Internacional. La respuesta requiere en primer lugar considerar a la biotecnología como madre de una serie de productos y servicios biotecnológicos que se relacionan entre otros temas, con la liberalización internacional del comercio, la protección de la propiedad intelectual, la autodeterminación económico-productiva de los pueblos originarios, la protección de la biodiversidad a partir de la adaptación de las especies al medio y la ética de la manipulación genética. Algunos de estos tópicos están comenzando a ser analizados, negociados y regulados por el Derecho internacional a fin de establecer un cauce jurídico apropiado para las relaciones entre sujetos internacionales y también para los actores internacionales.

No obstante, por encima de las divergencias normativas que describiremos, el fenómeno biológico-industrial puede ser considerado como un potencial factor revolucionario de las relaciones internacionales, pues implica -actualmente- e implicará -progresivamente- un factor de choque interestatal e interregional en cada uno de los aspectos a los cuales está vinculado.

Al efecto de resaltar la importancia de la temática como objeto de estudio, cabe ponderar la trascendencia económica de la biotecnología dirigida a la producción de agroalimentos, para lo cual el informe anual ISAAA “International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications” muestra la evolución de esta rama bioindustrial desde sus orígenes hasta la actualidad.

GLOBAL AREA OF BIOTECH CROPS Million Hectares (1996-2008)



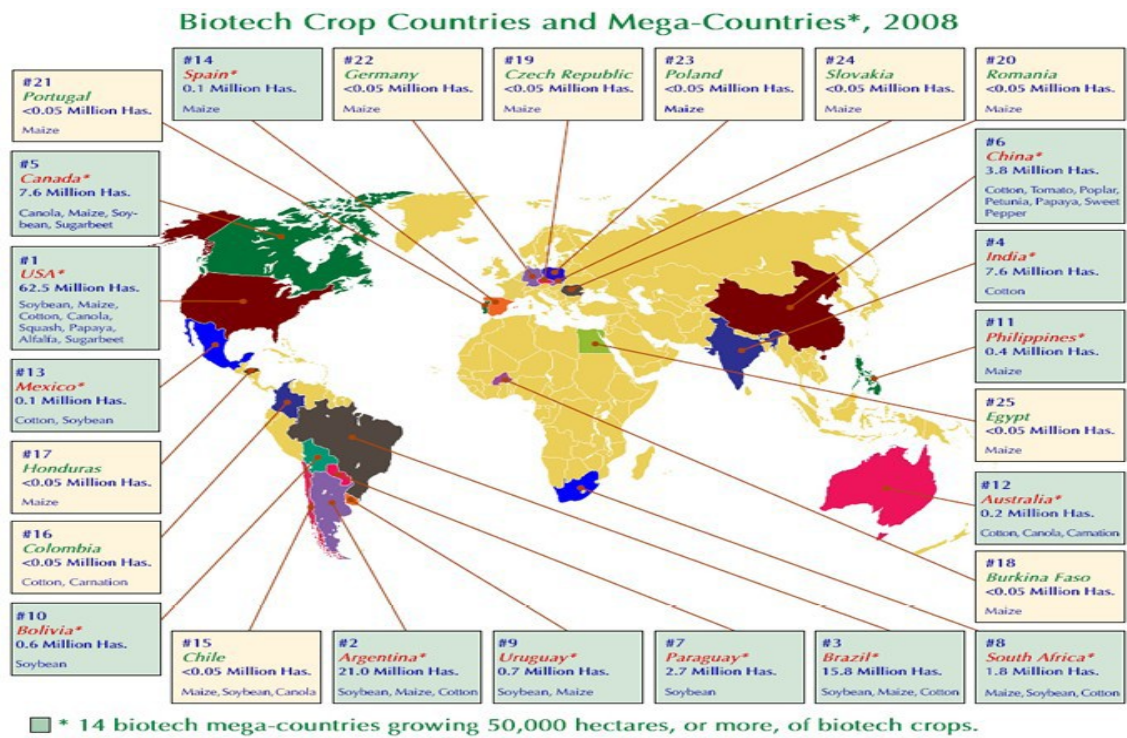
An "apparent" increase of 9.4% or 10.7 million hectares between 2007 and 2008, equivalent to a "real" increase of 15% or 22 million "trait hectares"

Source: Clive James, 2008.

Tal como CLIVE⁸ reseña, en 2009 y por décimo cuarto año consecutivo, el área global de cultivos transgénicos continuó creciendo a una tasa de crecimiento sostenida de 7%, o 9 millones de hectáreas, alcanzando las 134 millones de hectáreas (...) y actualmente representa el 9% de la cantidad de hectáreas destinadas al cultivo en el mundo (...) Asimismo, el número de países que sembraron cultivos transgénicos aumentó a 25, e incluyó a 16 países en desarrollo y 9 industrializados. Las hectáreas acumuladas desde 1996 hasta 2009 asciende a casi 1000 millones de hectáreas (949,9 millones), con un incremento sin precedentes de 80 veces entre 1996 y 2009. Estos datos colocan así a la biotecnología como la tecnología agrícola de adopción más rápida en los últimos años. Esta tasa de adopción tan alta por parte de los productores refleja, a criterio de CLIVE, el hecho de que los cultivos transgénicos han brindado importantes beneficios económicos, ambientales, sociales y para la salud, tanto para pequeños como grandes productores de países industriales y en vías de desarrollo.⁹

⁸ CLIVE, J., *Situación Global de los Cultivos Transgénicos/GM comercializados: 2009*, International Service for the Acquisition of agri-biotech applications, 14 ed., Cornell University, Ithaca, 2009.

⁹ *Ibid*, pp. 1 y ss.



Tal como expresamos en los primeros párrafos, el fenómeno de la biotecnología moderna es abordado por el derecho interno de cada una de las organizaciones estatales o regionales que conforman la comunidad internacional desde diferentes perspectivas y estas posiciones internas segmentadas y contradictorias, en algunos casos, pueden observarse de igual modo a escala internacional. Por lo tanto, encontraremos por un lado enfoques apegados a una “racionalidad científica”¹⁰, representado en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio y, por otra parte, aproximaciones que descansan en una “racionalidad social”¹¹, representado en los acuerdos relativos al medio ambiente o derechos humanos en los cuales se conjugan elementos de diversa índole, como por ejemplo de tipo socio-económico o precautorios.

La biotecnología es abordada por el Derecho internacional desde múltiples facetas, entre las que encontramos: la comercial, la ambiental, los derechos humanos y la seguridad alimentaria, aunque en cada uno de los regímenes creados se materializaron lógicas y racionalidades diferentes y, en alguna medida, contradictorias, que al momento de interactuar estimulan la emergencia de controversias complejas y transversales o “ramificadas”¹² a diferentes regímenes internacionales.

El Derecho internacional de la biotecnología: Una regulación multifasética

Concretamente, en el régimen de comercio internacional, identificado en la regulación de la Organización Mundial del Comercio, la biotecnología no recibe un tratamiento especial, sino que al ser considerada una mercancía más dentro de la totalidad de productos regulados, es alcanzada por las reglas generales de la Organización. Consecuentemente, dadas las características de los productos biotecnológicos, estos

¹⁰ GRANT, I. y KERR, W., “Genetically Modified Organisms at the World Trade Organization: A hardest of trouble” en *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nro 6, Año 2003, p. 1088.
¹¹ *Ibid.*
¹² FERNANDEZ PONS, X., *La OMC y El Derecho Internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 118

pueden verse alcanzados por las disposiciones del Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS), el Acuerdo de Barreras Técnicas al Comercio (TBT), el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT) y por último las reglas del Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (TRIPs).

Cada uno de estos acuerdos contempla un aspecto especial del comercio de mercancías, como son la justificación científica de las medidas restrictivas del comercio fundada en razones sanitarias, la razonabilidad y necesidad de regulaciones técnicas, la facilitación de la liberalización del comercio internacional y la codificación de sus excepciones, y la protección de los derechos de propiedad intelectual vinculados a las mercancías transables, no obstante, coinciden en un aspecto fundamental, la racionalidad que persiguen manifiesta la vinculación del derecho a la ciencia como herramienta de control de las decisiones internas de las partes contratantes con efectos sobre el comercio. La ciencia encarna el límite a la política. En la ciencia se encontró el consenso mínimo para equilibrar los intereses contrapuestos de las partes contratantes.

En el régimen medioambiental, la biotecnología es abordada con especial y mayor precisión. Desde la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992 cuando se firmó la Convención para la Protección de la Diversidad Biológica, la biotecnología se convirtió en un objeto de regulación. En aquel momento se la definió y se hicieron notar las posibles implicaciones que su utilización podía inferir sobre la diversidad biológica local o global. Fue así como pocos años después se iniciaron las negociaciones para la firma de un protocolo especial destinado a la regulación de los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados.

Así las cosas, en el año 2000 se firma en Montreal el denominado Protocolo de Cartagena destinado principalmente a reglamentar el movimiento de los productos biotecnológicos con la mirada puesta en la protección de la diversidad biológica, aunque no han faltado voces que lo definen como un tratado comercial disfrazado de acuerdo ambiental¹³. El protocolo de Cartagena introducirá una visión que romperá la estructura clásica que se sostiene en la Organización Mundial del Comercio al momento de definir el rol de la ciencia como rectora de las políticas públicas, toda vez que adoptará por una parte una versión amplísima del llamado “principio” de precaución, extendiendo los márgenes discrecionales de las partes contratantes, toda vez que no existen términos perentorios para la contestación de los países importadores, se considera al silencio como negativa a la autorización de importación, no se definen con precisión los elementos que debe aportar el exportador cuando solicita una autorización de movimiento transfronterizo, y por otra, incorporando consideraciones económico-sociales a las tradicionales consideraciones científicas que regulan las excepciones al comercio de productos que pueden tener alguna consecuencia sobre la vida o la salud de las personas, de los animales, de los vegetales o del medio ambiente en general.

En tercer lugar, cuando analizamos el régimen de Derecho internacional de los Derechos Humanos, descubrimos que tampoco existe una regulación específica de las cuestiones relativas a la biotecnología, pero si encontramos regladas una serie de cuestiones que se vinculan directamente con estos temas. Nos estamos refiriendo en primer lugar a los derechos colectivos de los pueblos originarios a la utilización de sus recursos naturales, bióticos y abióticos que se encuentran en las tierras que ocuparon tradicionalmente, como también al derecho a la participación en la toma de decisiones

¹³ HOBBS, A.L.; HOBBS, J.E.; KERR, W.A.; “The Biosafety Protocol: Multilateral Agreement on Protecting the Environment or Protectionist Club?” en *Journal of World Trade*; Vol 39, Nro. 2, Año 2005, p. 284.

sobre las cuestiones que involucran estos recursos, y en segundo término, al reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual que estos pueblos indígenas o comunidades campesinas locales mantienen sobre los conocimientos tradicionales que desarrollaron grupalmente a través de generaciones sobre las propiedades y combinaciones posibles de los recursos naturales antes mencionados.

Por otra parte, dentro del campo de los Derechos Humanos, podemos mencionar el Derecho a la Alimentación como uno de los temas que recientemente ha llamado la atención de la comunidad internacional y su vinculación a la biotecnología como una herramienta de doble filo, toda vez que dadas las características del fenómeno tecnológico puede contribuir a su realización efectiva, como también puede retrasar su desarrollo por medio de la exacerbación de los derechos de propiedad intelectual que dificultan el acceso a los pequeños productores y/o comunidades locales a las semillas mejoradas por estar sometidas al pago de regalías a las compañías multinacionales propietarias de los derechos sobre las modificaciones genéticas de las cuales han sido objeto los organismos tradicionales.

Un amplio espectro de normas que conforman diferentes regímenes internacionales tienen por finalidad regular nuestro objeto de estudio, no obstante, a nuestro entender, este abordaje se formula de una manera estanca, desvinculada de las implicancias emergentes de los regímenes paralelos. No obstante, la realidad opera de un modo diverso. Las relaciones jurídicas ordinarias siempre terminan por vincular una cuestión particular a diferentes problemáticas contextuales. Si pretendemos dar una respuesta integral al problema se que torna necesaria, al menos, una prudente doble lectura, una reinterpretación y, eventualmente, una revisión general de las normas. En materia de biotecnología, concretamente, encontramos al analizar los diferentes regímenes normativos una serie de inconsistencias que hacen patente la falta de coordinación de la cual predicamos.

Las tres fases de descoordinación de la regulación internacional de la biotecnología

En nuestro campo de estudio presentaremos tres ejes de conflicto o tres esferas de descoordinación inter-régimen que caracterizarán las controversias transversales en materia de biotecnología. En la primera fase identificamos como inconsistencia la cuestión relativa a la *propiedad de los recursos genéticos*. En la segunda fase, la descoordinación versará sobre los conceptos involucrados en torno al proceso de toma de decisiones en materia de biotecnología, que descansa en las diferentes visiones sobre la *precaución* o *cautela*. Por último, en la tercera fase, trataremos la cuestión de la logística de comercialización de los productos biotecnológicos, en especial, el tema del *etiquetado* de los organismos genéticamente modificados.

Fase de descoordinación Nro. 1: Propiedad de los recursos genéticos

La primera de las fases descoordinadas que analizaremos tiene dos objetos de estudio y un eje de análisis. Analizaremos la propiedad de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales de los pueblos originarios a través de la variable vinculada a la protección de la propiedad intelectual y su aplicación a los objetos referidos.

La importancia de estos temas nace del hecho que como consecuencia de la fragmentación del Derecho internacional observamos que todos los regímenes estudiados: (el régimen de la Organización Mundial del Comercio, el Convenio Internacional para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales, el régimen de

Derecho del Medio Ambiente y en particular la Convención de Diversidad Biológica y el régimen de Derechos Humanos, dentro del cual podemos incorporar la normativa emergente de la Organización Internacional del Trabajo, la UNESCO y los propios principios generales de las Naciones Unidas consagrados en la Carta, regulan de manera estricta las relaciones de las comunidades originarias con las tierras que ocupan, los recursos que en ellas se encuentran, los conocimientos prácticos que tienen sobre estos recursos y el valor cultural y comunitario que representan, tanto los recursos como los conocimientos que generación tras generación han desarrollado sobre estos.

A pesar que la civilización occidental busca dar al Derecho internacional un perfil propio a su tradición y expectativas, y dentro de tales parámetros presenta un discurso políticamente correcto en cuanto a los derechos de las minorías¹⁴, sean estos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales, la realidad también prueba de forma incontestable que al momento de diseñar estructuras, normas, principios y procedimientos con efectos económicos, los derechos de las minorías quedan a la espera de mejores momentos para ser incluidos en el diseño institucional y normativo del Derecho internacional. Lo antes dicho da lugar a la reflexión de parte de la doctrina que manifiesta la necesidad de formular cambios en el sistema normativo que regula la propiedad intelectual para dar protección a los intereses de todos los actores que intervienen en el fenómeno biotecnológico, incluyendo también a las comunidades originarias y al campesinado. Esto es con el fin de permitir la explotación plena del potencial que contiene la biotecnología¹⁵, dado que el sistema de protección actual se encuentra con marcados límites en criterios como la “novedad” del conocimiento, el carácter “colectivo” de la titularidad de los derechos, la “temporalidad” de la protección y la prueba del “consentimiento fundado previo” como requisito para el patentamiento de modificaciones genéticas a recursos de origen desconocido.

Fase de descoordinación Nro. 2: Precaución o Cautela en los procesos de toma de decisión

Definimos como segunda fase la instancia en la cual las autoridades competentes determinan los niveles de aceptación del riesgo, formulan la evaluación del riesgo y determinan las políticas públicas que consideran necesarias para la gestión del riesgo previamente registrado, revisando periódicamente las medidas adoptadas a fin de considerar su continuidad o remoción.

La regulación del “proceso de toma de decisiones” relativa a la inocuidad de los alimentos y/o productos biotecnológicos es una actividad contemplada por múltiples tratados internacionales y directivas o guías de conductas de diferentes organizaciones internacionales. En general, aunque no en todos los casos, respetan el esquema secuencial descrito anteriormente, dando lugar a una discordancia en torno a la

¹⁴ Cabe recordar que los pueblos indígenas pueden ser considerados por sus características particulares, como “minorías” dentro de los Estados y recibir la protección que les ha sido asegurada por el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 el cual interpretado a la luz de los artículos 1.2 del mismo Pacto y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 resulta en la protección del medio ambiente como condición previa para el ejercicio integral de los derechos. Ver BARSH, R., “Indigenous People: An Emerging object of International Law”, en *American Journal of International Law*, Vol. 80, Año 1986, p. 370; HAUGEN, H., HAUGEN, H., "Traditional Knowledge and Human Rights" en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 8, Nro. 5, Año 2005., p. 673.

¹⁵ GOMEZ LOZANO, M., *Biotecnología, Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales* en CAZORLA GONZALEZ, M. y HERRERA CAMPOS, R., (editores), *Aspectos legales de la Agricultura Transgénica*, Universidad de Almería, Almería, 2004., p. 123.

naturaleza y contenido de la precaución o cautela que genera divergencias sustanciales en la conformación y perfil de cada régimen.

Tal como ya hemos manifestado, la *precaución* o *cautela* parece constituirse como el eje nodal sobre el cual giran la mayoría de los desacuerdos en materia de biotecnología; su naturaleza, contenido, aplicabilidad, oportunidad, son aspectos a resolver pendientes de la cooperación internacional. Algunos autores establecen que el principio de precaución es un principio transversal del Derecho internacional relacionado a la biotecnología en todas sus aplicaciones, que implica un cierto tipo de lógica o cosmovisión sobre la realidad. Se constituye como una posición de prudencia frente al exitismo de la ciencia, pues predica que en situaciones donde la evidencia científica sobre los daños no existe o cuando el estado de los estudios científicos no es suficiente para determinar los daños, es posible adoptar una posición de precaución y no seguir avanzando. Implica, por tanto, detenerse a reflexionar, y esperar para avanzar después con mayor certidumbre.

No obstante, el debate conceptual en torno a la precaución se sitúa alrededor de su propia naturaleza y continúa vigente. Es, acaso, un principio de Derecho internacional¹⁶ o un principio interpretativo de “*soft law*”¹⁷; o bien una costumbre internacional¹⁸ o, por otro lado, es un instrumento para formular políticas, creado para responder a catástrofes e incertidumbre en combinación,¹⁹ o sólo una aproximación o enfoque jurídico y político de este debate en el ámbito internacional²⁰. Sea como fuere, este abanico de

¹⁶ DI BENEDETTO, S., “La funzione interpretativa del Principio di Precauzione in Diritto Internazionale” en *Rivista del Commercio Internazionale*, Año 2006, p. 352. TROUWBORST, A., *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague/London/New York, 2002; HOHMANN, H., *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, London/Dordrecht/Boston, 1994. TROUCHE, A., “Le principe de Précaution, entre unité et diversité: Étude comparative des systèmes communautaire et Organisation Mondiale du Commerce” en *Cahiers de Droit Européen*, Bruxelles, 2008 Nro. 3.4, p. 286.

¹⁷ MARTIN-BIDOU P., “Le Principe de Précaution en Droit international de l'environnement” en *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 103, Nro. 3, Año 1999, p. 658.

¹⁸ BROWN, S. y DAUD H., “Application of the ‘Precautionary Principle’ in the 2000 Biosafety Protocol to the 1992 Convention on Biological Diversity” en *Journal of International Biotechnology Law*, Vol. 2, Año 2005-I, p. 116; MARR, S., “The southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources” en *European Journal of International Law*, Vol. 11, Nro 4, Año 2000, p. 827; BRUNNÉE, J., “The United States and International Environmental Law: Living with an elephant” en *European Journal of International Law*, Vol. 15, Nro. 4, Año 2004, p. 11; CAMERON, V.J., *The Status of the Precautionary Principle in International Law*, en O’RIORDAN, T. y CAMERON, J., (editores), *Interpreting the Precautionary Principle*, London, 1994 p. 270 ss; FREESTONE, D., *International Fisheries Law since Rio: the Continued Rise of the Precautionary Principle*, en BOYLE, A.E. y FREESTONE, D., *International Law and Sustainable Development*, Oxford 1999, p. 135-164; TROUWBORST, A., *op. cit.*, WARWICK, G. “Environmental Protection and Precautionary Principle: A response to scientific uncertainty in Environmental management” en *Environmental and Planning Law Journal*, Año 1997, Vol. 14, p. 52., STEWAR, T. y JOHANSON, D., “Anexus of trade and the environment: the relationship between the Cartagena Protocol on Biosafety and the agreement on the application of sanitary and Phitosanitary Measures of the WTO” en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 25, Nro. 1, Año 2003, p. 40, SEIN, A. y MAHMUD, N., “The WTO rules versus Multilateral Environmental Agreements: The Search for reconciliation” en *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, Vol 57, Nro. 5, Año 2008, p. 69, CHRISTOFOROU, T., *The Precautionary Principle in EC Law and Science* en TICKNER, J. (editor.), *Environmental Science and Preventive Public Policy*, Island Press, 2003, Capítulo 16.

¹⁹ BOISSON DE CHAZOURNES, L., *The Precautionary Principle*, en Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Precaution: From Rio to Johannesburg*, Proceedings of a Geneva Environment Network Roundtable, Ginebra, 2002, p. 10.

²⁰ WARD, H., “Introduction and Overview” en *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944)*, Vol. 76, Nro. 2 (Special Biodiversity Issue) Año 2000, p. 220; GÜNDLING, V.L. “The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action” en *International Journal*

sugerencias doctrinales parece denotar una construcción conceptual en estado embrionario,²¹ es decir, emergente y todavía no consolidado²².

Actualmente, la doctrina no ha logrado identificar o consensuar su verdadera naturaleza, en tanto que los sujetos de Derecho internacional interesados en su consolidación continúan fortaleciendo su estructura con el fin de que interactúe sólidamente en la arena internacional. Las medidas de precaución son fuertemente disputadas como resultado de la aplicación del Derecho internacional, pero aún se mantienen poco claras y poco se sabe de sus consecuencias²³. Esto se manifiesta en el enfrentamiento que existe entre aquellas posiciones ambientalistas que consideran que la precaución constituye la base de la acción legal para hacer frente a la actividad humana que es probable que tenga efectos negativos sobre la naturaleza, y aquellas otras posiciones opuestas que afirman que el principio limita la actividad humana.²⁴

Por nuestra parte consideramos que el mayor problema que enfrenta la definición de la *precaución* o *cautela* radica en la cantidad de materias que lo abordan y tratan de explicarlo parcialmente, si bien con la convicción de hacerlo globalmente. Esta situación contribuye a generar una imagen de vaguedad y ambigüedad²⁵ conceptual que a su vez se constituye en una de las principales dificultades para la construcción de un marco definido²⁶. Todos los sectores que lo analizan son conscientes del período embrionario por el que atraviesa y persiguen tenazmente darle la impronta más conveniente a los intereses que defienden. Por lo tanto, el resultado normativo estará determinado por el peso relativo de los actores intervinientes en el proceso de construcción.

Fase de descoordinación Nro. 3: El etiquetado

La última fase de descoordinación se vincula a la cuestión del etiquetado de los productos biotecnológicos. Quizás puede despertar dudas sobre cuál puede ser su importancia en este tema y llegar a parecer una cuestión menor. No obstante, el etiquetado representa mucho más que una forma de individualizar un producto dentro del mercado. Implica la materialización de una racionalidad en el modo de legislar tanto en el ámbito interno, como en el espacio internacional, de acuerdo al rol que se le asigna a la ciencia en la sociedad.

Al igual que en muchas de las cuestiones que abordaremos, en materia de etiquetado encontramos regulaciones que siguen una “racionalidad científica”, implicando la elección de políticas que persiguen una maximización del progreso tecnológico,

Estuarine and Coastal Law, Vol. 5, Año 1990, pp. 23-30; BODANSKY, D., “New Developments in International Environmental Law: Remarks by Daniel Bodansky”, en *Proceedings of the American Society of International Law*, 1991, pp. 413-417, AGUILAR, S. y JORDAN, A., *op. cit.*, p. 78; SHAW, S. y SCHWARTZ, R., *Precaución Comercial: El principio de Precaución y la Organización Mundial del Comercio*, Informe UNU-IAS (United Nations University - Institute of Advance Studies), Yokohama, Japón, 2005, p. 6.

²¹ DUPUY, P.M., *Le principe de précaution, règle émergente du droit international général*, en LEBEN C. y VERHOEVEN, J., *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002 pp. 95-111.

²² JIMENEZ DE PARGA y MASEDA, P., “Análisis del Principio de Precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea” en *Política y Sociedad*, Vol. 40, Nro. 3, Año 2003, p. 16, SHAW, S. y SCHWARTZ, R., *op. cit.*, p. 5.

²³ MARR, S., *op. cit.*, p. 816.

²⁴ *Ibid*, p. 820.

²⁵ DI BENEDETTO, S., *op. cit.*, p. 323.

²⁶ WARWICK, G., *op. cit.*, p. 438.

respetando ciertos estándares científicos²⁷. Mientras, por otra parte podemos descubrir una “racionalidad social”, a partir de la cual la ciencia y la tecnología, lejos de ser el motor de la sociedad, se constituyen como una actividad a regular que debe contribuir al crecimiento siempre y cuando se mantenga un equilibrio entre las preferencias de todos los actores involucrados, asegurando así la precaución tecnológica y el control del impacto que esta pueda significar a la sociedad²⁸

El debate atraviesa muchas disciplinas, que incluye las ciencias biológicas, políticas y económicas, todas ellas son invocadas tanto por propulsores como por detractores de la biotecnología sumidos en la tarea de desentrañar a partir de las mismas aquellos argumentos que sostengan sus posiciones²⁹. Estas dos racionalidades se constituyen como la base filosófica a partir de la cual se estructurarán sistemas legislativos antagónicos en los cuales los primeros se focalizan sobre la relevancia de un organismo o producto final, analizando la composición de este y sus características intrínsecas, mientras los segundos harán hincapié no sólo en el resultado definitivo, sino también en el proceso de producción y en las técnicas utilizadas en la creación del organismo y/o del producto. El debate transita por posiciones que van desde el “*etiquetado voluntario*” o “*etiquetado obligatorio*” en cuanto al modo de presentar el producto en el mercado; “*equivalencia sustancial*” o “*alimentos nuevos*” en cuanto a la naturaleza de los organismos genéticamente modificados; y “*acceso a la información*” o “*gestión del riesgo ambiental o de la salud*” en cuanto al objetivo que persigue. Cada una de las opciones posibles encarna una racionalidad diferente y manifiesta la necesidad de encontrar respuestas a la inconsistencia que representa.

La “cláusula de apoyo mutuo” de la “coherencia declarativa” a la “inconsistencia sustancial”

Finalizaremos la primera parte de nuestro trabajo habiendo descrito el contenido normativo de los diferentes regímenes internacionales vinculado a la biotecnología y analizado sus inconsistencias, por lo tanto emergerá nuevamente la pregunta que da origen a nuestra investigación; cómo resolver las controversias transversales a diversos regímenes internacionales en materia de biotecnología. En ésta línea encontramos que es posible describir normativamente la relación entre el Derecho internacional del Medio Ambiente y el Derecho de la Organización Mundial del Comercio como una relación de apoyo mutuo, toda vez que por una parte ambos regímenes persiguen el desarrollo sustentable, y otra parte ninguno de los tratados pretende “cambiar el contenido de los derechos, ni de las obligaciones de las Partes conforme a lo estipulado por cualquier acuerdo internacional pre-existente”.

El concepto de “apoyo mutuo” despierta partidarios y escépticos dentro de la doctrina. Los partidarios sostienen que en cualquier conflicto futuro entre las normas de la Organización Mundial del Comercio y los acuerdos medioambientales, ninguno puede decirse prioritario en relación al otro y la mejor forma de evitar una situación del estilo, consiste en incluir una cláusula de conflicto o por lo menos contener referencias cruzadas en ambos tipos de acuerdos³⁰.

²⁷ GRANT, I. y KERR, W., “Genetically Modified Organisms...” *op. cit.*, p. 1088.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ EKANEM, E. y MAFUYAI-EKANEM, M., “Food Policy, Trade, Market, and Genetically Modified Foods: A Review of the literature on the Sciences, Technology, Politics and Economics of labelling” en *Journal of Food Distribution Research*, Vol. 35, Nro. 1, Año 2004, pp. 65-70.

³⁰ SEIN, A. y MAHMUD, N., *op. cit.*, p. 78-79.

Parte de la doctrina estima que el nivel de inter-actividad gubernamental en la Organización Mundial del Comercio es tal, que las cuestiones de comercio y medio ambiente han sido fuente de generación de una importante discusión y debate, pero con frecuencia se reitera la creencia que “los objetivos de respaldar y salvaguardar al sistema multilateral de comercio como un sistema abierto y no discriminatorio y paralelamente, de actuar en pos de la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible, pueden y deben ser de apoyo mutuo”³¹. También se ha recurrido al principio de buena fe, desde el cual cabe presuponer que los Estados han negociado, firmado y ratificado los tratados internacionales, teniendo en cuenta sus obligaciones nacidas de otros tratados, por lo tanto, los tratados deben ser leídos de una manera acumulativa, en consecuencia, los acuerdos internacionales se consideran compatibles³² y deben ser interpretados con vista a eliminar los conflictos de normas³³, toda vez que entre instrumentos de diferentes regímenes sólo existen meras tensiones que pueden ser solucionadas por medio de los principios generales de la interpretación³⁴.

Para otros, en cambio, las cláusulas de “apoyo mutuo” encarnan un lenguaje que puede ser definido como un compromiso viable, sobre todo porque es visto como un lenguaje corrupto o conflictivo que simplemente refleja la inhabilidad para crear consenso en la interpretación de términos claves tales como la “precaución”³⁵. Es evidente que esta cláusula es ambigua, da lugar a múltiples interpretaciones y por lo tanto es particularmente controvertida, además da la posibilidad de que existan cláusulas de salvaguardias paralelas³⁶. Un caso paradigmático lo representa la cláusula incluida en el Protocolo de Cartagena, en donde algunos consideran que representa “una confusión no accidental, que permitió a las partes del Protocolo reclamar que éste reflejara diversos puntos de vista, por no haber podido llegar a un punto en común dentro de las negociaciones”³⁷, por la dificultad para la coordinación de políticas internacionales que

³¹ PEEL, J., “A GMO by Any Other Name . . . Might Be an SPS Risk!: Implications of Expanding the Scope of the WTO Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement” en *European Journal of International Law*, Vol. 17 Nro. 5, Año 2007, p. 1021.

³² FRANCIONI, F., *Environment, Human Rights and the limits of free trade* en FRANCIONI, F. (editor) *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001, p. 22.

³³ ZARILLI, S., *Legal Frameworks and Developing Country Concerns* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., (Editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, p. 249.

³⁴ FRANCIONI, F., *Environment, Human Rights and the limits of free trade... op. cit.*, pp. 23-25; TARASOFKY, R., “Ensuring the compatibility between Multilateral Environmental Agreements and GATT/WTO” en *Yearbook of international Environmental Law*, Nro. 7, Año 1996; MARCEAU, G., “A call for coherence in international law – Praises for the prohibition against “clinical isolation” in WTO disputes settlements” en *Journal of World Trade*, Nro. 33, Año 1999, MARCEAU, G., “Conflict of norms and conflict of jurisdictions -the relationship between the WTO agreements and MEAs and other treaties” en *Journal of World Trade*, Nro. 35, Año 2001, PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology: consolidation and Strains in the emerging International Legal Regimes*, en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *op. cit.*, pp. 53/56.

³⁵ REDICK, T.P., “The Cartagena Protocol on Biosafety: Precautionary Priority in Biotech Crop Approval and Containment of Commodities Shipments” en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 18, Nro. 1, p. 90.

³⁶ PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.*, en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *op. cit.*, p. 52.

³⁷ KERR, W., “Who Should Make the Rules of Trade? – The Complex Issue of Multilateral Environmental Agreements” en *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 3, Nro. 2, Año 2002, p. 168; REDGWELL, C., *Biotechnology, Biodiversity and Sustainable Development: conflict or Congruence?* en FRANCIONI, F., y SCOVAZZI, T. (Editores), *op. cit.*, p. 71., HELLIO, H., *Résolution et Prévention des conflits normatives* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores) *La circulation des concepts juridiques: Le Droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, Vol 16, Año 2009, p. 74 y ss.; REDICK, T.P., *op. cit.*, p. 90.

supone la contraposición de objetivos nacionales e internacionales, que persiguen las potencias líderes del sistema.³⁸

En síntesis, la cláusula de apoyo mutuo, en el caso de la biotecnología, denota problemas normativos, pero sobre todo, filosófico-estructurales que diferencian los regímenes internacionales, por lo tanto, en este contexto continúa vigente nuestra pregunta inicial que indaga sobre la existencia de un modo de resolver estas controversias internacionales transversales en la materia. Esta pregunta, eje de nuestro trabajo en su conjunto, seguirá presente en la segunda parte, pero colocando su atención en el concepto de régimen internacional, su origen, componentes y consecuencias sobre el sistema en su conjunto, toda vez que consideramos firmemente que comprender el concepto que analizaremos nos brindará las herramientas necesarias para formular una propuesta viable para la solución de las controversias que nos urgen.

La fragmentación del Derecho internacional y la solución de controversias transversales en materia de Biotecnología

La constatación inicial sobre la regulación multifasética, aunque inconsistente de la biotecnología a nivel internacional, nos conduce a la tarea de desentrañar significados, orígenes y consecuencias de los conflictos normativos, para lo cual será menester revisar los conceptos que hace ya algunos años emergían del informe sobre Fragmentación de Derecho internacional de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas a fin de indagar, desde lo teórico, el origen del fenómeno, sus implicaciones y las herramientas propuestas por la ciencia jurídica para la solución de las controversias transversales en materia de biotecnología que nos ocupan. Estamos convencidos en la necesidad de tomar distancia del objeto de estudio en concreto, para abordar la cuestión desde un enfoque abstracto, a fin de identificar potenciales alternativas de solución a las controversias biotecnológicas.

En aquel momento, la Comisión de Derecho internacional manifestó que este fenómeno es “una de las características de la reciente vida internacional, que los sociólogos han denominado “diferenciación funcional”, esto es, la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes, tanto a nivel nacional como internacional. Una paradoja bien conocida de la mundialización es que si bien ha conducido a una creciente uniformidad de la vida social en todo el mundo, también ha conducido a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas de acción social y estructuras especializadas relativamente autónomas.

La fragmentación del mundo social internacional ha alcanzado significado jurídico especialmente al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de práctica jurídica especializados y relativamente autónomos³⁹. Lo que antes aparecía regido por el Derecho internacional general, se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados, donde cada uno de éstos posee sus propios principios e instituciones.

³⁸ POLLACK, M. y SHAFFER, G., *When Cooperation Fails: The International Law and Politics of Genetically Modified Foods*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 15.

³⁹ La Comisión de Derecho internacional cita en su informe los trabajos de FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, en *Michigan, Journal of International Law*, Vol. 25 Año 2004, pp. 999-1046 y BARNHOORN y WELLENS, K (editores), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Nijhoff, La Haya, 1995.

En la doctrina internacionalista las aguas están divididas frente al fenómeno de la fragmentación, algunos “perciben al Derecho internacional como un orden jurídico unificado, por lo que podrían verse obligados a aplicar una presunción a favor de la aplicabilidad del Derecho internacional general (...) mientras que otros consideran que el Derecho internacional no es más que la suma total de los subsistemas vagamente relacionados entre sí y tienden a defender una presunción en favor de la clausura de un régimen normativo particular.”⁴⁰

Para los primeros, denominados universalistas o constitucionalistas, la fragmentación emerge como un fenómeno caracterizado no sólo por la fragmentación sustancial del Derecho internacional, sino también por la proliferación de tribunales con competencias muchas veces solapadas entre sí, y lleva a la existencia del *forum shopping* (el cual privilegia a quienes tienen más recursos para escoger el foro). Por lo tanto, éstos ven que la solución a este problema descansa sobre el fortalecimiento de la jerarquía normativa del Derecho internacional, fundada en el *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes*, y el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, así como también en los valores fundamentales de la comunidad internacional⁴¹ y/o por otra parte, en el reenvío a la Corte Internacional de Justicia de aquellos asuntos en los que hay que dilucidar las inconsistencias del Derecho internacional (o al menos represente un foro ineludible para evitar jurisprudencia contradictoria⁴²).

Para esta corriente “La forma del sistema es una garantía para todos los Estados, sobre todo los más débiles”⁴³. La unidad del Derecho internacional, puede ser calificada bajo esta perspectiva, sin abuso del lenguaje, como el patrimonio común de la comunidad internacional y como el elemento indispensable para la salvaguardia de la seguridad

⁴⁰ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law” en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 3, Año 2006, p. 483.

⁴¹ TOMUSCHAT, C., “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law”, en *Recueil des Cours*, Vol. 281, Año 1999, pp. 9-438; FASSBENDER, B., Sovereignty and Constitutionalism in international law en WALKER, N. (editor) *Sovereignty in transition*, Hart, Oxford, 2003, pp. 115-142; PETERSMANN, E.-U., “Constitutionalism, International Law and “We the people of the United Nations” Springer, Berlin, 2002, DUPUY, P.-M., “L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public” *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, Año 2002, T. 297; KADELBACH, S. y KLEINLEIN, T., *International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles en German Yearbook of International Law*, Vol. 50, Año 2007; DELMAS-MARTY, M., “Global Law: A Triple Challenge” 2003; PAULUS, A., *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*, en *Nordic Journal International Law*, Vol. 74, Año 2005; VON BOGDANDY, A., El constitucionalismo en el Derecho internacional: comentario sobre una propuesta alemana en Puente@Europa, Año V, Nro. 2, Año 2007, pp. 34-42; VON BOGDANDY, A., Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, Nro. 1, Año 2006, pp. 223-242; SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*

⁴² ABI-SAAB, G. Fragmentation or Unification: some concluding remarks en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, Nro. 4, Año 1999; GUILLAUME, G., La Cour Internationale de Justice. Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire en *Revue Générale de Droit International Public*, Año 1996; DUPUY, P.-M., The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice, en *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 31, Nro. 4, Año 1999; REMIRO BROTONS, A., “Entrevista a Antonio Remiro Brotons” en [Puente @ Europa](mailto:Puente@Europa), Año V, Nro. 2, Año 2007.; LOPEZ MARTÍN, A.G., “Judicialización y sectorización del Derecho Internacional” en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Año 2001-2002; HIGGINS, R., “The ICJ, the ECJ, and the integrity of international law”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 18, Año 2003.

⁴³ RODILES, A., “La fragmentación del Derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidad para México?” en *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, Vol. IX, Año 2009, p. 392.

jurídica y de la eficacia de las normas internacionales⁴⁴.

En cambio, para los segundos, denominados pluralistas, los regímenes especiales tienden a aparecer como independientes, en este sentido FISCHER-LESCANO y TEUBNER sostienen que un orden jurídico jerarquizado ya no es viable, pues la fragmentación del Derecho internacional no es más que un reflejo de la diferenciación funcional de la sociedad global, proceso que el derecho, como subsistema social, ya no puede frenar⁴⁵. Por su parte ENGISCH manifiesta que el papel central de la noción de un orden legal unitario es dogmático y admite que los juristas deben ver la realidad empírica del orden legal menos unitario que sus construcciones intelectuales⁴⁶. En este mismo sentido CANARIS expresa que tratar de conceptualizar al sistema del orden legal particular como un sistema formal o como un sistema axiomático-deductivo es una pérdida de tiempo⁴⁷.

Está en tela de juicio si una teoría basada en el principio constitucional de unidad puede aplicarse a nivel internacional en donde tales principios están ausentes. En este sentido, CARTY expresó que “no hay un sistema legal que pueda definir de manera comprensiva los derechos y obligaciones de los Estados dirigidos a otros Estados”.⁴⁸ Esta corriente considera que mientras el Derecho internacional es sistemático, no constituye precisamente un orden legal organizado y comprensivo. Más bien, la estructura del sistema internacional todavía se construye sobre jerarquías informales. Quizás el concepto más importante entre estas jerarquías informales es el concepto del Derecho internacional general en la cual toda ley “especial” se encuentra incrustada.

Más allá de la posición doctrinal en la cual reposemos, el problema, a juicio de los juristas, consiste en que esa legislación y creación de instituciones especializadas tiende a producirse con relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del Derecho internacional. El resultado son conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales desviadas y quizás también la pérdida de una perspectiva general del Derecho. Aunque es indudable la realidad y la importancia de la fragmentación, tanto en el aspecto legislativo como en el institucional, los internacionalistas se han dividido en su evaluación como fenómeno.

Algunos han criticado contundentemente lo que consideran la erosión del Derecho internacional general, la aparición de jurisprudencia contradictoria, la búsqueda del foro de resolución de disputas más favorable o *forum shopping* y la pérdida de la seguridad jurídica, y en cambio otros lo han considerado simplemente un problema técnico que ha surgido naturalmente con el aumento de la actividad jurídica internacional y que puede controlarse mediante la racionalización y la coordinación técnicas⁴⁹. En síntesis, el

⁴⁴ DUPUY, P.-M., *Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international*, en BEN ACHOUR, R. y LAGHMANI, S (directores) *Harmonie et contradictions en droit international*, Pedone, Paris, 1996, pp. 17 y ss.

⁴⁵ Esta es la idea central del artículo de los FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*

⁴⁶ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 497

⁴⁷ CANARIS, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker&Humblot, Berlín, 1969, citado en SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 498.

⁴⁸ CARTY, A., *The Decay of International Law? A reappraisal of the limits of legal imagination in international affairs*, Manchester University Press, Manchester, 1986, p. 1 citado en SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 500.

⁴⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expención del Derecho internacional*, 58 Sesión, Año 2006, párrafos 7, 8 y 9.

fenómeno de la fragmentación es visto por algunos como un riesgo para la coherencia del orden jurídico internacional, mientras que otros consideran que es una oportunidad para responder a los nuevos desafíos globales⁵⁰

La fragmentación, en palabras de la Comisión de Derecho internacional, tiene consecuencias de diferentes tipos, negativas y positivas: “Por una parte, la fragmentación crea el peligro de normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorias e incompatibles entre sí, pero por otra parte, refleja la rápida expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la diversificación de esos objetos y técnicas”⁵¹. Este último rasgo es lo que algunos observan como “signos de vitalidad del Derecho internacional”⁵², la prueba de la superación del primitivismo del orden jurídico internacional⁵³, si bien por otra parte reclaman la necesidad de que “la práctica legal contemporánea cuente con la asignación de autoridad dentro de un complejo sistema de prescripciones legales”⁵⁴.

Lo cierto, es que más allá del cristal con el cual observemos el fenómeno, la fragmentación del Derecho internacional se hace patente en la potencial, y en ocasiones real, creación de “conflicto” normativo, fruto de la falta de coherencia *inter* o *intra* regímenes, el cual es definido por la Comisión de Derecho internacional como una “situación en la que dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema”⁵⁵

Esta primera distinción teórica no resulta ajena a nuestro problema central, toda vez que si pretendemos resolver las controversias transversales a diferentes regímenes internacionales es menester reconocer las diversas corrientes doctrinales que operan en abstracto cuando analizan la actualidad del Derecho internacional para identificar las posibles soluciones que propone cada una de éstas. Así, sabremos que para algunos el fenómeno es irrelevante, dado que el propio sistema contiene instrumentos de amalgama, mientras que para otros es casi irreversible, como si hubiera sido objeto de una gran explosión desintegradora.

Las causas de la fragmentación del Derecho internacional: Entre la “diversificación casual” y “diversificación causal”

En cuanto al análisis de las causas de la fragmentación del Derecho internacional, una corriente mayoritaria, casi unánime, se enrola tras los postulados que desarrolla la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas cuando adopta una visión sociológica y afirma reiteradamente que el fenómeno de la fragmentación “es un aspecto de la globalización, que trae consigo el cambio de una lógica de la territorialidad como principio de diferenciación social por el principio de la funcionalidad (no territorial)”⁵⁶. La fragmentación es entonces entendida más como una

⁵⁰ RODILES, A., *op. cit.*, p. 373.

⁵¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Fragmentación del Derecho internacional...” *op. cit.*, párrafo 14.

⁵² REMIRO BROTONS, A., “Entrevista a Antonio Remiro Brotons...” *op. cit.*, p. 25, RODILES, A., *op. cit.*, p. 389.

⁵³ SALINAS ALCEGA, S. y TIRADO ROBLES, C., *Adaptabilidad y fragmentación del Derecho internacional: La crisis de la sectorización*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 1999, p. 43.

⁵⁴ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 483.

⁵⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Fragmentación del Derecho internacional...” *op. cit.*, párrafo 25.

⁵⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Fragmentación del Derecho internacional...” *op. cit.*

“respuesta a necesidades prácticas de la especialización, que a actos conscientes de creación de régimen”⁵⁷. La diferenciación funcional -el surgimiento de tipos especiales de Derecho que tratan de responder a tipos especiales “funcionales” de interés es así sin duda la raíz sociológica del fenómeno de la fragmentación y la diversificación del Derecho internacional”⁵⁸. Debe por tanto la fragmentación “abordarse más bien en relación con la diversificación funcional de la sociedad internacional general”⁵⁹.

Muchos autores, al considerar que la emergencia de diversos regímenes especiales es la consecuencia de un fenómeno de diversificación social, propio del aumento en los indicadores de complejidad internacional, pueden llevar a la conclusión que la diversidad de centros de producción normativa no afectan la unidad del derecho como sistema. Por lo tanto, no existirían grandes impedimentos para valorar integralmente todas las normas de Derecho internacional al momento de resolver una diferencia de forma integral: la diversidad de fuentes no menoscaba la integridad del sistema.

No obstante es posible encontrar diferentes aproximaciones a la visión sociológica funcional y una de ellas es la escuela de los Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL). Esta corriente considera que los debates debieran centrarse en el miedo de las clases dominantes de perder el control sobre los mecanismos de la toma de decisiones tradicionales. Esta escuela cree que todos los intentos por incluir a los países del tercer mundo dentro de un sistema jurídico universal han sido en realidad una forma de subordinarlos al orden preestablecido. Desde los más remotos tiempos se ha negado la posibilidad de expandir el Derecho internacional en ramas que no favorecen a los que “tienen el poder”⁶⁰.

Por su parte, BENVENISTI y DOWNS sostienen⁶¹ que los países más desarrollados, a fin de evitar la coordinación de los menos desarrollados, han empleado exitosamente diversas técnicas de fragmentación. Dicha estrategia de poder es destinada a conservar el control internacional tal como se encuentra. Los autores mencionados presentan dos estrategias desplegadas por los países desarrollados para lograr la subordinación de los países desarrollados:

La primera consiste en profundizar el “bilateralismo en serie”:⁶² Negociación y celebración de tratados específicos y limitados preferentemente bilateralmente, evitando las negociaciones multilaterales. El bilateralismo en serie confiere la posibilidad de crear “costumbre internacional” como una forma indirecta y encubierta de elevar a rango universal, por vías particulares (bilateralismo) lo que en el ámbito más próximo al universal (el multilateral) enfrenta serias dificultades.⁶³ De igual manera, REMIRO BROTONS estima que la vitalidad y la versatilidad del Derecho internacional han conducido a una proliferación de “regímenes normativos” sectoriales, a escala universal,

cit., Párrafo 133.

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 158.

⁵⁸ *Ibid.*, Párrafo 204.

⁵⁹ *Ibid.*, Párrafo 210.

⁶⁰ OKAFOR, O., *Viewing international legal fragmentation from a third world plane: A TWAIL Perspective*, Proceedings of the 34th Annual Conference of the Canadian Council on International Law, Ottawa, 2006, pp. 122-125.

⁶¹ BENVENISTI, E. y DOWNS, G., “The Empire's New Clothes: Political Economy and fragmentation of international Law” en *Stanford Law Review*, Vol. 60, Año 2007, pp. 595-631.

⁶² El bilateralismo como estrategia de poder ha sido previamente analizado por KRISCH, N., “International Law in times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of international Legal Order” en *European Journal of International Law*, Vol. 16, Nro. 3, Año 2005, p. 388-390.

⁶³ BENVENISTI, E. y DOWNS, G., *op. cit.*, pp. 610-611.

regional o particular (bilateral). Se trata de regímenes que suelen girar en torno de uno o más tratados-marco, dotados de una cierta -y en ocasiones intensa- institucionalización, capaces de generar normas y principios por vía consuetudinaria⁶⁴.

La segunda estrategia es conocida como el “aislamiento de las instituciones”: Esta estrategia consiste en la amenaza, generalmente informal, de abandonar las instituciones cuando éstas se opongan a sus intereses más inmediatos o bien, sin salir formalmente de las instituciones, de optar por vías alternativas no institucionales de negociación y acuerdo. De ahí la proliferación de Grupos informales (G7, G8, G20) y de mecanismos híbridos que han llamado la atención de la Comisión de Derecho internacional y han sido denominados por ésta “nuevos tipos de derecho mundial”⁶⁵.

Por nuestra parte, estimamos que la pluralidad de regímenes especiales es consecuencia del accionar unilateral de algunos sujetos de Derecho internacional, aun cuando aparentemente pueda verse como desarrollos multilaterales. La fragmentación más allá de ser un fenómeno sociológico con consecuencias jurídicas, es la consecuencia jurídica de un fenómeno político.

A partir de esta última afirmación, consideramos que el modo de abordar el nacimiento y consolidación de los regímenes especiales es formulado de un modo insuficiente desde la ciencia jurídica, por lo cual estimamos que metodológicamente la teoría de relaciones internacionales aborda la cuestión con mayor solvencia. Esta última disciplina introduce en su análisis variables generalmente excluidas por la ciencia jurídica contemporánea y en consecuencia, nos proponemos introducirnos en el campo de la teoría de relaciones internacionales a través de las cuales explicaremos el comportamiento de los Estados, sus intereses, pretensiones y expectativas, y la creación de regímenes especiales de Derecho internacional como producto de éstas y la importancia de los regímenes como instrumentos catalizadores de cambio del sistema internacional.

La fragmentación del Derecho internacional y la teoría de Relaciones Internacionales: La formación y el cambio de los regímenes Internacionales

Como expusimos en párrafos anteriores, la mayoría de la doctrina jurídica describe al fenómeno de la fragmentación como una consecuencia de la propia evolución tecnológica, del aumento de la interdependencia y, como resultado de ésta, el aumento de materias a regular a escala internacional. Esta posición describe las causas de la fragmentación como una cuestión funcional, casual, espontánea, propia de la complejidad contemporánea. Sin embargo, frente a ésta, notamos que la ciencia del Derecho indaga superficialmente sobre el origen o la causa última de la fragmentación del Derecho internacional. De hecho, los juristas se enfrentan al problema como un fenómeno dado, objetivo, externo, sin preguntarse por su origen, aun cuando lo abordan con la intención de dar respuestas a los problemas que de él surgen.

Por nuestra parte, estamos convencidos en primer lugar de que las causas descritas anteriormente son verdaderas, pero insuficientes para explicar la fragmentación del Derecho internacional en general y mucho menos para explicar la fragmentación en un campo como la biotecnología, por lo tanto, nos adentraremos en construcciones conceptuales propias de la teoría de Relaciones Internacionales, toda vez que

⁶⁴ REMIRO BROTONS, A., “Entrevista a Antonio Remiro Brotons...” op. cit., p. 25.

⁶⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Fragmentación del Derecho internacional...” op. cit., Párrafo 490.

consideramos que ésta suministra instrumentos de análisis más adecuados para comprender el origen de los regímenes internacionales.

De este modo, luego de presentar y analizar las más variadas escuelas que abordaron a lo largo de la historia el concepto de régimen internacional, entenderemos que el surgimiento de los regímenes internacionales, especialmente en el campo de la biotecnología, puede ser explicado a través de los postulados teóricos del “*institucionalismo neoliberal*” a los cuales podemos adicionarle algunos elementos del “*constructivismo*”, toda vez que según nuestro análisis en los campos estudiados es posible identificar en concreto los elementos que conforman los esquemas teóricos señalados:

El contexto de “*interdependencia compleja*” al que asistimos podemos tomarlo como un hecho notorio que no necesita mayor explicación, ni prueba, sobre todo a partir de la superación de las dicotomías ideológicas que caracterizaron gran parte del siglo pasado, pero sobre todo, por el aumento sostenido de los flujos transfronterizos. Además, en el campo que tratamos, el de la biotecnología, tal como manifestamos en ocasiones anteriores la complejidad es evidente pues en el seno de esta materia concreta se relacionan cuestiones tan diversas como la propiedad de los recursos genéticos, el vínculo entre la ciencia y la política, la economía y el derecho, la propiedad intelectual, la seguridad de los alimentos, los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el comercio internacional.

Prosiguiendo con el análisis, comprenderemos que en este marco fenomenal, progresivamente es más evidente la existencia de “*gobierno multinivel*” que nos estimula a recurrir a la teoría de la “*governance*” para explicar el juego de presión y decisión dentro de las estructuras organizativas. En este sentido y aún cuando esta teoría fue pensada para explicar el funcionamiento de organizaciones complejas y *sui generis* como la Unión Europea, es útil para comprender la lógica de las relaciones que operan al momento de determinar una posición en el escenario internacional. Con algunos matices, más o menos importantes, es posible comprender que en el seno de las estructuras estatales o regionales se entremezclan múltiples actores, entre los que podemos encontrar aquellos que pertenecen al sector privado (industriales, productores agrícolas), al sector público (burocracias en sus varios niveles: supranacional, federal, autonómico o provincial y local) y al tercer sector (ambientalistas, consumidores, militantes de derechos humanos). A partir de la negociación, puja o imposición de sus preferencias particulares, los sujetos de Derecho internacional podrán consensuar una posición interna común a todos los participantes o mantendrán posiciones diversas, en algunos casos, antagónicas, dando lugar a los juegos de doble nivel caracterizados y explicados por PUTMAN⁶⁶, donde el Estado debe conjugar elementos domésticos en la definición de su política exterior, que a su vez, condiciona su política interna.

A este punto del análisis podremos retomar el postulado de KEOHANE cuando enuncia que la ausencia de un criterio jerarquizante y unitario, como fue la seguridad nacional, facilita que emerjan intereses sectoriales no siempre vinculados indefectiblemente al “interés nacional tradicional”. En consecuencia, las organizaciones estatales o regionales encargadas de negociar a escala internacional, representan intereses propios nacidos de la interacción de sus actores internos y que llevarán al escenario internacional promoviéndolos como discursos legítimos y totalizantes susceptibles de ser acogidos como contenido sustancial de futuros acuerdos internacionales.

⁶⁶ PUTMAN, R., “Diplomacy and Domestic Politics: The logic of two-level games” en *International Organizations*, Vol. 42, Nro. 3, Año 1988.

Si bien podríamos afirmar que entre los diversos actores que intervienen en la escena global existe un “*interés compartido*” presente en la voluntad de resolver, desde lo procedimental, el modo o el estilo, y desde lo sustancial, el contenido de las normas que regularán una determinada área material en cuestión, también es verdadera la afirmación que cada una de las preferencias domésticas perseguidas y posicionadas por los grupos de presión han sido dotadas de un peso argumentativo de tales características que logran ser presentadas como “*ideas fuerza*” y que impiden resolver la diferencia acordando en concreto aún cuando pueda existir interés cooperar globalmente.

Debemos rescatar que aun cuando en el campo de la biotecnología exista una gran percepción de falta de cooperación, porque como hemos veremos en la primera parte de nuestro trabajo, la regulación de la biotecnología se encuentra totalmente fragmentada y gobernada por regímenes que responden a racionalidades contradictorias, no podemos negar que entre los principales actores mundiales existe la “*confianza*” descrita por la teoría como un factor determinante para el nacimiento de los regímenes. Más allá de las diferencias que analizamos en materia de biotecnología, la mayoría de los Estados líderes son socios comerciales, cuentan con historias nacionales comunes, son aliados militares y en cierta medida han creado conjuntamente la estructura sistémica global imperante. En consecuencia, podemos atribuir que la falta de resolución o retardo en el acuerdo sobre materia de biotecnología, responde a la presión política interna de los grupos de presión que fuerzan la construcción y sostenimiento de posiciones rígidas a nivel internacional.

Por lo tanto, dada esta imposibilidad de acordar el contenido sustancial o procesal en materia de biotecnología dentro de un mismo régimen, es posible que los actores internacionales ejerzan su “*liderazgo*” en la fragmentación y consecuente conformación de regímenes paralelos en los cuales puedan ser recogidas sus pretensiones particulares. De esta manera amplían los espacios de negociación y consecuentemente la concreción de acuerdos internacionales, aunque en determinados momentos algunas cuestiones puedan estar reguladas de forma superpuesta y aún contradictoria en diferentes regímenes internacionales, dando lugar a las llamadas controversias transversales a diferentes regímenes internacionales.

De esta forma, estimamos que es posible explicar de modo contundente la causa de la fragmentación del Derecho internacional, no como un fenómeno *casual*, sino todo lo contrario, como un fenómeno *causal*, producto de la existencia de pretensiones irreconciliables emergidas desde el seno de las comunidades domésticas de los principales actores internacionales que han logrado posicionar un discurso y politizarlo extremadamente, dando lugar a regímenes que acogen con mayor fluidez los intereses de los grupos representados.

Esta explicación constituirá sólo el principio de nuestro análisis, porque también sabemos que por la propia dinámica de los regímenes -cristalización de discursos fundados en el interés común y la confianza mutua-, buscarán la universalización de sus ideas, conceptos e intereses. En este sentido RUIZ FABRI y GRADONI expresan que observan la mundialización como un proceso de circulación y difusión de conceptos jurídicos de manera uniforme por los distintos espacios normativos. Estos espacios se influyen mutuamente a través de su funcionamiento y, tal y como expresaron los autores, puede observarse el entrecruzamiento de valores normativos, técnicas, modelos interpretativos y conceptos jurídicos. Así, es posible asociar la idea de mundialización de los conceptos jurídicos no solamente con el fenómeno de transferencia desde el

Derecho internacional hacia los sistemas nacionales (circulación vertical), sino también entre los diferentes espacios normativos dentro del Derecho internacional (circulación horizontal)⁶⁷.

De esta forma, comprendimos que el fin último de la fragmentación del derecho no era solamente la concreción de un sistema especial de normas con relación a una determinada materia, sino que el objetivo de los *líderes globales* es continuar llevando adelante este núcleo de *ideas fuerza* que nacieron de las pretensiones internas, estimular la construcción de instituciones que las recojan y propulsen, sumar el apoyo del mayor grupo de sujetos de Derecho internacional y actores internacionales, catalizar la construcción de principios jurídicos especiales y por medio de la repetición de conductas y la consolidación de los denominados discursos hegemónicos, influenciar sobre el núcleo de los regímenes paralelos y lograr, por último, que estos “tengan en cuenta” su contenido sustancial en la resolución de controversias transversales.

De esta forma, el *líder* del régimen particular conseguiría la circulación de las ideas, conceptos jurídicos e intereses del régimen que auspicia, hacia otros regímenes en los cuales también puede participar y tiene interés, pero en los cuales no ha tenido la capacidad de negociar la recepción absoluta de sus pretensiones o, en caso de que hayan sido receptadas, no lo han sido del modo o en la extensión de su interés. De esta forma se conseguiría concretar un cambio de régimen, cambio que, como describe KEOHANE, al provenir de la influencia de una organización internacional se transforma en el cambio más efectivo que puede materializarse.

2) Soluciones a los problemas emergentes de la fragmentación del Derecho internacional: Entre la “interpretación sistémica” y “aplicación contextual”

Los métodos más frecuentes que ha propuesto la doctrina a fin de resolver las controversias transversales son consecuentes a la posición doctrinal que se adopta frente al fenómeno de la fragmentación. Las corrientes universalistas o constitucionalistas se inclinan preferentemente por dos instrumentos: la inclusión de cláusulas de conflicto, calificadas como cláusulas de “coexistencia pacífica” o “apoyo mutuo” que suponen una coexistencia no conflictual que reivindica la complementariedad de los tratados, toda vez que no modifican ni sus derechos ni sus obligaciones, ni establecen jerarquías entre ellos. Aún cuando desde lo declarativo son contundentes, no siempre resuelven los problemas sustanciales que se recogen dentro de cada uno de los tratados involucrados. Así, haciendo caer la complementariedad al momento que la discordancia se torna patente, trasladan la responsabilidad del negociador hacia el juez, que recibe en sus manos un problema mucho más difícil de resolver⁶⁸.

El segundo instrumento lo conforma el principio de la interpretación sistémica incorporado al Derecho internacional general por medio del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. La Comisión de Derecho internacional remite al instrumento de la “integración sistémica” del derecho, fundando esta afirmación en el carácter relativo de las técnicas de la *lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*. Por lo tanto, al no ser éstas de aplicación directa, el intérprete y aplicador siempre debe analizar el contexto, buscar una interpretación compatible y decidir dar prioridad en la aplicación sin que esta implique la invalidez de la norma excluida. La cuestión de la relación sólo puede abordarse mediante un proceso de razonamiento que

⁶⁷ RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores) *La circulation des concepts juridiques... op. cit.*, p. 13.

⁶⁸ HELLIO, H., *op. cit.*, p. 74 y ss.

los haga parecer parte de un conjunto coherente y significativo⁶⁹. La interpretación sistémica se constituye como un principio normativo según el cual todo tratado debe ser interpretado a la luz de todas las normas relevantes de Derecho internacional aplicable entre las partes⁷⁰.

Las corrientes del pluralismo jurídico, en contraposición a las propuestas expresadas en el apartado a) optan por una aplicación contextual del Derecho internacional. En este sentido los autores FISCHER-LESCANO y TEUBNER se formulan una de las preguntas típicamente planteadas en este contexto de fragmentación, esto es: ¿cómo deben reaccionar los regímenes ante la ausencia de una jerarquía normativa? La respuesta que brinda la corriente del Derecho Global implica “fortalecer la red de observación mutua”. La decisión final ante el conflicto de regímenes se constituiría entonces por una secuencia de decisiones luego de una variedad de observaciones dentro de la red. Sería por tanto un proceso en el que los nudos de esta red se reconstruyen, influyen, limitan y controlan unos a otros. En este contexto existe sólo una solución posible: el desarrollo de normas de fondo a través de la creación de un Derecho de regímenes que regule los conflictos de los regímenes entre sí, el cual está fundado en la ausencia de instancias jerárquicas⁷¹.

Por otra parte, la segunda corriente del pluralismo jurídico que oportunamente introdujimos, aquí representada por BERMAN, sintetiza algunos instrumentos propuestos por el pluralismo jurídico con el fin de superar los problemas que pueda plantear el conflicto de normas o de jurisdicciones existentes dentro del sistema jurídico híbrido. El trabajo de este autor es importante porque aun cuando estos instrumentos han sido descritos y analizados en diversas oportunidades por sus propios creadores, BERMAN los compila y expone de manera conjunta, estos son: 1) “*interacciones legales dialécticas*”, 2) “*margen de apreciación*”, 3) “*regímenes autonómicos limitados*”, 4) “*régimen de subsidiariedad*”, 5) “*multiplicidad de jurisdicciones*”, 6) “*modalidades de participación híbridas*”, y 7) “*régimen de reconocimiento mutuo*”.

En el ámbito específico de la Organización Mundial del Comercio, algunos autores expresan sus argumentos relacionados al carácter de los conflictos a los que se enfrenta el sistema de solución de diferencias de la organización, y la mecánica que debería abordarse para resolverlos. En este sentido, NEUMANN expresa que hay contradicciones entre regímenes que no se reducen a un conflicto normativo, sino que se está ante un conflicto programático en el que colisionan los objetivos y la lógica o racionalidad de cada régimen⁷².

Como analizamos anteriormente, FISCHER-LESCANO y TEUBER también subrayan que hay colisiones entre regímenes que no sólo tienen una vertiente normativa, sino que se les entremezclan con aspectos políticos, económicos o culturales que no se resuelven

⁶⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Fragmentación del Derecho internacional...*” *op. cit.*, Párrafo 414.

⁷⁰ RODILES, A., *op. cit.*, p. 387, PAGLIARI, A., “Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos” en *Ars Boni et Aequi - Revista Jurídica Universidad Bernardo O'Higgins*, Nro 5, Año 2010, p. 38, FRANCONI, F., “*Environment, Human Rights and the limits of free trade...*” *op. cit.* en FRANCONI, F., (editor) “*Environment, Human Rights and International Trade...*” *op. cit.*, p. 23-25; TARASOFKY, R., *op. cit.*; MARCEAU, G., “A call for coherence...” *op. cit.*; MARCEAU, G., “Conflict of norms...” *op. cit.*, PAVONI, R., “*Biodiversity and Biotechnology...*” *op. cit.* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *op. cit.*, pp. 53-56.

⁷¹ FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*, p. 1018 y ss.

⁷² PULKOWSKI, D., “Book Review” en *European Journal of International Law*, Vol 16, Nro. 1, 2005, pp. 153-160.

simplemente aplicando normas de conflicto⁷³

A nuestro entender, estas dos visiones resultan extremas, porque adoptan lisa y llanamente o excluyen de igual forma, el consentimiento de los Estados a los complejos normativos que conforman el contenido de los regímenes internacionales involucrados en una controversia transversal. Por lo tanto, estimamos necesario recorrer con más precisión el entorno al proceso de decisión en torno a diferencias complejas como las vinculadas a la biotecnología.

Consideraciones finales

Habiendo repasado posiciones doctrinales y herramientas teóricas desde una posición *externa*, retomaremos una posición *interna* al conflicto y en primer término nos preguntamos quien se encuentra en mejores condiciones de resolver una controversia transversal, presentando y analizando la actuación de judicatura nacional e internacional. En este punto consideramos que el peso de la resolución pacífica de la controversia estará en cabeza del “juez internacional” que deba conocer de la cuestión y que en su doble rol de “actor” del sistema internacional y “funcionario” internacional perteneciente a un determinado régimen jurídico particular, no está exento ni de la influencia de los regímenes internacionales, ni del mandato legal del cual nació su poder jurisdiccional, pero estamos convencidos que sobre estas dos influencias, debe responder a un principio universal que se materializa en su obligación más fundamental consistente en la resolución pacífica de la controversia transversal, respetando aquellos estándares mínimos que conforman el “núcleo duro” de los regímenes paralelos.

La segunda pregunta que formulamos consiste en determinar cuales son las instancias del proceso de toma de decisión por los cuales atraviesa quien resuelve la controversia transversal. La respuesta a nuestro entender la constituyen dos momentos: *fase de discernimiento* y *fase de motivación*.

El primer momento es una etapa que denominaremos “*fase de discernimiento*” en la cual el juez internacional revisa los fundamentos y alcance de su jurisdicción, los límites del derecho aplicable, medita en torno a los argumentos y la prueba suministrada por las partes de la controversia y formula para si mismo un juicio hipotético sobre la resolución que desde su legal saber y entender y desde las máximas de la experiencia común y la lógica conquisten su íntima convicción.

Esta es una fase de contenido jurídico y meta-jurídico en la cual el juez internacional recibe la influencia del contenido propio del régimen al cual pertenece -en su rol de funcionario internacional-, como del contenido emergente de los regímenes paralelos -en su rol de actor internacional-.

Desde esta perspectiva, observamos que el régimen es una potente fuerza de influencia y cambio que ejerce presión sobre sus miembros, sobre sus no-miembros y sobre otros regímenes paralelos. Esta presión también opera sobre el juez internacional por medio de lo que NYE llamó “*soft power*” definiéndolo como la capacidad de marcar preferencias por medio de resortes intangibles como la cultura, una ideología y una institución atractiva (...) el *soft power* no es solamente la influencia, aunque es una forma de influencia, es también persuasión o la capacidad de transformar a los otros mediante argumentos, es la capacidad de atraer y actuar y la atracción a menudo lleva a

⁷³ FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*, p. 1004.

la conformidad y a la imitación. El *soft power* procede en gran medida de los valores⁷⁴. De este modo el juez internacional durante esta fase forma intelectualmente su respuesta al caso concreto a partir de los elementos normativos vinculantes y no vinculantes, como también a partir de elementos no normativos pertenecientes a todos los regímenes internacionales involucrados.

La segunda etapa la denominaremos “*fase de motivación*” y está constituida por la obligación de transformar el contenido de la “*fase de discernimiento*” en argumentos de carácter jurídico que puedan motivar legal y lógicamente la decisión adoptada para resolver de la controversia transversal. En esta etapa el juez debe recurrir a los instrumentos o herramientas que suministra el Derecho, como ciencia, para poder dar una respuesta de contenido jurídico al problema vinculado a la biotecnología planteado, que si bien emerge por causas meta-jurídicas, como es la divergencia en la racionalidad rectora de las normas internacionales que se involucran en este tipo de controversias, ha sido presentado en términos legales.

A nuestro entender este último marco dispone de dos alternativas de acción dependiendo de la posibilidad concreta de recurrir al aspecto normativo que constituye el derecho positivo emergente de los regímenes internacionales paralelos a aquel al cual pertenece el juez que tiene ante sí la resolución de la diferencia.

Por una parte, el universalismo presenta la “interpretación sistémica” emergente del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como la herramienta más adecuada para la solución de controversias transversales, instrumento que si bien no resulta en la aplicación sustantiva del derecho extra-régimen en los mecanismos de solución de diferencias de un régimen, permite su “ingreso” por medio de las técnicas de interpretación que obliga a “tener en cuenta” toda regla de Derecho internacional que sea aplicable entre “las partes”.

Seguidamente analizamos las diferentes corrientes doctrinales que interpretan y explican el significado de la referencia “las partes” y adoptamos los argumentos de la posición “restrictiva” que considera que para que una regla de Derecho internacional sea tenida en cuenta para interpretar el sentido de la norma destinada a la resolución de la controversia en concreto, es necesario que todas las partes del acuerdo a interpretar sean parte del acuerdo que se utiliza como instrumento de ayuda para la interpretación. Adoptamos esta posición por coincidir con las razones expuestas oportunamente y que por razones de economía, remitimos a la sección oportuna para su repaso.

Por otra parte, presentamos las corrientes más cerradas a la influencia del Derecho internacional general como a la influencia de los regímenes internacionales especiales, descubriendo que para estas corrientes no es posible expresar una solución teórica en abstracto de cómo resolver las controversias transversales, sino que se limitan a indicar una serie de instrumentos jurídicos a disposición del aplicador del derecho o a sugerir la formulación de un derecho de regímenes internacionales que se disponga a resolver un conflicto que de acuerdo a la normativa existente es imposible conducir.

Sin embargo, en este momento, nuestra pregunta de origen permanece sin respuesta. ¿Cómo se solucionan las controversias transversales, especialmente, en materia de biotecnología? Aparentemente, en nuestra materia, las soluciones dispuestas por la teoría jurídica siempre llegan a un límite que está dado por la necesidad del consentimiento de los sujetos de Derecho internacional a la aplicación de una norma

⁷⁴ NYE, J. Jr., *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, Madrid, 2003, pp. 30-31.

internacional. Por lo tanto, aun cuando el Derecho internacional general contenga una norma de las características del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, que nos permite “tener en cuenta” toda regla de Derecho internacional aplicable entre las partes; en el caso que “todas las partes” de un tratado no lo sean de la norma a la que apelamos como instrumento de ayuda a nuestra interpretación, estaríamos impedidos de recurrir a ésta norma extra-régimen.

El segundo de los instrumentos que consideramos apropiados para la resolución integral de la controversia transversal en materia de biotecnología consiste en la “*interpretación evolutiva*”. Este instrumento apela al contenido de los regímenes internacionales involucrados para informar sobre el significado actual de los términos del acuerdo aplicable directamente al caso, el que generalmente pertenecerá al régimen internacional del cual el juez internacional interviniente es funcionario. La interpretación evolutiva aborda la cuestión de la “inter-temporalidad” de las normas.

Por medio de la “interpretación evolutiva” se trata de reconocer que el Derecho, por el carácter cultural y social de sus normas, debe adaptarse a las circunstancias, creencias y exigencias cambiantes de cualquier sociedad tanto a la hora de crear esas normas como de interpretarlas. Los textos de las disposiciones deben constantemente acomodarse mediante ajustes en su exégesis al tiempo y al espacio, a la realidad social del momento en que han de ser aplicadas. La literalidad de la disposición, vehículo formal de los mandatos, es evidentemente un punto de partida y un límite, un obstáculo a menudo en apariencia insalvable y, en otras, infranqueable. Pero la interpretación de los derechos es frecuentemente una “interpretación constructiva”⁷⁵ de normas, por la textura abierta a los hechos y a las modificaciones científicas, culturales o tecnológicas de los derechos. Es una exégesis que, antes de “revelar” el sentido oculto del precepto, lo construye desde su propia inmanencia, confiere o irroga sentido a la norma, delimitando objetos, contenidos, límites, facultades e interacciones de los derechos que se adhieren al texto escrito del precepto.⁷⁶

Oportunamente analizaremos una basta jurisprudencia internacional y estaremos en condiciones de observar que si formulamos una evaluación global de los elementos descriptos será menester señalar que la interpretación evolutiva como instrumento judicial ha sido utilizado de modo creciente en los últimos años, no obstante, este recurso no se da en todas las materias que aborda el Derecho internacional, sino que ha tenido como foco de concentración a las cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, en consecuencia, se muestra como un instrumento tentador para que sea utilizado durante la fase de motivación de las decisiones tomadas en un contexto de resolución de controversias transversales en materia de biotecnología.

Consideramos pues, que el “juez internacional” que tiene ante sí el estudio de una controversia transversal debe “aplicar” la norma que ordena la voluntad de los sujetos

⁷⁵ BÖCKENFÖRDE, E.W., *State, Society and Liberty. Studies in political theory and constitutional law*, Berg, Nueva York-Oxford, 1991.

⁷⁶ GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coordinadores), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; GARCIA ROCA, J. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* Nro. 5, Año 2006, p. 164, GARCIA ROCA, J. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Vol. 2, Nro. 2, Año 2005, p. 64.

de Derecho internacional partes en la disputa, y a su vez “tener en cuenta” el contenido sustancial de los regímenes paralelos que suministren elementos necesarios para dar una solución integral a la controversia, traduciendo esta influencia probablemente meta-jurídica -entendiendo por tal a la influencia que emerge tanto de elementos no normativos, como normativos no aplicables al caso, en términos estrictamente técnicos- a través de la interpretación evolutiva de los términos contenidos en la norma técnicamente aplicable.

A nuestra consideración el juez internacionalmente competente no tiene facultades de aplicar derecho extra-régimen si la propia norma que le otorga competencia no se lo permite o la norma que rige la causa no lo prevé, porque una acción de estas características lo pondría en una situación de exorbitancia. No obstante, mediante el recurso a la interpretación evolutiva se logra respetar el límite formal de la competencia y al mismo tiempo resolver la controversia de un modo sustancialmente integrador de todos los elementos involucrados en ésta, sin la necesidad de recurrir a la aplicación formal, pero sin obviar el valor real de los regímenes paralelos.

La última cuestión que analizaremos busca determinar cuales son los límites que tiene un juez internacional cuando utiliza el recurso de la interpretación evolutiva. En este sentido consideramos que el juez debe perseguir la búsqueda de una solución integral y pacificadora, donde por medio del ejercicio de su rol diplomático busca rescatar el “núcleo duro” de los regímenes internacionales paralelos para determinar el alcance los términos que regulan la diferencia. No obstante, aun cuando es el juez internacional el encargado de determinar este “núcleo duro” caso por caso -porque dada la propia dinámica⁷⁷ de los regímenes internacionales es imposible hacerlo en abstracto-, consideramos que tampoco el juez internacionalmente competente puede ser autónomo en esta interpretación de los conceptos emergentes de los regímenes paralelos.

En esta tarea de indagar sobre el contenido del núcleo duro de los regímenes paralelos es aplicable la teoría del uso jurídico de GOLDSCHMIT cuando explica que el juez de un régimen no aplica el derecho del régimen extranjero (extra-régimen), sino que indaga el uso jurídico que se da a la norma extranjera (extra-régimen) dentro de su propio orden. No se aplica la norma literalmente, ni se avoca a analizar la constitucionalidad o validez, sino que solamente debe atender la probable sentencia con el máximo grado asequible que le daría el que dictaría el juez extranjero (extra-régimen)⁷⁸. Se analiza la aplicación, alcance e interpretación que dan los jueces extranjeros a la norma que analizan y de esta manera no aplican la norma extranjera, sino que imitan la probable resolución que dictaría un juez extranjero en caso de aplicar la norma que buscan traer al caso.

El autor considera que el juez cumple una función creadora de Derecho y que una interpretación autónoma de la norma extranjera (extra-régimen) significaría la posibilidad que un juez formalmente incompetente cree Derecho para el régimen del cual no es parte, en consecuencia, la teoría del uso jurídico limita esta acción al imponer la obligación de imitar la sentencia extranjera (extra-régimen), en caso contrario

⁷⁷ GEHRING califica a los regímenes internacionales como “dinámicos”, toda vez que el texto de los tratados representa sólo picos de icebergs normativos. Ver: GEHRING, T. *Dynamic International Regimes: Institution for International Environmental Governance*, Peter Lang, Frankfurt, 1994 en BODANSKY, D., *The Art and Craft of International Environmental Law*, Harvard University Press, Harvard, 2010, p. 155.

⁷⁸ GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado. Derecho de tolerancia*, Buenos Aires, 1988, p. 137.

implicaría una lesión a la soberanía del Estado extranjero⁷⁹

En consecuencia, la teoría del uso jurídico da los límites a la interpretación evolutiva, toda vez que el juez internacionalmente competente no formula una interpretación autónoma, sino que imita la interpretación que daría un juez al cual pertenece la norma que utiliza para informar el concepto que busca interpretar. Como manifiesta GOLDSCHMIT, el derecho extranjero ingresa como si se tratara de un hecho notorio, que no requiere ser alegado y probado por las partes, sino que el propio juez internacionalmente competente puede investigar *ex officio*.

Cuando buscamos las razones por la cual el juez debe atender a los valores que conforman el “núcleo duro” de los regímenes paralelos, llegamos a la conclusión que no constituye un aplicación finalista, sino solamente una cuestión instrumental para dotar al régimen o institución a la cual pertenece de legitimidad que nace de la protección de los estándares mínimos. Cuanto más se involucre una institución con una serie de valores, más relevante se hará la legitimidad de la responsabilidad democrática⁸⁰. En este sentido, compartimos los argumentos expuestos por POLLACK y SHAFFER cuando mencionan que el juez debe ser consciente del efecto de sus resoluciones sobre otros procesos políticos circundantes y del efecto que sus decisiones tienen en el sostenimiento de la institucionalidad internacional⁸¹ como estructura legítima para el cauce de las relaciones internacionales, aun cuando también sabemos de la imposibilidad legal de exigir una conducta como la descrita.

La solución a los problemas que surgen de la biotecnología, requieren enfoques integrales si pretendemos soluciones sustentables, aunque también consideramos que las respuestas normativas requieren de una cuota de prudente innovación con el fin de superar los límites que impone uno de los principios fundamentales del Derecho internacional como el consentimiento estatal y a su vez facilitar equilibrios inter-regímenes que permitan el desarrollo sostenible de la tecnología inmersa dentro del contexto general.

Nuestro problema consiste en dilucidar el modo a través del cual podemos solucionar controversias transversales a diferentes regímenes internacionales, cuando se llega al límite del Derecho internacional que constituye la ausencia de consentimiento a la aplicación de las normas jurídicas pertenecientes a alguno de los regímenes involucrados en la diferencia en materia de biotecnología.

Estamos convencidos que la respuesta requiere en primer lugar comprender la conformación del problema que, lejos de ser exclusivamente jurídico, es esencialmente político internacional y se materializa en la construcción de regímenes internacionales fundados en racionalidades diferentes, y en determinadas circunstancias, contradictorias. En consecuencia, con el propósito de contextualizar el problema, comprender la causa eficiente de los regímenes, los modos de relación entre éstos y las potenciales soluciones a las diferencias que emergen de su coexistencia, adoptaremos sucesivamente, a medida que avanzamos en el análisis, aproximaciones metodológicas diversas.

Nuestro trabajo se dividirá en dos partes y cada una de éstas contendrá dos capítulos. En

⁷⁹ GOLDSCHMIDT, W., *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1935, p. 16

⁸⁰ NYE, J. Jr., *La paradoja...* *op. cit.*, p. 230.

⁸¹ POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 233.

la primera parte denominada “*La Regulación Internacional de la Biotecnología*” desarrollaremos con un enfoque descriptivo “*La regulación multifasética de la biotecnología*” (capítulo 1), aunque desde una perspectiva analítica podremos identificar “*Las tres fases de descoordinación de la regulación internacional de la biotecnología*” (capítulo 2). Por último, concluiremos la primera parte del trabajo abordando el análisis de “*La cláusula de “apoyo mutuo”: de la coherencia declarativa a la inconsistencia sustancial*” (conclusión) con el fin de desentrañar desde su núcleo la voluntad de los Estados en vista a la posible solución de las controversias transversales en materia de Biotecnología.

En la segunda parte denominada “*La Fragmentación del Derecho Internacional y la Solución de Controversias Transversales en materia de Biotecnología*” abordaremos la cuestión de la fragmentación del Derecho internacional, presentando “*Dos Concepciones sobre la Interpretación Jurídica de la Regulación multifasética de la Biotecnología*” (capítulo 1) en donde analizaremos el debate entre la *unidad* y *pluralidad orgánica* del Derecho internacional, a partir del surgimiento *casual* o *causal* de regímenes normativos internacionales *funcionalmente diversos* o *sustancialmente contradictorios*. Seguidamente, presentaremos “*Soluciones a los problemas emergentes de la fragmentación del Derecho internacional*” (capítulo 2) abarcando tópicos que van desde la *interpretación sistémica* a la *aplicación contextual* del Derecho internacional. Por último, presentaremos nuestra propuesta para solucionar las controversias transversales a diferentes regímenes internacionales en materia de Biotecnología, a la cual arribamos después de desentrañar el origen causal de la fragmentación en diversos regímenes internacionales y comprender el modo en que pueden sustentarse los cambios de regímenes, a partir del *soft power* que ejercen sus ideas sobre los sistemas paralelos y que cobran sentido jurídico por medio de la utilización del instrumento de la *interpretación evolutiva* de los conceptos normativos aplicables, informados a partir del derecho extra-régimen que es tenido en cuenta a partir de su consideración como un hecho notorio parte del contexto normativo.

En síntesis, el fenómeno de la fragmentación es visto por algunos como un riesgo para la coherencia del orden jurídico internacional, mientras que otros creen que es una oportunidad para responder a los nuevos desafíos globales.⁸² Por nuestra parte, consideramos que este fenómeno en general, y en especial en materia de biotecnología, debe ser comprendido desde una aproximación interdisciplinaria que facilita el esclarecimiento de las causas de su origen, y a partir de entonces, configurar un vector en la búsqueda de soluciones al problema real de aplicación del Derecho internacional y de resolución de las controversias transversales que se manifiestan a través del conflicto normativo, aunque pueden representar en la mayoría de los casos, divergencias políticas. En consecuencia, en determinadas circunstancias, la función de resolver pacíficamente las diferencias podría llevarnos a proponer soluciones alternativas que se atrevan a innovar cuando se ha llegado a la frontera del derecho.

⁸² RODILES, A., *op. cit.*, p. 373.

PARTE I: LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA BIOTECNOLOGÍA

INTRODUCCIÓN A LA BIOTECNOLOGÍA

El fenómeno biotecnológico ha irrumpido en la escena internacional hace poco más de una década despertando todo tipo de reacciones en cada uno de los segmentos sociales que observaron los efectos de esta innovación sobre sus intereses sectoriales. Es destacable resaltar como la manipulación de una combinación bioquímica de un tamaño inferior a la unidad del universo biótico puede revolucionar las ciencias naturales y sociales como lo hace la biotecnología moderna.

Frente a este fenómeno de la industria agroalimentaria, y a partir de las repercusiones sobre los sectores más destacados de cada unidad de acción y decisión, los países han adoptado varias posturas regulatorias. Algunos recogen dentro de su estructura normativa una diferenciación de trato entre organismos “sustancialmente equivalentes” a sus pares tradicionales y aquellos que, habiendo sido objeto de modificaciones de importancia, significan un producto diferente en sus características intrínsecas que motivaban un estudio previo y trato diferenciado; otros países, en cambio, estimando que los productos biotecnológicos implican necesariamente la existencia de un nuevo producto al cual no se le pueden aplicar las generales de la ley, sino que requieren un trato especializado, minucioso y sobre los cuales se requieren mayores niveles de cautela.

Estas posiciones domésticas pueden observarse segmentadas de igual modo a escala internacional, por lo tanto encontraremos enfoques apegados a una racionalidad científica, representado en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio y por otra parte, aproximaciones que descansan en una aproximación social, representado en los acuerdos relativos al medio ambiente y a la protección de los derechos humanos, en los cuales se conjugan elementos de diversa índole, tales como socio-económicos, precautorios, etc.

La biotecnología como madre de una serie de productos y servicios biotecnológicos, se relaciona entre otros temas, con la liberalización internacional del comercio, la protección de la propiedad intelectual, la autodeterminación económico-productiva de los pueblos originarios, la protección de la biodiversidad a partir de la adaptación de las especies al medio y la ética de la manipulación genética. Algunos de estos tópicos están comenzando a ser analizados, negociados y regulados por el Derecho internacional a fin de establecer un cauce jurídico apropiado para las relaciones entre sujetos internacionales y también para los actores internacionales.

Las controversias que surgen alrededor de las aplicaciones de esta tecnología, incluyen asuntos de consumo y éticos, además de las preocupaciones medioambientales y de salud pública. El asunto de los organismos genéticamente modificados está en el centro del debate y de las preocupaciones de un gran número de organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil de este nuevo milenio. El sector industrial enfatiza sobre la seguridad de los productos biotecnológicos. Sin embargo, también se pueden encontrar sectores que ostentan fuertes reparos para la introducción de los organismos modificados genéticamente; estas posiciones se ven reflejadas a través de los consumidores y agricultores, localizados especialmente en Europa y en los países en vías de desarrollo, quienes manifiestan su preocupación no solo por la salud humana y el medio ambiente (argumentando que los efectos ambientales de estos organismos no están comprobados), sino que también lo hacen por asuntos económicos y por el

impacto social que este tipo de productos traen aparejados, como la pérdida de mercados que dominan, pérdida de la ventaja comparativa, pérdida del poder de control de precios, e incremento de la dependencia de compañías extranjeras, principalmente, norteamericanas.⁸³

La ponderación presentada ayuda a justificar la importancia del tema como objeto de estudio, no obstante, podemos coincidir que el mismo podría ser abordado desde las múltiples aristas que presenta, significando un objeto amplísimo. En párrafos anteriores definimos la biotecnología aplicada a la producción de alimentos como marco general de investigación, asimismo, estamos en condiciones de determinar que los límites especiales de esta primera parte. Éstos estarán indicados en primer lugar por la abundante regulación internacional que conforman diferentes regímenes internacionales, abordando el objeto de estudio desde diversos puntos de análisis, ambiental, comercial, derechos humanos, agrícola y seguridad alimentaria (*Capítulo 1: El Derecho internacional de la biotecnología: Una regulación multifasética*). No pretendemos sugerir que la regulación multifasética es en si misma defectuosa, sino que perfectamente podría enmarcarse dentro de una coordinación o cooperación generalizada. No obstante, la realidad se encuentra lejos de un deseo de coherencia normativa, encarnándose en el sistema de Derecho internacional sub-sistemas normativos desarticulados entre si (*Capítulo 2: Las tres fases de descordinación de la regulación internacional de la biotecnología*). Por último, concluiremos esta primer parte del trabajo abordando el análisis de una cláusula que atrae la atención de los juristas: la cláusula de “apoyo mutuo” con el fin de desentrañar desde el núcleo de ésta la voluntad de los Estados (*Conclusión: La cláusula de “apoyo mutuo”: de la coherencia declarativa a la inconsistencia sustancial*).

⁸³ SHIM, Y., “Intellectual Property Protection of Biotechnology and Sustainable Development in International Law” en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol 29, Nro. 2, Año 2003, p. 177

Capítulo 1: EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA BIOTECNOLOGÍA: UNA REGULACIÓN MULTIFASÉTICA

A. Los regímenes regulatorios de la biotecnología en el Derecho internacional económico

A.1- La regulación de la Biotecnología en el Derecho de la Organización Mundial del Comercio

Tal como expresamos en la introducción a este trabajo, en la primera parte de la obra analizaremos disposiciones legales nacidas en el marco de la Organización Mundial del Comercio, como parte constituyente del Derecho internacional, en materia de biotecnología, buscando determinar el contenido de estas disposiciones y su interpretación al efecto de su aplicabilidad, efectuado por los diferentes Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio.

Debemos anticipar que no existen en el seno de la Organización Mundial del Comercio normas de carácter especial que regulen a los organismos y/o productos genéticamente modificados designándolos concretamente por su nombre, sino que se consideran comprendidos por la normativa general que rige el comercio de todas las mercancías.

Por lo tanto, habiendo visto la definición del objeto de estudio y sus posibles aristas, cabe decir que focalizaremos el análisis sobre las normas contenidas en tres acuerdos administrados por la Organización Mundial del Comercio, a saber: a) el Acuerdo sobre Barreras Técnicas (TBT), b) el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS), c) el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT) y d) El Acuerdo sobre aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (TRIPs)

A.1.1- La regulación de la biotecnología en el Acuerdo sobre Barreras Técnicas (TBT)

El Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio (TBT) tiene por objeto regular estándares⁸⁴, regulaciones técnicas⁸⁵ y certificaciones⁸⁶ implementadas por las Partes Contratantes. Este acuerdo fue negociado oportunamente a fin de colocar en mano de todas las partes el derecho de controlar el *telos* de las medidas dispuestas por las contrapartes, pues, si bien siempre es alegado el fin de corregir ciertas externalidades e imperfecciones del mercado, como es la información asimétrica o el poder de mercado, en muchas otras ocasiones, el fin perseguido no es otro que la obstaculización del comercio. Este tipo de medidas tienden a proteger objetivos públicos considerados “legítimos”, no obstante, no es siempre fácil determinarlo, por lo cual, se constituye como una puerta abierta a la acción de los intereses particulares, en especial, de los *lobbies* industriales, sobre todo porque la aplicación de un estándar, una regla técnica o una certificación implica, en el mejor de los casos, elevar los costos de producción generando una competencia desleal entre aquellos agentes económicos que están en condiciones de asumirlo y aquellos que no; y en el caso más extremo, significará el

⁸⁴ Es un parámetro definido por consenso en el seno de reconocidas organizaciones que proveen para el uso común y voluntario, reglas, guías de procedimiento o características de la actividad o sus resultados, para lograr un óptimo grado en un determinado contexto (ISO GUIDE 1991).

⁸⁵ Es una construcción legal obligatoria impuesta para salvaguardar un bien jurídico específico, el cual puede ser la salud, el ambiente, la información de los consumidores etc.

⁸⁶ Es un sistema por el cual se determina que un proceso o un producto ha sido desarrollado respetando una regla técnica o un standar predeterminado.

desincentivo a permanecer en el mercado o para el ingreso de nuevos agentes, o directamente su exclusión.

Los objetivos que persigue el actual Acuerdo (TBT) fueron enunciados y aprobados por primera vez en el año 1979, durante la Ronda de Tokio, bajo el nombre de “código de estandarización”, el mismo incluía dentro de sus cláusulas una regulación dirigida tanto para las normas técnicas comprendidas en sentido amplio, como para las medidas sanitarias y fitosanitarias, específicamente.

El devenir del comercio internacional y la práctica de las Partes Contratantes, demostró la necesidad de negociar el contenido de nueva reglas que se tradujeran en acuerdos que regularan separadamente ambas materias, pues las características de una y otra eran sustancialmente diversas. La consecuencia se plasmó durante la Ronda Uruguay, momento en el cual se firma el acuerdo TBT, vigente en la actualidad, con el objeto de controlar que la aplicación de estándares, reglas técnicas o certificaciones no generen o constituyan barreras “innecesarias”⁸⁷ al comercio.

El acuerdo TBT trata de equilibrar dos objetivos de política en oposición: La prevención de proteccionismo, por un lado y el derecho de las Partes Contratantes de promulgar normas relativas a la aprobación de productos con fines “legítimos” de política pública⁸⁸, en este sentido regula además las reglas sobre procesos y métodos de producción que tengan algún impacto o incidencia en las características del producto final, pero no en relación a las consecuencias que puedan tener esos procesos o métodos en el cuidado o contaminación del medio ambiente.⁸⁹ Aparece así que la regulación doméstica puede ser la siguiente frontera de la protección, y por eso, el Acuerdo de Organización Mundial del Comercio en las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo SPS) y el Acuerdo en las trabas técnicas al comercio (Acuerdo TBT) comenzaron a disciplinar la regulación doméstica más intensivamente⁹⁰ Tanto este Acuerdo sobre Barreras Técnicas como el Acuerdo para Medidas Sanitarias se basan en lo que la doctrina ha llamado principio de “trato internacional” es decir, que el fin último de estos Acuerdos es que los países apliquen normas internacionales a los productos importados.⁹¹

Este acuerdo no opera de modo aislado, sino que debe ser interpretado y aplicado a partir de un criterio de integración y armonización con otras normas pertenecientes al sistema Organización Mundial del Comercio, pues se encuentra vinculado a los artículos III (Trato Nacional) y XX (Excepciones Generales) del GATT y resulta de aplicación subsidiaria en relación al acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS)⁹². No obstante lo expuesto, las disposiciones del TBT son autosuficientes, en el sentido de que dispone de sus propios fines y métodos, como son asegurar que las medidas adoptadas no sean discriminatorias y no impliquen una restricción al comercio, mayor a lo “necesario” para la consecución del objetivo “legítimo” perseguido.

⁸⁷ FONTAGNE, L., MINOUNI, M. y PASTEELS, J.M., “Estimación de los efectos de los OTC y las MSF ambientales en el comercio internacional” en *Integración y Comercio*, Vol. 22, Año 2005, p. 10.

⁸⁸ APPLETON, A.E., *Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property- Module Technical Barriers to Trade*, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Geneve, 2003, p. 3.

⁸⁹ SAN MARTIN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *La Organización Mundial del Comercio y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2000, p. 106.

⁹⁰ TRACHTMAN, J., “Regulatory jurisdiction and the WTO” en *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Nro. 3, Año 2007, p. 633.

⁹¹ SAN MARTIN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *op. cit.*, p. 105.

⁹² Cfme. Artículo 1.5 acuerdo TBT.

a- La definición de “reglamento técnico”

La primer pregunta que nos formulamos se refiere al contenido del concepto de “reglamento técnico” para lo cual el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Amianto* predicó en los siguientes términos⁹³: El párrafo 2 del artículo 1 del acuerdo TBT dispone que, a los efectos de ese acuerdo, el sentido de los términos será el que se precisa en el Anexo 1. En el punto 1 del Anexo 1 del acuerdo OTC se define el “reglamento técnico” como un: documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

La esencia de la definición de “reglamento técnico” es que en un “documento” se han de “establecer” -es decir, enunciar, estipular o disponer- las “características de un producto”. El término “características” tiene una serie de sinónimos que son útiles para entender el sentido corriente de ese término en este contexto. Así, las “características” de un producto incluyen “calidades”, “atributos”, “peculiaridades” u otras “marcas distintivas” de un producto que sean objetivamente definibles. Tales “características” pueden referirse, en particular, a la composición, tamaño, forma, color, textura, dureza, resistencia a la tensión, inflamabilidad, conductividad, densidad o viscosidad de un producto. En la definición de “reglamento técnico” que figura en el punto 1 del Anexo 1, el propio acuerdo TBT da ciertos ejemplos de “características de un producto”: “prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado”. Estos ejemplos indican que las “características de un producto” incluyen no sólo las peculiaridades y calidades intrínsecas del propio producto, sino también características conexas tales como los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto. Además, según la definición del punto 1 del Anexo 1 del acuerdo TBT, un “reglamento técnico” puede incluir las “disposiciones administrativas aplicables” a los productos que tengan ciertas “características”. Por otra parte, la definición de “reglamento técnico” dispone que tal reglamento “también puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado o tratar exclusivamente de ellas”. El empleo en esa frase del término “exclusivamente” y de la conjunción disyuntiva “o” indica que un “reglamento técnico” puede limitarse a establecer solamente una o unas pocas “características de un producto”.

El Órgano de Apelación continúa diciendo que en la definición de “reglamento técnico” que figura en el punto 1 del Anexo 1 del acuerdo TBT también se dispone que la “observancia” de las “características de un producto” establecidas en el “documento” ha de ser “obligatoria”. En otras palabras, un “reglamento técnico” ha de reglamentar las “características” de un producto de forma vinculante o imperativa. De ello se desprende que, en lo que se refiere a los productos, un “reglamento técnico” tiene el efecto de prescribir o imponer una o varias “características”: “peculiaridades”, “calidades”, “atributos” u otras “marcas distintivas”. Las “características de un producto” pueden, en opinión de Órgano de Apelación, prescribirse o imponerse con respecto a los productos de forma afirmativa o negativa. En otras palabras, el documento puede disponer, afirmativamente, que los productos han de tener ciertas “características”, o el documento puede disponer, negativamente que los productos no han de tener ciertas “características”. En ambos casos, el resultado jurídico es el mismo: en el documento “se establecen” ciertas “características” vinculantes para los productos, en un caso

⁹³ Asunto *Comunidades Europeas – Amianto* – Apelación, párrafo 66 y ss.

afirmativamente y en otro por implicación negativa.

Evidentemente, un “reglamento técnico” ha de ser aplicable a un producto o grupo de productos identificable. De lo contrario, la aplicación coercitiva del reglamento sería, en la práctica, imposible. Sin embargo, esto no significa que un “reglamento técnico” haya de aplicarse a productos “dados” que se nombren, identifiquen o precisen efectivamente en el reglamento. Aunque el acuerdo TBT se aplica evidentemente a los “productos” en general, en el texto de ese acuerdo no hay nada que lleve a pensar que es necesario que esos productos se nombren o identifiquen expresamente en un “reglamento técnico”.

En conclusión, el Órgano de Apelación ha desarrollado *in extenso* los elementos necesarios para la identificación de un reglamento técnico, señalando tres indicadores:

- 1) un “reglamento técnico” debe especificar “características” de un producto;
- 2) debe ser de carácter obligatorio; y
- 3) debe ser aplicable a un producto o grupo de productos identificable.

b- La definición de los “objetivos legítimos”

Un reglamento técnico tiene por finalidad, como expresamos anteriormente, la persecución de un “objetivo legítimo”. El acuerdo TBT establece que entre los objetivos legítimos se incluyen los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.⁹⁴ Lo cierto es que en este acuerdo la base científica es sólo una de las formas a las que el legislador puede recurrir para justificar la medida que toma⁹⁵, pues el propio acuerdo reconoce que el fundamento de la norma puede estar dado por la información técnica disponible o la tecnología de elaboración conexas o los usos finales a que se destinen los productos. El acuerdo TBT no impone exigencias tan rigurosas como las que colocará el acuerdo SPS. La prueba de necesidad puede o no poder requerir que un Miembro se someta a la prueba científica; esto dependerá, entre otras cosas, del “objetivo legítimo” que pretenda ser alcanzado⁹⁶.

Si bien el párrafo 2 del artículo 2 del acuerdo TBT enuncia una serie de objetivos legítimos que las Partes Contratantes pueden invocar como fin último de sus reglamentos técnicos, en la práctica se han suscitado discusiones en torno a la definición del carácter taxativo o enunciativo de este párrafo. Fue así como el Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas – Sardinias* expresó⁹⁷ que el párrafo 2 del artículo 2 del acuerdo TBT enumera ejemplos de objetivos legítimos, justificando esta apreciación a partir de la propia expresión del artículo “entre otros”, en consecuencia la lista es enunciativa y permite otros objetivos no mencionados expresamente. Corresponde a las Partes Contratantes decidir cuáles son; corresponde a los Miembros decidir cuáles son

⁹⁴ Cfme. Artículo 2.2 acuerdo TBT.

⁹⁵ WOLFF, C., *Biosafety, Biotechnology And The WTO - The SPS And TBT Agreements And GATT*, Paper presentado en el ICTSD Workshop sobre Biotechnology, Biosafety and Trade: Issues for Developing Countries, 18-20 de Julio de 2001, Ginebra, Suiza, p. 2. En el mismo sentido se expresa MOTAAL, D.A., “The “Multilateral Scientific Consensus” and the World Trade Organization” en *Journal of World Trade*, Año 2004, p. 857.

⁹⁶ ATLEE, L., *Balancing concerns about genetically modified organisms with SPS and TBT obligations en SPS and TBT: Tools for harmonization of national legislations, or tool for fragmentation of markets? Analysis based on the case of foodstuff derived from modern biotechnology*, World Trade Institute, Berna, 2003, p. 22.

⁹⁷ Asunto *Comunidades Europeas – Sardinias*, párrafo 7.118 y ss.

los objetivos de política que desean perseguir y los niveles a los que desean perseguirlos. Al mismo tiempo, estas disposiciones imponen ciertos límites a la autonomía de los Miembros que deciden adoptar reglamentos técnicos: los Miembros no pueden crear obstáculos al comercio que sean innecesarios o que en su aplicación constituyan una discriminación arbitraria e injustificada o una restricción encubierta del comercio internacional. APPLETON considera que es probable que los negociadores del TBT hayan sido influenciados por el lenguaje de los Grupos Especiales del GATT en la definición del término “necesaria” que surge en el contexto del artículo XX del GATT y de esta misma manera estima que se podría pensar si el requisito de “razonabilidad” también debería encontrarse dentro del Artículo 2.2 del TBT, como se encuentra dentro del Artículo XX del GATT⁹⁸

El Grupo Especial continúa su análisis interpretativo, formulando una tarea de integración de las normas multilaterales a fin de suministrar la comprensión más acertada diciendo que si comparamos lo dispuesto por el párrafo 2 del artículo 2 con el párrafo 4 del artículo 2 descubriremos que este último se refiere a “los objetivos legítimos perseguidos”. El sentido corriente de la expresión inglesa “to pursue” (“perseguir”) es “to try to obtain or accomplish” (“tratar de obtener o lograr”) y “to aim at” (“procurar”). Por lo tanto un “objetivo legítimo perseguido” es un objetivo legítimo que un Miembro procura o trata de lograr. Sólo los Miembros que persiguen el objetivo legítimo están en condiciones de dar explicaciones acerca del objetivo que tratan de alcanzar. Los Grupos Especiales, no obstante, necesitan determinar la legitimidad de esos objetivos. Observamos a este respecto que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Canadá - Patentes farmacéuticas*, al definir la expresión “intereses legítimos”, declaró que debía definirse “como concepto normativo que exige la protección de intereses que son “justificables” en el sentido de que están apoyados por políticas públicas u otras normas sociales pertinentes”

La muestra del carácter enunciativo del párrafo 2 del artículo 2 del acuerdo TBT podemos encontrarla en el asunto *Comunidades Europeas – Preferencias arancelarias a países en vías de desarrollo*, donde el Órgano de Apelación señaló que el GATT 1994 incluye varias disposiciones que tienen el carácter de excepciones entre las que se encuentran los artículos XX, XXI y XXIV y que posteriormente fue incluida la “Cláusula de Habilitación”, por lo tanto a su juicio, estas excepciones reflejan objetivos legítimos que los Miembros pueden tratar de alcanzar⁹⁹.

c- La necesidad de “estandarización”

Otra de las características del acuerdo TBT es que en su párrafo 4 del artículo 2 establece que “cuando sean necesarios reglamentos técnicos” y existan “normas internacionales” pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, “como base” de sus reglamentos técnicos. De esta forma se estimula a las Partes Contratantes a reconocer los estándares fijados por organizaciones internacionales, no obstante, el acuerdo no identifica ningún tipo de organización internacional, sino que serán las partes las que decidirán cuales son los estándares relevantes.¹⁰⁰ APPLETON, va mas allá y predica que el acuerdo no sólo estimula a las partes a participar, sino que los miembros tienen la obligación, dentro de los límites de sus recursos, a participar en la labor de las organizaciones internacionales de normalización con respecto a los productos para los

⁹⁸ APPLETON, A.E., “*Course on Dispute Settlement...*”, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁹ Asunto *Comunidades Europeas – Preferencias arancelarias a países en vías de desarrollo* – Apelación, párrafo 81.

¹⁰⁰ WOLFF, C., *op cit.* p. 3.

cuales hayan adoptado o prevean adoptar reglamentos técnicos o normas.¹⁰¹

Esta primera parte del párrafo 4 del artículo 2 del acuerdo TBT ha dado lugar a múltiples interpretaciones que han visto la luz principalmente en el asunto *Comunidades Europeas – Sardinias* en el cual el Grupo Especial expuso¹⁰² que el párrafo 4 del artículo 2 del acuerdo TBT comienza con la expresión “cuando sean necesarios reglamentos técnicos”. Para el Grupo especial esta expresión abarca los reglamentos técnicos existentes, pues es perfectamente posible que un reglamento técnico que ya está en vigor, al momento de la entrada en vigor del acuerdo TBT, siga siendo necesario. Considerándolo en el contexto del artículo 28 de la Convención de Viena, el reglamento técnico existente representa una situación que no ha dejado de existir, sino que sigue existiendo; y el párrafo 4 del artículo 2, que obliga a utilizar normas internacionales pertinentes como base de los reglamentos técnicos, se aplicaría, en consecuencia, a esos reglamentos técnicos existentes. Por otra parte, el Grupo Especial observa que la primera parte del párrafo 4 del artículo 2 está redactada en tiempo presente (“existan”) y no en tiempo pasado: “cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación”, los Miembros están obligados a utilizar como base esas normas internacionales. Esto confirma el criterio de que los Miembros tienen que utilizar las normas internacionales pertinentes que existan actualmente o cuya formulación definitiva sea inminente respecto de los reglamentos técnicos que ya están en vigor.

El término “normas internacionales”, también ha sido cuestionado, pues el acuerdo TBT no focaliza la mirada sobre ninguna organización pública o privada internacional al efecto de encontrar los estándares a aplicar, en consecuencia, la discrepancia también debió ser zanjada por el Grupo Especial, el cual manifestó que la expresión “norma” se define en los siguientes términos: “documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria”. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas. Una norma queda comprendida en la definición que establece el párrafo 2 del Anexo 1 del acuerdo TBT si establece “para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos”; si la observancia no es obligatoria; y si la norma es aprobada por una “institución reconocida”.¹⁰³

Estas normas internacionales deben existir o que sea inminente su formulación definitiva. El empleo de la palabra “inminente” significa que los Miembros no pueden dejar de tomar en consideración, respecto de sus reglamentos técnicos existentes, una norma internacional pertinente cuya formulación definitiva sea inminente. Por lo tanto, la interpretación textual del párrafo 4 del artículo 2 no respalda la afirmación de que el requisito de utilizar normas internacionales pertinentes como base para los reglamentos técnicos sólo se aplica a los que hayan de elaborarse y adoptarse, y no a los ya existentes.

Asimismo, al haberse determinado que las Partes Contratantes deben tener en cuenta las normas internacionales, no solo para los reglamentos presentes y futuros, sino también

¹⁰¹ APPLETON, A.E., “*Course on Dispute Settlement...*”, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰² Asunto *Comunidades Europeas – Sardinias*, párrafo 7.74 y ss.

¹⁰³ Asunto *Comunidades Europeas – Sardinias*, párrafo 7.63.

para los existentes, el Órgano de Apelación estipula¹⁰⁴ que el párrafo 4 del artículo 2 del acuerdo TBT impone a los Miembros una obligación permanente de reevaluar sus reglamentos técnicos en vigor a la luz de la adopción de nuevas normas internacionales o de la revisión de las ya existentes y que no hay lugar para la preocupación que expresaron las Comunidades Europeas en el asunto *Comunidades Europeas – Sardinias* en cuanto a que la obligación de modificar un reglamento técnico cuando se adopta una nueva norma internacional convirtiese a las instituciones de normalización en “legisladores mundiales”, toda vez que naturaleza de la obligación convenida por los Miembros está condicionada por cuatro elementos. Primero, la obligación se aplica solamente “cuando sean necesarios reglamentos técnicos”; por lo que si un Miembro no pone en vigor un reglamento técnico, o determina que éste ha dejado de ser necesario, no le es preciso considerar la norma internacional. Segundo, la obligación sólo existe en la medida en que la norma internacional es pertinente respecto del reglamento técnico en vigor. Tercero, si se determina que es necesario un reglamento técnico y que la norma internacional es pertinente, los Miembros deben utilizar esa norma internacional “como base”, lo que significa que deben utilizar las normas internacionales como “elemento principal o principio fundamental” y no que deban ajustarse a esa norma internacional pertinente o cumplirla. El requisito de utilizar como base la norma internacional pertinente no impone una prescripción rígida de poner el reglamento técnico en conformidad con la norma internacional pertinente; esto da a los Miembros cierto grado de latitud en el cumplimiento de la obligación establecida en el párrafo 4 del artículo 2 del acuerdo TBT. A juicio del Órgano de Apelación, la expresión “utilizarán (...) como base” reconoce que pueden existir formas diversas en que los Miembros utilicen la norma internacional pertinente para la elaboración de sus reglamentos técnicos. Por último, los Miembros no están obligados a utilizar la norma internacional pertinente si ésta es ineficaz o inapropiada para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por el reglamento técnico.

Finalmente, el Órgano de Apelación concluye agregando que si un Miembro hubiera de participar en la elaboración de la norma internacional pertinente y después adujera que esa norma no tiene que utilizarse como base de su reglamento técnico *so* pretexto de que ya estaba en vigor antes de adoptarse la norma, permitiríamos que los Miembros eludieran la utilización de las normas internacionales como base de sus reglamentos técnicos con el simple artilugio de anticiparse a las normas internacionales tomando medidas que frustran el objeto y fin del desarrollo de éstas, lo cual atenta contra el principio de buena fe que gobierna en el Derecho internacional.

d- La posibilidad de apartarse de los estándares internacionales

Es posible que pueda darse el caso que existan estándares consensuados por organizaciones internacionales y que las Partes Contratantes no estén de acuerdo en aplicar, lo cual podría ser considerado por otras partes como más restrictivos de lo necesario para el logro del objetivo buscado, en tal caso la parte que disponga la omisión de la aplicación de la “norma internacional” en favor de la aplicación de una norma nacional más restrictiva, deberá probar que la disposición evadida era “ineficaz” o “inapropiada” para la realización del objetivo legítimo propuesto¹⁰⁵

Estos términos “ineficaz” o “inapropiado” también han sido materia de aclaratoria por parte de la Organización Mundial del Comercio estipulando en el asunto *Comunidades Europeas – Sardinias* lo siguiente¹⁰⁶: con el propósito de establecer el significado de los

¹⁰⁴ Asunto *Comunidades Europeas – Sardinias*, párrafo 7.78.

¹⁰⁵ Cfme. Artículo 2.4 acuerdo TBT.

¹⁰⁶ Asunto *Comunidades Europeas – Sardinias*, párrafo 7.16.

términos “ineficaz” e “inapropiado”, debe observarse que el término inglés “ineffective” (“ineficaz”) se refiere a “something which is not having the function of accomplishing” (“algo que no cumple la función necesaria”), “is not having a result” (“no obtiene un resultado”), o “is not brought to bear” (“no se aplica en la práctica”), mientras que el término inglés “inappropriate” (“inapropiado”) se refiere a algo que no es “specially suitable” (“especialmente idóneo”), “proper” (“adecuado”) o “fitting” (“conveniente”). En consecuencia, en el contexto del párrafo 4 del artículo 2 un medio ineficaz significa un medio que no cumple la función necesaria para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, mientras que un medio es inapropiado cuando no es especialmente idóneo para el logro de ese objetivo. Un medio inapropiado no es necesariamente un medio ineficaz, y viceversa. Es decir: un medio inapropiado, aunque tal vez no sea especialmente idóneo para el logro del objetivo legítimo, puede sin embargo ser eficaz para alcanzar ese objetivo a pesar de su falta de “idoneidad”. A la inversa, cuando una norma internacional pertinente se considera un medio ineficaz, de ello no se desprende automáticamente que también es un medio inapropiado. La cuestión de la eficacia se refiere a los resultados de los medios utilizados, mientras que el carácter de apropiado atañe más bien a la naturaleza de esos medios. Asimismo, el Grupo Especial observa que en el texto los términos “ineficaz” e “inapropiada” están separados por la conjunción disyuntiva “o”. En consecuencia, está claro que la parte que invoca la defensa afirmativa prevista en el párrafo 4 del artículo 2 no necesita acreditar que una norma internacional pertinente es al mismo tiempo ineficaz e inapropiada. Si una parte determina que la norma internacional es un medio ineficaz o inapropiado para el logro del objetivo legítimo perseguido, esa parte no necesita utilizar la norma internacional como base de su reglamento técnico.

e- La obligación de cooperación internacional

Otra de las características del TBT, común a todo el sistema multilateral de comercio, es la necesidad de negociación con el resto de los afectados por una medida técnica, en virtud de que el procedimiento dispuesto puede perseguir y conseguir efectos similares a los obtenidos por otra disposición paralela, por lo cual, es factible a la celebración de acuerdos de mutuo reconocimiento o armonización, logrando así una disminución en los costos de transacción que resulta de la aplicación de nuevas medidas técnicas. Este esfuerzo es premiado en el párrafo 5 del artículo 2 del acuerdo TBT al estipular que siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional, sin embargo hay algo de escepticismo entre los miembros de la Organización Mundial del Comercio sobre la eficacia de los esfuerzos de normalización internacional, y la medida en que el reconocimiento de armonización, equivalencia y de mutua puede ser crecer entre países de diferentes niveles de desarrollo¹⁰⁷

De acuerdo con TRACHTMAN, cuando hablamos de mutuo reconocimiento se busca denotar una reciprocidad limitada: “un intercambio específico de promesas equivalentes”, que solo existe en acuerdos bilaterales especiales. La cuestión que básicamente responde esta mutualidad es como un Estado compensa a otro por su reconocimiento. Si bien la armonización esencial no es formalmente necesaria en este convenio de reconocimiento, el Estado importador antes de acordar, revisará la regulación de su futuro socio para asegurarse que esta satisfaga sus propias metas reguladoras. Cuando un mínimo general de estándares de armonización se convienen en

¹⁰⁷ APPLETON, A.E., “*Course on Dispute Settlement...*”, *op. cit.*, p. 28.

un marco legal, esto se entiende por “armonización esencial”¹⁰⁸ -este concepto lo retomaremos en el acuerdo SPS cuando analicemos las medidas de estandarización emergentes de otras organizaciones-

A.1.2- La regulación de la biotecnología en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS)

El segundo de los acuerdos que analizaremos será el acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS), el mismo, tal como anticipamos, fue formulado durante la Ronda Uruguay, con el objeto de dotarlo de normas específicas diferentes a las del TBT, aunque podríamos predicar que éstas son una *lex specialis* del TBT. El claro intento de un acuerdo separado sobre medidas sanitarias y fitosanitarias se intensificó debido a la posibilidad de incorporar por primera vez el comercio de bienes agrícolas en el GATT y clausuró la posibilidad que dichas medidas estuvieran influenciadas por el proteccionismo.¹⁰⁹

El acuerdo sigue dentro del llamado principio de “trato internacional”¹¹⁰. Son medidas sanitarias o fitosanitarias aquellas cuyo fin es la protección de las personas, los animales o las plantas, para asegurar un consumo no nocivo de los productos objeto de regulación, no obstante, al igual que en el campo del TBT, éstas pueden ser aplicadas como instrumentos obstaculizadores del comercio en los términos ya referidos precedentemente. Asimismo, este acuerdo persigue similares objetivos al resto del plexo normativo multilateral, evitar la discriminación tanto entre extranjeros, como entre estos y nacionales.

a- La estandarización de cuestiones sanitarias

Así como al presentar el TBT dejamos entrever que los conceptos claves para aquel acuerdo son la definición de “intereses legítimos” a proteger por medio de reglas técnicas y la directriz que la restricción al comercio no debe ser mayor a la “necesaria” para la concreción del objetivo propuesto, en el caso del acuerdo SPS, la clave del mismo estará dada por la necesidad de basar las medidas, decididas por las Partes Contratantes, en estándares internacionales, guías o recomendaciones, emanadas de organizaciones internacionales especialistas en la materia, las cuales han sido señaladas por el propio acuerdo, a saber: Codex Alimentarius¹¹¹, IOE¹¹², y IPPC¹¹³. Adicionalmente, en caso de no existir indicaciones precisas en las organizaciones citadas por el acuerdo, el comité SPS de la Organización Mundial del Comercio, podría identificar estándares, guías y recomendaciones emergentes de otras organizaciones, al efecto de dotar a las Partes Contratantes de mayores posibilidades para legitimar sus decisiones internas¹¹⁴. No obstante, pueden materializarse dos situaciones en las que las

¹⁰⁸ TRACHTMAN, J., “Regulatory jurisdiction...” *op. cit.*, p. 640.

¹⁰⁹ KERR, W., "Science-based Rules of Trade – A Mantra for Some, An Anathema for Others" en *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 4, Nro. 2, Año 2003, p. 88.

¹¹⁰ SAN MARTIN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *op. cit.*, p. 106.

¹¹¹ El Codex Alimentarius fue fundado en 1963 bajo el auspicio de la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), con el objetivo de establecer parámetros para los controles nacionales basados en el criterio de protección de la salud de los consumidores y prácticas leales del comercio.

¹¹² La Organización Mundial de la Sanidad Animal, fue fundada en 1924 con el objetivo, entre otros, de garantizar la seguridad de las medidas sanitarias, relacionadas a los animales, en su vinculación al comercio internacional.

¹¹³ La Convención Internacional de Protección Fitosanitaria fue fundada en 1952, bajo los auspicios de la FAO con el objetivo de asegurar una acción común y efectiva en la prevención de pestes en plantas y productos fitológicos, y promover medidas de control apropiado.

¹¹⁴ WOLFF, C., *op. cit.*, p. 2.

Partes Contratantes no recurran a la aplicación de criterios establecidos por estas organizaciones mencionadas precedentemente; el primero de los casos radica en la inexistencia de indicaciones internacionales al respecto, en consecuencia, las Partes Contratantes adoptarán medidas que deberán justificar al no gozar de la presunción de legalidad que conlleva la adopción de medidas acordes a los estándares internacionales.¹¹⁵ La arquitectura del SPS sugiere que las normas internacionales se encuentran más allá de los cuestionamientos que pueda formular la Organización Mundial del Comercio, toda vez que a estas normas se las presume consistentes con las reglas Organización Mundial del Comercio, lo cual demuestra el rol de los estándares internacionales para la Organización Mundial del Comercio, al ser considerados por la organización como científicamente justificados¹¹⁶

En este espacio de cooperación se da lo que TRACHTMAN llama “armonización esencial” toda vez que por un lado es un producto de la legislación multilateral o plurilateral, donde se requiere a los Estados el cumplimiento de ciertos estándares de armonización y en términos de jurisdicción reguladora, la autoridad se le asigna a un legislador centralizado de armonización excluyendo a los Estados individuales. Por el otro, favorece el reconocimiento entre las partes y sirve como un acuerdo en el alcance o la profundidad de la competencia reguladora. Al aceptar el reconocimiento en las bases de la armonización esencial, los Estados aceptan incentivos competitivos para reducir el coste de la regulación que aplican a sus propios productores al nivel requerido por la regla armonizada esencialmente.¹¹⁷

Como el sistema de normas está actualmente estructurado, los gobiernos nombran representantes para el establecimiento de estándares internacionales reconocidos por la Organización Mundial del Comercio. Esos cuerpos se supone libres de influencias políticas, aunque a razón de la importancia del juego existe una convicción creciente que los nombramientos han sido politizados, que los miembros no son independientes y que la influencia de los intereses no científicos está aumentando¹¹⁸, lo cual pone en duda la legitimidad de todo el sistema, pues aún cuando el Codex Alimentarius, OIE, e IPPC, bajo ningún medio legislan en un sentido completo, sus normas proveen incentivos que guían la conducta.¹¹⁹

b- Los fundamentos científicos como base de las medidas sanitarias

El segundo caso, emerge a partir de la elección de las Partes Contratantes de niveles de protección mayores a los reconocidos y protegidos por las organizaciones internacionales mencionadas por el acuerdo.¹²⁰

En ambos casos, las Partes Contratantes deberán justificar sus disposiciones, formulando, como condición, una *evaluación del riesgo* acompañada por un *fundamento científico* del riesgo invocado a la salud humana, animal o fitológica, a través de técnicas científicas. La ciencia juega un rol central en los productos biotecnológicos agroalimentarios. Ante todo, esto es debido al acuerdo SPS que, apuntando a la exclusión de barreras comerciales disfrazadas, solicita que las medidas de seguridad nacionales estén basadas en procedimientos de evaluación de riesgo

¹¹⁵ Cfme. Artículo 3.2 del acuerdo SPS

¹¹⁶ MOTAAL, D., “The “Multilateral Scientific Consensus” and the World Trade Organization” en *Journal of World Trade*, Vol. 38, Nro. 5, Año 2004, p. 858

¹¹⁷ TRACHTMAN, J., “Regulatory jurisdiction...” *op. cit.* p. 640.

¹¹⁸ KERR, W., "Science-based Rules of Trade..." *op. cit.*, pp. 86-97.

¹¹⁹ TRACHTMAN, J., "Regulatory jurisdiction..." *op. cit.* p. 649.

¹²⁰ Cfme. Artículo 3.1 del acuerdo SPS.

científicos para demostrar la necesidad de estas medidas.¹²¹

La opinión convencional ha sido que, de los tres acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, es el acuerdo SPS el que tiene el ámbito más estrecho de aplicación (...) Algunos ven “limitado” el ámbito de aplicación del acuerdo SPS, al haber apoyado la inclusión de estrictos requisitos basados en la ciencia para las medidas sanitarias y fitosanitarias, pero no para las medidas incluidas en las disposiciones del acuerdo TBT o del GATT. En este sentido, se ha sostenido constantemente que el requisito de suficiente evidencia científica y evaluaciones justificadas del riesgo en el acuerdo SPS fue una respuesta a los temores de que “como las barreras arancelarias en la agricultura bajaron, los grupos de presión internos agrícolas recurrirían a medidas sanitarias y fitosanitarias para mantener los alimentos y los productos agrícolas fuera de sus mercados”.¹²²

Las medidas sanitarias y fitosanitarias deben basarse en “ciencia sólida”. En contraste con el pedido del SPS para que los reglamentos tengan una relación “racional” con la evidencia científica y una evaluación de riesgos, regímenes ambientalistas se “acoplan” a que se debe confiar en la evidencia científica con la salvedad de actuar con cautela frente a la incertidumbre ésta. En virtud de los regímenes ambientales, el alcance más amplio para la toma de medidas de precaución en condiciones de incertidumbre científica, y no sólo en situaciones de “insuficiencia” de evidencia científica sobre los riesgos, puede a su vez reflejar el reconocimiento de los Estados de la diferente naturaleza de los conocimientos científicos disponibles.¹²³

La exigencia de base científica no sólo es requerida a los efectos de la aplicación de la medida sanitaria o fitosanitaria, sino que esta base debe acompañar toda la vida de la medida adoptada, en tal sentido, el acuerdo prohíbe el mantenimiento de la disposición en tanto y en cuanto esta no sostenga una justificación sobre suficientes evidencias científicas¹²⁴ Asimismo, deberán probarse las consecuencias biológicas y económicas de un posible daño a los bienes protegidos. Algunos autores resaltan que la necesidad de prueba científica parece contrario a uno de los principios del Derecho internacional del medio ambiente, como es el "principio" de precaución¹²⁵.

La Unión Europea es uno de los grandes actores del sistema internacional que acepta el rol de las reglas basadas en la ciencia, pero sugiere que la alta autoridad debería ser un político que tendría que considerar otros factores, incluyendo ramificaciones socio económicas, en su toma de decisiones¹²⁶. No obstante, la definición de la naturaleza, límites y aplicación de la precaución en el espacio internacional no es pacífica en la doctrina, por lo tanto, este debate será abordado en una próxima sección.

c- El proceso de toma de decisión para la adopción de medidas sanitarias

Finalmente, el acuerdo establece que en caso de existir “evidencia científica insuficiente” las Partes Contratantes podrán adoptar la medida sanitaria o fitosanitaria, en base la “información científica disponible” pero con la condición de obtener la

¹²¹ SEIFERT, F., *Divided We Stand: The EU as Dissonant Player in the Global Governance of Agro-Food Biotechnology*, UNU-IAS (United Nations University - Institute of Advance Studies), Working Paper No. 146, Yokohama, Japón, 2006, p. 13.

¹²² PEEL, J., "A GMO by Any Other Name... *op. cit.*" en *European Journal of International Law* Vol. 17 Nro. 5, Año 2007, p. 1016.

¹²³ *Ibid*, p. 1017.

¹²⁴ WOLFF, C., *op. cit.*, p. 1.

¹²⁵ SAN MARTÍN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *op. cit.*, p. 110.

¹²⁶ KERR, W., "Science-based Rules of Trade..." *op. cit.*, p. 87.

información adicional necesaria para la realización de una evaluación del riesgo más objetiva y rever la medida en un período razonable de tiempo¹²⁷ Este artículo ha dado lugar a que las Partes Contratantes adopten un criterio de precaución mientras completan sus investigaciones científicas, pero una vez que estas han sido completadas, la medida no podría ser sostenida sólo sobre la base del principio de precaución¹²⁸

Este acuerdo presenta varios conceptos, en torno a los requerimientos de justificación científica, que requieren de una mayor explicación de su contenido, pues se caracterizan por un grado de vaguedad que posibilita diferentes interpretaciones. La conflictividad deviene a partir que las Partes Contratantes han expresado no haber renunciado al derecho de elegir su *nivel de protección* de la salud o el medio ambiente, reconocido en el artículo 5.3 del acuerdo, y que este nivel podría ser tan elevado al punto de requerir el riesgo cero. Este argumento ha sido aceptado, en cuanto es verdad que esta renuncia en ninguna parte del acuerdo ha sido explicitada, no obstante, también es cierto que cada uno de los miembros deberá contar con la justificación científica de la evaluación del riesgo invocado que requiera de una medida de tales características, pues si exceden la protección sugerida por los estándares internacionales, deberán probar que estas medidas recomendadas son insuficientes para el nivel de protección elegido.¹²⁹ Por lo tanto los términos a dilucidar son “*evidencia científica insuficiente*”, “*información científica disponible*”, “*nivel apropiado de protección*”, “*evaluación del riesgo*” tarea que ha correspondido a los grupos especiales y eventualmente al órgano de apelación, al momento de resolver las controversias planteadas sobre la materia.

También en este campo pueden darse los convenios de armonización y mutuo reconocimiento entre Partes Contratantes a los efectos de reducir los costos de transacción.

Un miembro que pretende aplicar una medida interna de contenido sanitario o fitosanitario, debe seguir un procedimiento que se inicia con la evaluación del riesgo, siendo este un examen científico. Una vez evaluados los riesgos, es decir una vez que se han identificado los riesgos y la probabilidad de que se materialicen, los Miembros pasan a una etapa posterior en la que denominada gestión del riesgo, en la cual a partir de juicios sociales de valor habrán de decidir si pueden aceptar dichos riesgos. Al hacerlo, los Miembros establecen su “nivel adecuado de protección sanitaria” y en consecuencia los Miembros determinan y aplican una norma sanitaria o fitosanitaria conforme al nivel adecuado de protección sanitaria elegido.

c1- La definición de “medida sanitaria”

Tal como hicimos al analizar el acuerdo TBT, en esta oportunidad definiremos el concepto de medida sanitaria o fitosanitaria en los términos legales del párrafo 1 del Anexo A del acuerdo SPS

Medida sanitaria o fitosanitaria - Toda medida aplicada:

a) para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;

b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del

¹²⁷ Cfme. Artículo 5.7 del acuerdo SPS.

¹²⁸ MOTAAL, D., "The Multilateral Scientific Consensus..." *op. cit.*, p. 860.

¹²⁹ *Ibid*, pp. 855-876.

Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;

c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; o

d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.

Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos.

El Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas – Productos biotecnológicos* explica¹³⁰ que el párrafo 1 del Anexo A indica que para determinar si una medida en particular es una “medida sanitaria o fitosanitaria” deberán tenerse en cuenta elementos como la finalidad de la medida, su forma jurídica y su naturaleza. El elemento de finalidad se aborda en los apartados a) a d), inclusive, del párrafo 1 del Anexo A (“toda medida aplicada”). Al elemento de forma se hace referencia en la segunda parte del párrafo 1 del Anexo A (“leyes, decretos, reglamentos”). Por último, a la naturaleza de las medidas que pueden considerarse una medida sanitaria o fitosanitaria se hace también referencia en la segunda parte del párrafo 1 del Anexo A (“prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; (etc.)”).

c2- La evaluación del riesgo

De este resumen procedimental el primer concepto que analizaremos será el de “evaluación del riesgo”. En este sentido el Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* determinó¹³¹ que con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, los Miembros están obligados a asegurarse que sus medidas sanitarias se basen en una evaluación de los riesgos. La obligación de basar una medida sanitaria en una evaluación del riesgo puede considerarse una aplicación concreta de las obligaciones básicas establecidas en el párrafo 2 del artículo 2 del acuerdo SPS, que estipula que “los Miembros se asegurarán que cualquier medida sanitaria (...) sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes ...”

La “evaluación de riesgos” implica un examen científico de datos y estudios fácticos, y no un proceso de política general que implique la formulación de juicios sociales de valor por organismos políticos.¹³² El análisis de los datos se realiza sobre los testimonios

¹³⁰ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, párrafo 7.149.

¹³¹ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, párrafo 8.96.

¹³² *Ibid*, párrafo 8.97.

científicos disponibles en el momento que se realiza dicha evaluación, con exclusión de toda información posterior¹³³ que pueda haber surgido al momento de interponer una impugnación en contra de la medida nacional, objeto de controversia. Lo importante es el contenido científico y técnico de los informes y estudios que se analizan y no su condición administrativa (es decir si son o no informes y estudios gubernamentales)¹³⁴

En el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*, se indica¹³⁵ que los “gobiernos responsables y representativos pueden actuar de buena fe sobre la base de lo que puede ser, en un momento dado, una opinión discrepante procedente de fuentes competentes y respetadas”. Al justificar una medida, un Miembro también puede basarse de buena fe en fuentes científicas que en ese momento representen una opinión discrepante, pero competente y respetada, sin que esté obligado, al establecer una política sanitaria, a seguir de manera automática lo que en un momento dado pueda constituir una opinión científica mayoritaria.

En los asuntos *Comunidades Europeas – Hormonas y Australia – Salmón* el Órgano de Apelación define el concepto de evaluación del riesgo y distingue sus categorías en los siguientes términos:¹³⁶ Existen dos definiciones de “evaluación del riesgo” que figuran en el párrafo 4 del Anexo A del acuerdo SPS, las cuales se aplican a diferentes casos. Existe una estrecha relación entre la definición de “medida sanitaria” que figura en el párrafo 1 a) y la primera definición de “evaluación del riesgo” contenida en el párrafo 4, así como entre la definición de “medida sanitaria” del párrafo 1 b) y la segunda definición de “evaluación del riesgo” del párrafo 4. El primer conjunto de definiciones se refiere a los riesgos derivados de la entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades. El segundo se refiere a los riesgos derivados de sustancias específicas presentes en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos.

En el asunto *Australia – Salmón* se estableció¹³⁷ que la medida impugnada se correspondía a la definición de “medida sanitaria” del párrafo 1 a)¹³⁸ y la evaluación del riesgo debe ser formulada en los términos de la primera definición del párrafo 4 del Anexo A, es decir una “evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas ...” El Órgano de Apelación estima ante todo que el riesgo que es preciso evaluar de este modo incluye lo siguiente: 1) el riesgo de “entrada, radicación o propagación” de una enfermedad y 2) el riesgo de “las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas”. Cuando en adelante nos refiramos al riesgo relacionado con una enfermedad, se entenderá que incluye el riesgo de entrada, radicación o propagación de dicha enfermedad, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas que conlleva. Señalamos además que a nuestro juicio los elementos de la definición del riesgo pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1) la definición de evaluación del riesgo supone que el Miembro que impone la medida sanitaria tiene ante todo que identificar la enfermedad o enfermedades cuya “entrada,

¹³³ Asunto *Japón – Manzanas* – Apelación, párrafo 215.

¹³⁴ Asunto *Australia – Salmón*, párrafo 8.136.

¹³⁵ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* – Apelación, párrafo 85.

¹³⁶ Asunto *Australia – Salmón*, párrafo 8.68.

¹³⁷ *Ibid*, párrafo 8.69 y ss.

¹³⁸ Párrafo 1 a) del Anexo A del acuerdo SPS “para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades”.

radicación o propagación” en su territorio quiere impedir, así como las “posibles consecuencias biológicas y económicas conexas”;

2) después, la definición requiere una “evaluación de la probabilidad” de entrada, radicación o propagación de estas enfermedades y de las “posibles consecuencias biológicas y económicas conexas”; y

3) esta definición requiere además que la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades se efectúe “según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse”.

En el asunto analizado, el Órgano de Apelación consideró que el “riesgo cero” no puede ser el fundamento de una evaluación del riesgo de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5, de no ser así, todas las prohibiciones de importaciones se basarían en la evaluación de un riesgo ya que en lo que se refiere a la mayoría (si no a todas) las importaciones existe, por remoto que sea, un riesgo (es decir, una posibilidad de que se registre un acontecimiento adverso). Nos remitimos a este respecto al informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Hormonas*: “En una parte de sus informes, el Grupo Especial opone la prescripción de un “riesgo identificable” a la incertidumbre que teóricamente siempre existe puesto que la ciencia no puede nunca aportar una certidumbre absoluta de que una determinada sustancia no tenga en algún caso efectos perjudiciales para la salud. El Órgano de Apelación afirma que esta incertidumbre teórica no es el tipo de riesgo que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 se ha de evaluar.”¹³⁹

En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* se trataba de una “medida sanitaria” en los términos del párrafo 1 b)¹⁴⁰ y que la evaluación del riesgo tenía que concordar con la segunda definición del párrafo 4 del Anexo A. En el asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, el Grupo Especial comenta que a diferencia de lo que ocurre con la definición de evaluación del riesgo de la primera cláusula del párrafo 4 del Anexo A, la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio proporciona escasas orientaciones sobre el sentido de conceptos fundamentales de la definición facilitada en la segunda cláusula. El Órgano de Apelación se ha limitado a observar a este respecto que la primera cláusula es sustancialmente diferente de la segunda, y que ésta última requiere “solamente” la evaluación de los “posibles” efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales derivados de la presencia de determinadas sustancias en los productos alimenticios, en tanto que la primera exige una evaluación de la “probabilidad” de entrada, radicación o propagación de una plaga o enfermedad, así como de las consecuencias biológicas y económicas conexas¹⁴¹

No obstante a que la mayoría de la doctrina y la “jurisprudencia” de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación estiman que la evaluación del riesgo es un proceso de análisis de datos científicos, parte de la doctrina estima que este concepto debe ser definido de una forma más amplia, esto implica que la evaluación de riesgos no está simplemente apoyada sobre números, probabilidades o estadísticas, sino que ella puede fundarse en material cualitativo, la obligación que emana del tratado es que la

¹³⁹ Asunto *Comunidades Europeas - Hormonas* – Apelación, Párrafo XI A 1.

¹⁴⁰ Párrafo 1 b) del Anexo A del acuerdo SPS “para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos”.

¹⁴¹ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, párrafo 7.3048.

evaluación sea específica y no fundada en estudios generales¹⁴²

c3- La definición del nivel adecuado de protección

Tal como expresamos al iniciar esta descripción del procedimiento, una vez efectuada la evaluación del riesgo, se inicia una segunda etapa denominada gestión del riesgo en la cual operan las valoraciones políticas y sociales¹⁴³ que se traducirán, en primer lugar, en la definición de un “nivel adecuado de protección sanitaria” y como reflejo de este una “medida sanitaria” idónea para la consecución del nivel predeterminado.

En torno al concepto de “nivel adecuado de protección sanitaria” se han desatado interpretaciones contradictorias que han sido despejadas por la actuación “jurisprudencial”. En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* se determinó¹⁴⁴ que el establecimiento de un “nivel adecuado de protección sanitaria” por un Miembro constituye un acto soberano, por cuanto se trata, como establece la definición del párrafo 5 del Anexo A del acuerdo SPS del nivel de protección “que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria ...” No obstante, hay que señalar que los Miembros han convenido en observar, al ejercer el derecho soberano de establecer sus niveles adecuados de protección, lo dispuesto en el acuerdo SPS y en especial en los párrafos 4 y 5 de su artículo 5. Además, los Miembros han acordado atenerse a las disposiciones de los párrafos 1 a 3 y 6 del artículo 5¹⁴⁵ al elegir una medida destinada a lograr ese nivel adecuado de protección.

En el asunto *Australia – Salmón*, Canadá, como parte demandante, alegaba que Australia había violado el párrafo 5 del artículo 5 del acuerdo SPS porque no había determinado expresamente el nivel adecuado de protección sanitaria que perseguía su norma interna. En este asunto, el Grupo Especial resolvió que habiendo visto el párrafo 5 del Anexo A del acuerdo SPS¹⁴⁶ en el cual se define el concepto “nivel adecuado de protección sanitaria” se observa que el acuerdo SPS no contiene ninguna disposición que imponga expresamente una obligación a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio de identificar o cuantificar ese nivel, por lo que considera, en cambio, que cualquier medida sanitaria aplicada a determinada situación refleja en sí misma y alcanza determinado nivel de protección con respecto a esa situación, y que este nivel de protección -implícito en la medida sanitaria escogida por un Miembro- puede presumirse que es, como mínimo, tan alto como el nivel de protección considerado adecuado por ese Miembro¹⁴⁷.

Una vez determinado el nivel adecuado de protección sanitario, sea explícita o implícitamente, la parte contratante creará y aplicará una norma de derecho interno que tenga por fin perseguir un interés legítimo como es la protección de la vida o la salud de las personas, los animales y los vegetales, a un nivel adecuado, fruto de un acto soberano, el cual puede ser elevado, medio o bajo. Con relación al nivel de adecuación,

¹⁴² ATLEE, L., *op. cit.*, p. 17.

¹⁴³ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, párrafo 8.100.

¹⁴⁴ *Ibid*, párrafo 8.167.

¹⁴⁵ 1) Basar las medidas en una evaluación de riesgo, 2) fundada en testimonios científicos existentes y métodos pertinentes, 3) teniendo en cuenta el posible perjuicio económico y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos, 6) que las medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.

¹⁴⁶ Nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria: Nivel de protección que estima adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio.

¹⁴⁷ Asunto *Australia – Salmón*, párrafo 8.105.

los órganos de la Organización Mundial del Comercio no pueden entrar a valorarlos, pues como expresamos recién, este se constituye como un acto soberano, no obstante las medidas adoptadas deberán sustentar una serie de condiciones nacidas de las obligaciones internacionales asumidas en el seno de la Organización Mundial del Comercio. Se inicia aquí la etapa de gestión del riesgo

c4- La elección de la medida sanitaria como gestión del riesgo

Con relación a esta norma creada y aplicada por un Miembro, pueden darse tres situaciones características que implicarán soluciones diferentes.

La primera es que la “medida sanitaria” sea conforme a las disposiciones de una organización internacional, en especial aquellas señaladas por el acuerdo SPS, a saber: Codex Alimentarius, IOE, y IPPC. En estos casos, al igual de los que sucede en el acuerdo TBT, la medida gozará de una presunción de compatibilidad con las disposiciones Organización Mundial del Comercio. El acuerdo SPS, incorpora esta presunción en dos oportunidades, la primera en el párrafo 2 del artículo 3 que estipula lo siguiente: “Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente acuerdo y del GATT de 1994” la referencia anterior se confirma asimismo por el método deductivo al analizar el párrafo 8 del artículo 5, toda vez que cuando un Miembro tenga motivos para creer que una determinada medida sanitaria o fitosanitaria establecida o mantenida por otro Miembro restringe o puede restringir sus exportaciones y esa medida no esté basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, o no existan tales normas, directrices o recomendaciones, podrá pedir una explicación de los motivos de esa medida sanitaria o fitosanitaria y el Miembro que mantenga la medida habrá de darla.

De la norma citada se desprende que para poder formular un pedido de explicación por la medida adoptada se requieren dos elementos: a) tener motivos para creer que una “medida sanitaria” establecida o mantenida por otro Miembro restringe o puede restringir sus exportaciones; b) que esa medida no esté basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, o no existan tales normas, directrices o recomendaciones. Ambos elementos en la norma se encuentran unidos por el conector “y” el cual implica acumulación, en consecuencia, derivamos que si una medida sanitaria está basada en normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, sobre la medida no podrá ser solicitada explicación alguna.

Esta presunción puede ser calificada de *iurus tantum*, pues admite prueba en contrario. El reclamante tendrá la obligación de probar *prima facie* la existencia de una incompatibilidad de la medida sanitaria con relación a las obligaciones surgidas del acuerdo SPS y una vez acreditada esta circunstancia, implica un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el Miembro aplicador¹⁴⁸

La segunda es que la “medida sanitaria” no sea conforme a las disposiciones de una organización internacional, tanto porque, la medida sanitaria nacional responde a un nivel adecuado de protección sanitario mayor al que se conseguiría aplicando una norma internacional o porque no existe norma internacional en la materia, en tal caso, el requisito que se evaluará es que la medida este basada en una evaluación del riesgo fundada en principios científicos. El Órgano de Apelación en el asunto *Japón* –

¹⁴⁸ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, párrafo 8.58.

Productos Agrícolas estableció¹⁴⁹ que el párrafo 1 del artículo 5, cuando se lee dentro del contexto como debe ser, conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 2 del acuerdo SPS e inspirado por él, exige que los resultados de la evaluación del riesgo justifiquen suficientemente -es decir, apoyen razonablemente- la medida sanitaria o fitosanitaria que está en juego. El requisito de que una medida sanitaria o fitosanitaria “se base en” una evaluación del riesgo es un requisito sustantivo de que exista una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo.

El Órgano de Apelación prosigue agregando que los Miembros pueden introducir o mantener una medida sanitaria que se traduzca en un mayor nivel de protección del que podría lograrse mediante la introducción de una medida basada en una norma internacional pertinente, *inter alia*, “si existe una justificación científica” y la medida no es incompatible con ninguna otra disposición del acuerdo SPS. En el asunto *Comunidad Europea – Hormonas* el Órgano de Apelación había definido “justificación científica” como un “examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes del presente acuerdo” y en el asunto *Japón - Productos Agrícolas* agregó a la definición la necesidad de que “exista una relación racional entre la medida sanitaria objeto de litigio y la información científica disponible”¹⁵⁰

La tercer posibilidad implica que la medida sanitaria es tomada a partir de la inexistencia de testimonios científicos pertinentes, este es el único supuesto según el Grupo Especial interviniente en el asunto *Australia – Salmón*, en el cual los Miembros, amparándose en las disposiciones del párrafo 7 del artículo 5 podrán establecer medidas sanitarias provisionales sin basarlas en una evaluación del riesgo fundada en principios científicos. No obstante, no podemos dejar de comentar que parte de la doctrina sostiene que la base para la aplicación del párrafo 7 se da en aquellas circunstancias en donde no hay pruebas confiables sobre la materia en disputa, lo que implica que la prueba científica es insuficiente, pero esta se conforma de evaluaciones cuantitativas y cualitativas.¹⁵¹

En el asunto *Japón – Productos Agrícolas*, el Órgano de Apelación afirmó que el párrafo 7 del artículo 5 establece cuatro requisitos que han de satisfacerse para adoptar y mantener una medida fitosanitaria provisional. Esos requisitos son los siguientes:

- a) que la medida se imponga con respecto a una situación en la que “los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”;
- b) que la medida se adopte “sobre la base de la información pertinente de que se disponga”;
- c) que el Miembro que adopte la medida “trate de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”; y
- d) que el Miembro que adopte la medida “revise en consecuencia la medida (...) en un plazo razonable”.

El Órgano de Apelación reitera¹⁵² en el asunto *Japón - Manzanas* que estos cuatro requisitos son “claramente acumulativos por naturaleza” y que “cuando uno de esos cuatro requisitos no se cumpla, la medida objeto de litigio será incompatible con el párrafo 7 del artículo 5”

¹⁴⁹ Asunto *Japón – Productos Agrícolas* – Apelación, párrafo 76.

¹⁵⁰ *Ibid*, párrafo 79.

¹⁵¹ ATLEE, L., *op. cit.*, p. 18.

¹⁵² Asunto *Japón – Manzanas* – Apelación, párrafo 176.

Estas cuatro condiciones requieren de explicación:

a) *“testimonios científicos pertinentes”*.

Los testimonios científicos pertinentes serán “insuficientes” en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del acuerdo SPS. Por tanto, la cuestión no es si hay suficientes testimonios de carácter general o si hay suficientes testimonios relacionados con un aspecto específico de un problema fitosanitario, o un riesgo específico. La cuestión es si los testimonios pertinentes, ya sean “generales” o “específicos”, por utilizar los términos empleados por el Grupo Especial, son suficientes para que pueda formularse una evaluación del riesgo como exige el acuerdo en su conjunto¹⁵³

b) *“sobre la base de la información pertinente de que se disponga”*.

c) *“trate de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”*

Esta proposición encuentra contenido en diferentes fuentes. Algunas las indica la propia norma al remitir a los Miembros a la información de organizaciones internacionales y las medidas sanitarias y fitosanitarias de otras Partes Contratantes. No obstante, no podemos dejar de analizar el contenido científico de los estudios existentes, aunque no gocen de una entidad suficiente para justificar definitivamente una medida sanitaria¹⁵⁴ “tratará de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”.

Ni el párrafo 7 del artículo 5 ni ninguna otra disposición del acuerdo SPS estipulan requisitos previos explícitos en relación con la información adicional que debe obtenerse o acerca de un procedimiento específico de obtención de la misma. Además, el párrafo 7 del artículo 5 no especifica qué resultados en cuanto a los hechos deben alcanzarse; la obligación es “tratar de obtener” información adicional. No obstante, la mencionada disposición dice que debe tratarse de obtener información adicional a fin de permitir a los Miembros realizar “una evaluación más objetiva del riesgo”. Por consiguiente, la información buscada debe permitir efectuar esa evaluación del riesgo¹⁵⁵

d) *“revisarán en consecuencia la medida en un plazo razonable”*.

En nuestra opinión, lo que se entiende por “plazo razonable” es preciso determinarlo caso por caso y está en función de las circunstancias específicas de cada caso, especialmente de la dificultad de obtener la información adicional necesaria para el examen y las características de las medidas sanitarias provisionales.¹⁵⁶

c5- características de la medida adoptada para la gestión del riesgo

El último punto que analizaremos se vincula a las características restrictivas de la medida:

a) si la medida sanitaria aplicada encarna la posibilidad menos restrictiva del comercio o si existen otras posibilidades menos perjudiciales para el comercio internacional,

¹⁵³ *Ibid*, párrafo 179.

¹⁵⁴ Cfme. Artículo 5.7 SPS.

¹⁵⁵ Asunto *Japón – Manzanas* – Apelación, párrafo 92.

¹⁵⁶ *Ibid*, párrafo 93.

b) si la medida implica distinciones arbitrarias o injustificables y si tales distinciones tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional.

En el primer caso, fue el Órgano de Apelación en el asunto *Japón – Productos Agrícolas*, el cual expresó¹⁵⁷ los elementos necesarios para determinar cuándo una medida entraña un grado de restricción del comercio mayor del requerido. Esta situación se configura cuando existe otra medida sanitaria o fitosanitaria

- 1) sea razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica;
- 2) se consiga el nivel adecuado de protección de los Miembros; y
- 3) sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada.

En el asunto *Australia – Salmón*, el Órgano de Apelación agrega que estos elementos son acumulativos.

En el segundo caso, el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* estableció¹⁵⁸ que para configurar una violación al párrafo 5 del artículo 5, es decir el segundo de los casos que nos encontramos analizando, deben probarse tres elementos acumulativos.

- 1) Que el Miembro haya adoptado un nivel de protección sanitario propio contra los riesgos para la vida o la salud humanas en varias situaciones diferentes,
- 2) Demostrar que estos niveles de protección presentan diferencias arbitrarias o injustificables en su tratamiento de situaciones diferentes,
- 3) Las diferencias arbitrarias o injustificables produzcan discriminación o una restricción encubierta al comercio internacional.

Se entenderá por “diferentes situaciones” a situaciones en las que se trata de una misma sustancia o de un mismo efecto perjudicial para la salud, es decir que son situaciones comparables. El paso siguiente es evaluar si el tratamiento diferenciado es razonable a partir de la prueba aportada. En caso de no lograr demostrarse la razonabilidad objetiva (a partir de la prueba) puede concluirse que la distinción es “arbitraria” e “injustificable”, lo cual configura una presunción de que la medida implica una “restricción encubierta al comercio internacional”, no obstante este último elemento debe ser probado y puede serlo a partir de elementos contextuales, como por ejemplo la necesidad de eliminar excedentes internos, por lo tanto se recurre a medidas que disminuyan la importación de una mercancía

En todo caso, la doctrina establece que el acuerdo SPS ha introducido un elemento de proporcionalidad y que a diferencia del acuerdo TBT, ha explicado su significado diciendo que no basta que exista un medida económica y técnicamente viable menos restrictiva del comercio, sino que es necesario que esta medida sea significativamente menos restrictiva del comercio para que la medida adoptada sea declarada incompatible¹⁵⁹. No obstante, todos estos límites no han persuadido a algunos autores que continúan sosteniendo que el acuerdo SPS es un acuerdo fortísimo porque implica el reconocimiento del derecho unilateral bajo la Organización Mundial del Comercio

¹⁵⁷ Asunto *Japón – Productos Agrícolas* – Apelación, párrafo 95.

¹⁵⁸ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* – Apelación, párrafo 105.

¹⁵⁹ SAN MARTIN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *op. cit.*, p. 113.

para imponer barreras comerciales que no pueden ser desafiadas por otros miembros¹⁶⁰

Aquí finaliza el proceso de evaluación de compatibilidad de una medida sanitaria o fitosanitaria en contraste con las obligaciones contraídas en el seno de la Organización Mundial del Comercio. Si la medida logra superar todas las instancias presentadas, la misma podrá continuar siendo aplicada por la parte contratante, en caso contrario, se debería iniciar un proceso de revisión de la medida a fin de restablecer la conformidad con el Derecho de la Organización Mundial del Comercio.

Finalmente podemos agregar que este acuerdo es considerado por parte de la doctrina como un acuerdo ambiguo por las siguientes razones: El acuerdo es relativamente silencioso en lo que concierne a la legitimidad de las barreras SPS de acceso de mercado basadas en procesos y métodos de producción ¹⁶¹ (...) Otra fuente de ambigüedad proviene del hecho que el acuerdo SPS pone un piso regulador, pero no un techo. El problema aquí es que el acuerdo es silencioso sobre los límites que existen para los países para ubicar sus regulaciones considerablemente por encima de aquellas de otros países miembros (...) Otra fuente de ambigüedad está asociada con el rol de consideraciones socioeconómicas en la evaluación de riesgos¹⁶².

De la inclusión del párrafo 3 del artículo 5 surge la ambigüedad sobre cómo evaluaciones socioeconómicas pueden ser utilizadas como justificaciones legítimas basadas en pruebas científicas suficiente (...) Esta evaluación del acuerdo SPS revela que mientras el acuerdo concede a miembros el poder de tomar acciones comerciales unilaterales e incontestables contra otros miembros si tienen una justificación legítima para hacerlo, hay ambigüedad significativa asociada con lo que constituye una justificación legítima y, de ahí, cuándo y cómo podrían manejar este poder de manera apropiada.

A.1.3- La regulación de la biotecnología en el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT)

El tercero de los acuerdos sobre los cuales profundizaremos el estudio, es el GATT, haciendo especial referencia a su artículo XX, conocido como “excepciones generales”.

Uno de los objetivos de los acuerdos Organización Mundial del Comercio es prevenir las medidas “proteccionistas” que persigan objetivos “ilegítimos”, sean discriminatorias, arbitrarias o injustificable, o deterioren el comercio más de lo necesario, no obstante, el GATT reconoció un número de intereses nacionales que podrían incluso justificar medidas restrictivas bajo el artículo de excepciones generales (Art. XX GATT). Al tratarse de una cláusula de excepción, el artículo XX sólo es aplicable cuando se constata que una medida es incompatible con las normas del GATT.¹⁶³

Entre los intereses nacionales protegidos podemos encontrar a) la moral pública; b) la salud y la vida de las personas, de los animales y los vegetales; c) la importación o a la

¹⁶⁰ GRANT, I.E., "The SPS Agreement and Agri-food Trade Disputes: The Final Frontier" en *Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 05, Nro. 1, Año 2004, p. 47.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 49.

¹⁶² *Ibid*, p. 50.

¹⁶³ HOWSE, R. y REGAN, D., "The Product/Process Distinction -an illusory basis for Disciplining "Unilateralism in Trade Policy", en *European Journal of International Law*, Vol. 11, Nro. 2, Año 2000, p. 249.

exportación de oro o plata; d) la observancia de las leyes y de los reglamentos, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error; e) la protección de los artículos fabricados en las prisiones; f) la protección de los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico; g) la conservación de los recursos naturales no renovables, h) el cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico; i) las restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional el suministro de las cantidades indispensables; j) la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local.

Resulta claro que los incisos que pueden ser de aplicación a la materia que analizamos son los (b), (d) y (g) en virtud que los mismos receptan la posibilidad de evadir la aplicación de las normas generales a propósito de proteger la salud y la vida de las personas, animales y vegetales y conservar los recursos naturales no renovables o lograr la observancia de leyes y reglamentos, entre los que se encuentran aquellos que intentan evitar la inducción al error de parte de los consumidores.

Cada una de estas excepciones, al momento de ser invocada, requiere de la parte contratante que apela a esta vía de escape, la prueba de una serie de elementos indicadores de la pertinencia de la medida adoptada, respetando tanto las exigencias emanadas del preámbulo del artículo, como las propias del inciso seleccionado. Esto es denominado por algunos autores como una “evaluación de dos pasos”¹⁶⁴

El preámbulo del artículo XX exige que las medidas dispuestas por las Partes Contratantes prueben que esta no es “un medio de discriminación *arbitrario* o *injustificable*” ni una “restricción encubierta al comercio internacional” esto se traduce en que las Partes Contratantes deben demostrar que la medida es necesaria y que no existen alternativas menos restrictivas al comercio, y razonablemente aplicables, que permitan alcanzar el fin perseguido¹⁶⁵

En el párrafo anterior hemos hecho referencia a un verbo que revela una trascendencia importantísima en el ámbito procesal; manifestamos que las Partes Contratantes deberán probar la procedencia de sus medidas. Esta carga de la prueba sobre las espaldas de la administración que dispone la medida restrictiva, ha sido confirmada, al efecto de mantener un sentido de armonía entre los acuerdos, en el artículo 5.7 del SPS.

Una medida adoptada en el marco del artículo XX del GATT “se debe aplicar razonablemente, con el respeto debido a las obligaciones de la parte que aplica la excepción y a los derechos de las demás partes involucradas.”¹⁶⁶ El Órgano de Apelación explicó que en virtud de los principios generales del derecho y del Derecho internacional, el recurso a la aplicación del artículo XX debe ser ejercido “razonablemente”¹⁶⁷. De esta manera, el Órgano de Apelación elabora una doctrina relativa a los derechos reconocidos por la Organización Mundial del Comercio a sus miembros, toda vez que establece que la invocación abusiva de las excepciones del

¹⁶⁴ GHEI, N., "Evaluating the WTO's two step test for environmental measures under article XX", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 18, Nro. 1, p. 119.

¹⁶⁵ WOLFF, C., *op. cit.*, p. 4

¹⁶⁶ *Estados Unidos – Camarón*, Apelación, párrafo 150.

¹⁶⁷ *Ibid*, párrafo 158.

artículo XX del GATT “torna nulos o vacíos a los derechos sustantivos reconocidos por el tratado, por ejemplo, el artículo XI” Sin embargo, se expresó que no es lo mismo decir que una invocación abusiva del artículo XX no está permitida, a decir que la obligación del artículo XI, confiere un derecho independiente.¹⁶⁸

Más allá de todo, algunos autores consideran esta adjetivación referida a lo “razonable” representa por parte del Órgano de Apelación una arrogación de discrecionalidad y autoridad considerable,¹⁶⁹ sin embargo, otros asumen que la Organización Mundial del Comercio claramente ha reconocido y validado el rol de las medidas unilaterales al dar significado a las excepciones del Artículo XX, pero también ha reconocido la posibilidad de abuso de estas excepciones. Cada excepción en el GATT debilita la restricción recíproca impuesta por el acuerdo e incentiva el engaño, por lo tanto, la prueba de los dos pasos en los términos aplicados por el Órgano de Apelación limita los abusos.¹⁷⁰

Tres elementos deben existir para determinar que una medida es contraria al preámbulo del art. XX: Primero la medida debe dar lugar a la discriminación (tratamiento desigual), en segundo lugar, la discriminación debe ser arbitraria o injustificable y la tercera condición es que debe ocurrir entre países en donde prevalecen las mismas condiciones.¹⁷¹

Tal como dijimos precedentemente, las acciones de las Partes Contratantes en materia de productos biotecnológicos en general y en materia de etiquetado en particular, dispuestas en el marco del artículo XX del GATT generalmente podrían hacer referencia a cuatro incisos, a saber: (b), (d) y (g). Tanto el inciso (b) como el (g) se relacionan a temas ambientales, en sentido amplio, pues admiten una excepción, a los efectos de proteger la vida, la salud y los recursos naturales, Si bien el artículo XX no contiene ninguna alusión expresa a la protección del medio ambiente, ha sido alegado en más de una oportunidad para justificar medidas ambientales contrarias a los principios del GATT¹⁷². En este campo, el inciso (g) del artículo XX podría ser la opción preferida por las partes intervinientes en un contencioso, pues las mismas confiarán en poder justificar más fácilmente la medida adoptada, debiendo probar sólo que la misma es *relativa a* la conservación de los recursos naturales, y no probar que la misma es *necesaria*, como sucedería si decidieran optar la defensa por el inciso (b). Esta distinción en principio solo semántica, lleva en si misma un resultado totalmente diferente en cuanto a los elementos de prueba que deben ser llevados al proceso, si es voluntad del interpelado mantener la medida adoptada. Esta distinción y sus consecuencias serán analizadas oportunamente, tanto desde el punto de vista teórico, como desde su aplicación “jurisprudencial”. El tercer inciso del artículo XX del GATT traído a colación, el inciso (d), indica explícitamente que el GATT no debe interpretarse de modo alguno que implique prohibir la adopción o la aplicación de las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes o reglamentos referentes a la aplicación de medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error, por lo tanto una de las excepciones enumeradas en artículo XX del GATT permite explícitamente

¹⁶⁸ CHARNOVITZ, S., “The WTO's environmental progress” en *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Nro. 3, Año 2007, p. 703.

¹⁶⁹ *Ibid*, p. 702.

¹⁷⁰ GHEI, N., *op. cit.*, p. 148.

¹⁷¹ *Estados Unidos – Camarón*, Apelación, párrafo 150.

¹⁷² SAN MARTIN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *op. cit.*, p. 79.

aquellas medidas “necesarias para lograr la observancia de leyes o reglamentos que no son contrarios con este acuerdo, incluyendo en lo que concierne (...) la prevención de prácticas engañosas” el inciso (d) abarca la protección de la opción libre del consumidor, el cual se constituye como uno de las temáticas más vinculadas a la relación biotecnología-derechos del consumidor. Asimismo, podemos combinar el inciso (d) con el (a), ya que una de las razones por las cuales se puede justificar el etiquetado es para resguardar las tendencias morales de los consumidores.

El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Gasolina reformulada* indicó que para que a la medida de que se trate pueda hacerse extensiva la protección del artículo XX que la justifique, dicha medida no sólo debe estar comprendida en el ámbito de una u otra de las excepciones particulares -párrafos a) a j)- recogidas en el artículo XX; debe además satisfacer las prescripciones exigidas por las cláusulas iniciales del artículo XX. En otras palabras, el análisis es doble: primero, la justificación provisional de la medida por su carácter de medida comprendida en los apartados a) a j) del artículo XX; segundo, nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX.

Tal como expresa la autoridad de la Organización Mundial del Comercio, la evaluación se inicia por el contenido de los incisos del artículo XX y continúa por las disposiciones del preámbulo, no obstante, a los efectos de ordenar metodológicamente el análisis, formularemos la descripción de las normas en sentido inverso al que se realiza en la práctica, pero respondiendo al desarrollo gramatical del artículo XX.

a- El preámbulo del artículo XX del GATT

En el asunto *Estados Unidos – Gasolina Reformulada* el Órgano de Apelación predicó¹⁷³ que el preámbulo incorpora el principio de que aunque las excepciones previstas en el artículo XX puedan invocarse como derechos legales, no deben aplicarse de manera que frustren o anulen las obligaciones legales que corresponden al titular del derecho en virtud de las normas sustantivas del acuerdo General. En otras palabras, para que esas excepciones no se utilicen mal ni se abuse de ellas, las medidas amparadas por las excepciones particulares deben aplicarse de manera razonable, teniendo debidamente en cuenta tanto las obligaciones legales de la parte que invoca la excepción como los derechos legales de las demás partes interesadas.

En el asunto *Estados Unidos - Camarones*¹⁷⁴ y en *Brasil – Neumáticos Recauchutados*¹⁷⁵, el máximo cuerpo de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio enseña que el artículo XX incorpora el reconocimiento de la necesidad de mantener un equilibrio de derechos y obligaciones entre, por una parte, el derecho de un Miembro a invocar alguna de las excepciones del artículo XX y por otra, los derechos sustantivos que el GATT de 1994 concede a los demás Miembros. El abuso o el uso indebido del ejercicio por un Miembro de su derecho a justificar su incumplimiento invocando una excepción, erosionará o menoscabará los derechos sustantivos de carácter convencional de otros Miembros.

Si el uso indebido o el abuso son lo suficientemente graves o amplios, el Miembro reduce de hecho sus obligaciones convencionales a una obligación meramente facultativa y disuelve su carácter jurídico y, de esta forma, niega absolutamente los derechos convencionales de otros Miembros.

¹⁷³ Asunto *Estados Unidos – Gasolina Reformulada* - Apelación.

¹⁷⁴ Asunto *Estados Unidos – Camarones* – Apelación, párrafo 156 y ss.

¹⁷⁵ Asunto *Brasil – Neumáticos Recauchutados* – Apelación, párrafo 224.

El preámbulo del artículo XX en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe, que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del Derecho internacional.¹⁷⁶ Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable¹⁷⁷.

La ubicación de la línea de equilibrio conforme se expresa en el preámbulo, no es fija ni inalterable; la línea se mueve según varían el tipo y la configuración de las medidas involucradas y se diferencien los hechos que constituyen los casos concretos.

La finalidad y objeto de las cláusulas introductorias del artículo XX es en general evitar el “abuso en el uso de las excepciones previstas en el artículo” evitando de este modo la aplicación de una medida que implique una “discriminación arbitraria” entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones o “una discriminación injustificable” entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones o “una restricción encubierta al comercio internacional”

En el asunto *Estados Unidos – Camarones* reseñó¹⁷⁸ que es necesario constatar la existencia de los siguientes elementos para determinar que una medida implica “discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones” a) la aplicación de la medida debe dar lugar a una discriminación, b) la discriminación tiene que tener un carácter arbitrario o identificable, c) la discriminación debe darse entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones.

Estos conceptos fueron definidos en los términos que se exponen a continuación:

“Discriminación Injustificable”

En el marco del Derecho internacional Económico, la negociación y armonización de las normas internas es una de las claves para comprender su existencia y avance, por lo tanto, las acciones unilaterales que impliquen efectos no sólo a escala doméstica, sino que repercutan sobre terceras partes, sin haber iniciado negociaciones previas, se constituyen en medidas injustificadas por haber violado un deber de cooperación, principio rector de las relaciones comerciales internacionales.¹⁷⁹

“Discriminación arbitraria”

En el asunto *Estados Unidos – Camarones* se estipula¹⁸⁰ que las decisiones rígidas e inflexibles constituyen una discriminación arbitraria. En el asunto *Brasil – Neumáticos Recauchutados* el Órgano de Apelación manifestó¹⁸¹ que la medida es arbitraria cuando las razones dadas para esa discriminación no tienen ninguna conexión racional con el objetivo comprendido en el ámbito de un apartado del artículo XX, o *irían en contra de*

¹⁷⁶ ZOLLER, E., *La Bonne Foi en Droit International Public*, Pedone, París, 1977, p. xxvii, 392; VIRALLY, M., "Review Essay: Good Faith in Public International Law" en *American Journal of International Law*, Vol. 77, Nro. 1, Año 1983, pp. 130-134; KOLB, R., "Principles as sources of international law (with special reference to good faith)" en *Netherlands International Law Review*, Nro. 1, Año 2006, pp. 1-36.

¹⁷⁷ Asunto *Estados Unidos – Camarones* – Apelación, párrafo 156.

¹⁷⁸ *Ibid*, párrafo 150.

¹⁷⁹ *Ibid*, párrafo 164.

¹⁸⁰ *Ibid*, párrafo 177.

¹⁸¹ Asunto *Brasil – Neumáticos Recauchutados* – Apelación, párrafo 227 y 232.

ese objetivo. La evaluación de si la discriminación es arbitraria o injustificable debe hacerse a la luz del objetivo de la medida. El término arbitrario no implica necesariamente “caprichoso” o “aleatorio”. Hay medidas que pueden caracterizarse por ser fruto de una decisión racional y seguir siendo “arbitrarias o injustificables” porque se explican con fundamentos que no guardan relación con el objetivo de una medida provisionalmente justificada al amparo de uno de los apartados del artículo XX, o va en contra de ese objetivo.

Por último, una medida no puede constituir una “restricción encubierta al comercio internacional”, es decir, no puede ser una forma de proteccionismo. Diferentes Grupos Especiales han manifestado que la aplicación de una medida con fines de protección puede, en la mayoría de las veces, discernirse a partir del “diseño, la arquitectura y la estructura reveladora” de la medida. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos — Camarones* se hizo referencia al hecho de que la medida revisada permitiera que los países exportadores aplicaran programas no basados en la utilización obligatoria de DET¹⁸² y ofreciera asistencia técnica para desarrollar la utilización de DET en terceros países mostraba que la medida no se aplicaba de manera que constituyera una restricción encubierta al comercio.

Una vez comprendidos los elementos condicionantes del preámbulo del artículo XX del GATT, pasaremos a formular el análisis minucioso de los incisos que podrían invocados en materia de etiquetado de organismos y productos genéticamente modificados

b- El apartado b del artículo XX del GATT

La norma que analizamos a continuación representa el primero de los apartados que analizaremos del artículo XX del GATT y dispone que se aceptarán como compatibles al acuerdo aquellas medidas nacionales que sean “*necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;*”

Del apartado que analizamos a continuación, el adjetivo calificativo “necesarias”, califica a las medidas nacionales que hayan sido adoptadas apelando a las excepciones del artículo XX y se constituye como el término ha ofrecido mayores dificultades en la interpretación. Éste ha sido desarrollado extensamente por los Grupos Especiales intervinientes y el propio Órgano de Apelación, por lo tanto, fieles a nuestra metodología de exposición, nos adentramos en la presentación de los resultados.

El término “necesarias” no se menciona únicamente en el apartado b) del artículo XX del GATT, sino también en los apartados a) y d) de ese mismo artículo. En el asunto *Corea - Carne Bovina*, el Órgano de Apelación destacó¹⁸³ que la palabra “necesaria” (...) no se limita a lo que es “indispensable”. El Órgano de Apelación añadió lo siguiente: Las medidas que son indispensables o de absoluta necesidad o inevitables para lograr la observancia cumplen sin duda las prescripciones del apartado d) del artículo XX. Pero otras medidas también pueden quedar comprendidas en el ámbito de esa excepción. La palabra “necesaria”, tal como se utiliza en el apartado d) del artículo XX, se refiere, a nuestro juicio, a una variedad de grados de necesidad. En un extremo de este continuo, “necesarias” se entiende como “indispensables”; y en el otro extremo, entenderemos al término “necesarias” en el sentido “que contribuyen a”. Consideramos que una medida

¹⁸² Un DET (dispositivo para excluir a las tortugas) es un filtro de red que se instala en la boca del copo de la red de arrastre y que permite que los camarones pasen al fondo del copo o bolsa de la red mientras que expulsa de la red a las tortugas marinas y otros objetos voluminosos que haya capturado involuntariamente.

¹⁸³ Asunto *Corea – Carne Bovina* – Apelación, párrafo 161.

será “necesaria” en la medida que encontrándose en este continuo se sitúe significativamente más cerca del polo de lo “indispensable” que del polo opuesto, donde simplemente la medida “contribuye a”.

En suma, la determinación de si una medida que no es “indispensable” puede no obstante ser “necesaria” en el sentido del apartado d) del artículo XX entraña en cada caso un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores entre los que figuran principalmente la contribución de la medida para proteger la vida y la salud o para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento y la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones.¹⁸⁴

Una medida es calificada como “necesaria”, cuando no existe una alternativa que esté razonablemente al alcance de las partes¹⁸⁵, es decir, cuando el Miembro que ha dispuesto la medida no tenía razonablemente a su alcance otra medida compatible con el acuerdo General, o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, para alcanzar sus objetivos de política sanitaria¹⁸⁶. Se ha indicado que uno de los aspectos del “proceso de sopesar y confrontar” comprendido en la determinación de si el Miembro interesado “tiene razonablemente a su alcance” otra medida posible que sea compatible con la Organización Mundial del Comercio” es el grado en que la medida “contribuye a la realización del fin perseguido”. Además, observamos en ese caso que “Cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes”, más fácil será aceptar como “necesarias” unas medidas encaminadas a lograr esos objetivos.¹⁸⁷

En el asunto *Corea – Carne Bovina*, el demandado alega que el Grupo Especial ha introducido una prueba de coherencia relativa dentro del concepto de necesidad legalmente exigido, pues evalúa cuales son las medidas que el agraviado implementa en otros sectores de su economía. A este argumento el Órgano de Apelación respondió¹⁸⁸ que el examen de las medidas destinadas a lograr la observancia aplicable a la misma conducta ilegal relativa a productos similares, o por lo menos análogos, no implica necesariamente la introducción de un requisito de “coherencia” en el concepto “necesarias” establecido en el apartado d) del artículo XX, sino que del examen de dichas medidas es posible determinar si otra medida posible cuya utilización pudiera “razonablemente esperarse” está o no al alcance.

En el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* el Órgano de Apelación se ocupó del criterio de la “necesidad” en el contexto del artículo XIV del GATS. El Órgano de Apelación declaró¹⁸⁹ que el proceso de sopesar y confrontar inherente al análisis de la necesidad “comienza con una evaluación de la “importancia relativa” de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada” e implica también una evaluación de otros factores, entre los cuales caben habitualmente “la contribución de la medida al logro de los fines que persigue” y “la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional” Es decir que nos encontramos analizando la eficacia de una medida con relación al fin que se propone perfeccionar. En el asunto *Brasil -*

¹⁸⁴ *Ibid*, párrafo 164.

¹⁸⁵ Asunto *Comunidades Europeas – Amianto* – Apelación, párrafo 164.

¹⁸⁶ Asunto *Tailandia - Restricciones a la importacion de cigarrillos* – (Asunto anterior a la Organización Mundial del Comercio 07/11/1990).

¹⁸⁷ Asunto *Corea – Carne Bovina* – Apelación, párrafo 162.

¹⁸⁸ *Ibid*, párrafo 170.

¹⁸⁹ Asunto *Estados Unidos – Juegos de Azar* – Apelación, párrafo 306.

Neumáticos Recauchutados agregó¹⁹⁰ que existe esa contribución cuando hay una relación auténtica de fines a medios entre el objetivo que se persigue y la medida en cuestión. Para que una medida pueda calificarse de necesaria no es preciso que sea indispensable, como se predicó en el asunto *Corea – Carne Bovina*, sin embargo, su contribución al logro del objetivo debe ser importante, no meramente marginal ni insignificante, sobre todo si la medida de que se trata es tan restrictiva del comercio como una prohibición de las importaciones. Por lo tanto, la contribución de la medida debe confrontarse con el grado en que restringe el comercio, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o los valores a que responde el objetivo perseguido con ella.

Finalmente, como indicó¹⁹¹ el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*, “puede considerarse que una medida alternativa no está “razonablemente al alcance” cuando es simplemente de naturaleza teórica, por ejemplo cuando el Miembro demandado no puede adoptarla, o cuando la medida impone una carga indebida a ese Miembro, como costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes”

c- El apartado (d) del artículo XX del GATT

La norma que analizamos a continuación representa el segundo de los apartados que analizaremos del artículo XX del GATT y dispone que se aceptarán como compatibles al acuerdo aquellas medidas nacionales que sean “*necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error;*”

Para que una medida, por lo demás incompatible con el GATT de 1994, se justifique provisionalmente al amparo del apartado d) del artículo XX, deben demostrarse dos elementos. Primero, la medida debe estar destinada a “lograr la observancia” de leyes o reglamentos que no sean en sí incompatibles con alguna disposición del GATT de 1994. Segundo, la medida debe ser “necesaria” para lograr esa observancia. Un Miembro que invoque el apartado d) del artículo XX como justificación tiene la carga de demostrar que se cumplen esos dos requisitos.

El Órgano de Apelación en el asunto *México – Refrescos* se ocupa de aclarar los componentes del primer elemento que se debe probar¹⁹²:

a) La expresión “leyes y reglamentos” se refiere a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico nacional de un Miembro de la Organización Mundial del Comercio, por tanto, las “leyes y reglamentos” cuya observancia puede tratar de lograr el Miembro que invoca el apartado d) del artículo XX no incluyen las obligaciones que corresponden a otro Miembro de la Organización Mundial del Comercio en el marco de un acuerdo internacional.

Los términos “para lograr la observancia” se refieren a los tipos de medidas que un Miembro de la Organización Mundial del Comercio puede tratar de justificar al amparo

¹⁹⁰ Asunto *Brasil – Neumáticos Recauchutados* – Apelación, párrafo 210.

¹⁹¹ Asunto *Estados Unidos – Juegos de Azar* – Apelación, párrafo 308.

¹⁹² Asunto *México – Refrescos* – Apelación, párrafos 69 a 74.

del apartado d) del artículo XX. Se relacionan con el destino de las medidas que se trata de justificar. No se justifica al amparo del apartado d) del artículo XX una medida que no está destinada a “lograr la observancia” de las leyes y reglamentos de un Miembro. Por tanto, los términos “para lograr la observancia” no amplían el alcance de los términos “leyes y reglamentos” para abarcar las obligaciones internacionales de otro Miembro de la Organización Mundial del Comercio. Los términos “para lograr la observancia” más bien circunscriben el alcance del apartado d) del artículo XX. Los términos “lograr la observancia” significa “exigir el cumplimiento”

Una medida que no es adecuada para lograr la observancia de las leyes y reglamentos pertinentes, ni permite lograrla, no cumplirá el requisito de “necesidad”. Sin embargo, no se encuentra ninguna razón para inferir del examen de la “necesidad”, un requisito de “certeza” aplicable a los términos “para lograr la observancia”. A juicio del Órgano de Apelación, puede considerarse que una medida está destinada a “lograr la observancia” incluso si no puede garantizarse que va a lograr su resultado con absoluta certeza. Tampoco se considera que el “uso de la coerción” sea un componente necesario de una medida destinada a “lograr la observancia”. No obstante, el apartado d) del artículo XX exige que el destino de la medida contribuya a “lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del” GATT de 1994.

Tal como expresamos en el análisis del apartado anterior, el término “necesaria” es un adjetivo calificativo que se reitera en tres de los incisos del artículo XX y que el Órgano de Apelación estima que en las diferentes normas, este denota el mismo contenido, en consecuencia, atento que las medidas que pretendan ampararse en el apartado d) del artículo XX del GATT, deben configurarse como “necesarias”, nos remitimos a la explicación efectuada al momento de narrar el significado de esta palabra en el apartado b) del artículo XX del GATT.

d- El apartado (g) del artículo XX del GATT

La norma que analizamos a continuación representa el tercero de los apartados que analizaremos del artículo XX del GATT y dispone que se aceptarán como compatibles al acuerdo aquellas medidas nacionales que sean “*relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;*”

Nos adentramos al análisis del último apartado a partir del cual podríamos justificar una medida restrictiva del comercio en materia de biotecnología. La diferencia sustancial con los apartados anteriores radica en que esta norma no requiere que la medida sea “necesaria”, sino que se exige que la misma sea solamente “relativa a...”

Con relación al concepto “relativas a la conservación de los recursos naturales agotables” tanto el Grupo Especial como posteriormente el Órgano de Apelación concluyeron que, aunque una medida comercial no tenía por qué ser necesaria o esencial para la conservación de un recurso natural agotable, sino que tenía que estar destinada principalmente a la conservación de un recurso natural agotable para que pudiera ser considerada “relativa a” la conservación de los recursos en el sentido del artículo XX g).¹⁹³ No obstante, qué comprendemos por “recursos naturales agotables”. En el asunto *Estados Unidos – Camarones* el Órgano de Apelación manifiesta¹⁹⁴ que el párrafo g) del artículo XX no se limita a la conservación de recursos naturales “minerales” o “inertes”. El principal argumento de los reclamantes tiene su raíz en la idea de que los recursos

¹⁹³ *Asunto Estados Unidos – Gasolina Reformulada* – Apelación.

¹⁹⁴ *Asunto Estados Unidos – Camarones* – Apelación, párrafo 128.

naturales “vivos” son “renovables” y, por consiguiente, no pueden ser recursos naturales “agotables”. No creemos que los recursos naturales “agotables” y los recursos naturales “renovables” se excluyan mutuamente. Una lección que nos enseñan las modernas ciencias biológicas es que las especies vivientes, aunque en principio sean capaces de reproducirse, y, en tal sentido, sean “renovables”, de hecho en ciertas circunstancias pueden estar expuestos a la disminución, el agotamiento y la extinción, como resultado a menudo de las actividades humanas. Los recursos vivos son tan “finitos” como el petróleo, el mineral de hierro y otros recursos inertes. Finaliza este argumento explicando que el término genérico “recursos naturales” del párrafo g) del artículo XX no es “estático” en su contenido o en sus referencias sino más bien “por definición, evolutivo”. Por consiguiente, es oportuno advertir que las modernas convenciones y declaraciones internacionales hacen frecuentes referencias a los recursos naturales incluyendo dentro de los mismos tanto los recursos vivos como los no vivos.

Esta valoración formulada por el Órgano de Apelación tendrá un alto valor en materia de solución de controversias transversales, toda vez que el Órgano de Apelación recurre a fuentes de derecho convencionales y no convencionales para interpretar el contenido sustancial de la expresión “recursos vivos” por lo tanto permite el debate sobre el ingreso de derecho Extra-OMC como herramienta para la solución de una diferencia.

El segundo elemento del apartado g) del artículo XX del GATT hace referencia a que la medida adoptada podrá ser aplicada “a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales” Esta condición busca garantizar la no discriminación entre productos nacionales e importados, sobre todo cuando el argumento de la restricción al comercio se funda en una protección del medio ambiente, en consecuencia, este propósito no debe distinguir por origen de las mercancías, sino por los efectos de estas sobre el medio ambiente.

El Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Gasolina reformulada* manifestó¹⁹⁵ que en su conjunto, la segunda frase del apartado g) del artículo XX se refiere, a nuestro parecer, a la necesidad de que las medidas del Gobierno, sean promulgadas o puestas en vigor conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional de recursos naturales. En términos ligeramente distintos, consideramos que es acertado entender la frase “a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales” como una prescripción que impone la obligación de que las medidas en cuestión no sólo impongan restricciones con respecto a la mercancía importada sino también con respecto a la mercancía de producción nacional. Esa cláusula establece una obligación de imparcialidad en los casos en que se impongan restricciones, en beneficio de la conservación, a la producción o al consumo de recursos naturales agotables.

Por último, el máximo órgano de interpretación de la Organización Mundial del Comercio no cree que con la frase “a condición de que se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales” se haya pretendido establecer una prueba empírica basada en los “efectos” como requisito para poder acogerse a la excepción del apartado g) del artículo XX. En primer lugar, el problema del establecimiento de la relación causal, perfectamente conocido en el ámbito del derecho nacional e internacional, es siempre difícil. En segundo lugar, en la esfera de la conservación de los recursos naturales agotables, cabe que deba transcurrir un período considerable, tal vez varios años, antes de que sean perceptibles los efectos imputables a la aplicación de una medida determinada, por lo tanto, no es razonable hacer depender

¹⁹⁵ Asunto *Estados Unidos – Gasolina reformulada* – Apelación.

la calificación jurídica de una medida de esa naturaleza de la concurrencia de acontecimientos posteriores. No obstante, no pretende sugerir que el análisis de los efectos previsibles de una medida no sea nunca pertinente.

Como dijimos algunas líneas *supra* la principal diferencia entre la aplicación del apartado (d) y el apartado (g) del artículo XX radica en que las excepciones cubiertas por el apartado (d) deben ser “inevitables” y las del (g) deben ser sólo “destinadas principalmente” a la conservación del recurso en cuestión¹⁹⁶

Hasta aquí hemos expuesto el contenido de las normas del artículo XX que podrían ser utilizadas en pos de justificar medidas nacionales vinculadas al comercio de los organismos y/o productos genéticamente modificados, solo nos queda pendiente analizar el tipo de vinculación entre las normas del GATT y los acuerdos SPS y TBT.

La relación del artículo XX con el acuerdo SPS es clara, ya que es el propio párrafo 4 del artículo 2 del acuerdo SPS el que establece que aquellas medidas conforme con las disposiciones de este, gozarán de la presunción de compatibilidad con las normas del párrafo b del artículo XX del GATT, teniendo en cuenta que ambos tienen por objetivo la protección de la vida y la salud. Es por esta presunción, que cada vez que un Grupo Especial o el propio Órgano de Apelación¹⁹⁷ deba analizar ambas la compatibilidad de una medida sanitaria, para con las normas de la Organización Mundial del Comercio, comenzará el análisis por el acuerdo SPS y sólo en caso que la medida sea incompatible con este, proseguirá con las normas del apartado b del artículo XX del GATT.

La relación del artículo XX del GATT con el acuerdo TBT, es menos clara, visto que este último no cuenta entre sus disposiciones, una que precise que tipo de relación existe entre ambos. En el asunto *Comunidades Europeas – Amianto*, el Órgano de Apelación dispuso que el acuerdo TBT es un régimen legal especializado para un tipo limitado de medidas que impone obligaciones diferentes y adicionales a las obligaciones impuestas a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio en el GATT.

En términos de PAULEWYN el artículo XX representa una de las ironías del régimen pues cuando se podría esperar que el régimen global de la Organización Mundial del Comercio diera un mayor margen de maniobra a los Estados para regular cuestiones sensibles como es el tema ambiental, sucede lo opuesto: la lista de justificaciones políticas legitimadas por el GATT son más limitadas que aquellas que operan en los regímenes regionales como la Unión Europea (...) Es difícil imaginar que el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio expandiría la lista de excepciones del Artículo XX/XXI: esto se debe a la amplia diversidad entre los Miembros de la Organización Mundial del Comercio y el requerimiento del consenso para que algún cambio ocurra. Además los Miembros de la Organización Mundial del Comercio no quieren abrir la caja de Pandora renegociando las excepciones del GATT y adaptándolas a las necesidades modernas.¹⁹⁸

A.1.4- La regulación de la biotecnología en el Acuerdo sobre aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (TRIPs)

El último de los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio que analizaremos

¹⁹⁶ SAN MARTIN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *op. cit.*, p. 92.

¹⁹⁷ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* – Apelación.

¹⁹⁸ PAUWELYN, J., "Recent Books on Trade and environment: GATT Phantoms still haunt the WTO" en *European Journal of International Law*, Vol 15, Nro. 3, Año 2004 p. 582.

sera el Acuerdo sobre aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (TRIPs). Es menester incluir en nuestro estudio uno de los temas de mayor relevancia económica que circunda a la biotecnología como fenómeno contemporáneo; nos referimos concretamente a la protección de la propiedad intelectual que puede lograrse por dos medios, de una parte con el otorgamiento de patentes cuyo objeto lo constituyen los recursos genéticos (genes) que han sido modificados y a los que se les ha dado una nueva función en la industria farmacéutica y de la industria de la alimentación; y por otra, la concesión de derechos de obtentor en el marco del Convenio Internacional para la Protección de la Obtención de Variedades Vegetales (UPOV).

En este sentido, cabe mencionar que la regulación tradicional en materia de patentes nace en el seno de la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual desde donde se propicia la firma de el Convenio de París sobre Protección de la Propiedad Industrial¹⁹⁹ no obstante una de las principales características de este y todos los convenios que acogía la OMPI era la falta de coerción de los acuerdos internacionales. En este sentido CAZORLA GONZALEZ reseña una serie de argumentos que justifican el estímulo del cambio necesario en la OMPI en el contexto pre-Ronda Uruguay (1986-1994): 1) La OMPI se había transformado en un órgano burocrático en manos de los países en vías de desarrollo y era incapaz de dar soluciones a los problemas, 2) La piratería era una práctica fácil y rápida, 3) El cambio de mentalidad en el sector empresario hace emerger la conciencia sobre la importancia de la protección de los derechos de Propiedad Intelectual.²⁰⁰

Dada esta realidad mencionada precedentemente y la importancia de la protección de la propiedad intelectual como factor de generación de riqueza, desde los países desarrollados y con la presión de sus correspondientes sectores privados se propició el inicio de negociaciones y la posterior incorporación de un tratado relativo a la protección de la propiedad intelectual dentro de la misma matriz que se venía negociando en la Ronda Uruguay, resultando en definitiva la creación del denominado Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio o TRIPs.

Es menester mencionar que una de las razones para la creación del TRIPs provenían de la existencia un vacío legal en torno a los derechos de propiedad intelectual en las naciones en vías de desarrollo y nuevas materias están siendo industrializadas en los países desarrollados como resultado de los avances tecnológicos. La obligación que nacía era que las Partes Contratantes debían adecuar sus normas internas a las disposiciones del TRIPs *so* pena de recibir sanciones de parte de la Organización Mundial del Comercio²⁰¹, otra perfectamente podría ser constituida por el cambio paradigmático que implica pensar que la riqueza de las naciones, para los economistas clásicos, se asentaba sobre tres pilares: el trabajo, el capital y los recursos naturales, en cambio nuestra generación ha agregado un cuarto: la propiedad intelectual²⁰²

¹⁹⁹ El Convenio de París fue firmado el 20 de marzo de 1883, y revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

²⁰⁰ CAZORLA GONZALEZ, M., *La protección jurídica de las invenciones biotecnológicas y sus limitaciones* en CAZORLA GONZALEZ, M. y HERRERA CAMPOS, R. (editores), *Aspectos legales de la Agricultura Transgénica*, Universidad de Almería, Almería, 2004, p. 136.

²⁰¹ TEJERA, V., "Tripping over Property Rights: It is possible to reconcile the Convention on Biological Diversity with article 27 of the Trips agreements?" en *New England Law Review*, Vol. 33, Nro. 4, Año 1999, p. 969.

²⁰² MOSSINGHOFF, G., "The Biodiversity Convention and Intellectual Property Rights: Conflict or Harmony?" en *Patent World*, Nro. 106, Año 1998, p. 1

El acuerdo TRIPs establece una serie de disposiciones que protegen a todos los derechos de propiedad intelectual en general y luego desarrolla otra serie de normas para la protección específica de cada uno de ellos.

Para comprender el contenido de las normas generales del TRIPs es importante recordar que en materia de protección de la propiedad intelectual la comunidad internacional llevaba un largo camino transitado en la adopción de normas internacionales, por lo tanto, las Partes Contratantes recogen su tradición e incorporan por referencia los principales tratados de la materia administrados por la OMPI²⁰³ y declara que la voluntad de los Estados mediante la firma y adopción del TRIPs es crear un convenio de mínimos, significando esto que los Estados se encuentran habilitados a legislar en sus espacios internos sobre la misma materia, y asegurar a la propiedad intelectual un trato con mayores garantías y protecciones a las reconocidas en el TRIPs, pero nunca un trato menos favorable que el mínimo estándar internacionalmente acordado.

Dentro del ámbito de aplicación material del acuerdo debemos incluir todos aquellos que son protegidos por los acuerdos incorporados por referencia, entre los que encontramos la protección por medio de patentes y en consecuencia las patentes concedidas a partir de la investigación en el campo de la biotecnología.

Si nos referimos a la titularidad del derecho de propiedad intelectual reconocido en el TRIPs, debemos referirnos a los particulares, toda vez que el TRIPs reconoce el derecho en cabeza de los particulares creador o inventor del objeto, procedimiento u obra registrada o patentada, toda vez que el fin de este reconocimiento es asegurar al particular el uso y goce exclusivo de su creación o invención incluyendo los beneficios económicos que puedan devenir. De esta forma se busca promover y estimular la investigación y la innovación tecnológica y artística y posteriormente la divulgación y transferencia de ésta a fin de favorecer el bienestar general de la comunidad. "Se trata del estímulo estatal al esfuerzo intelectual"²⁰⁴

Finalmente, cabe mencionar que el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual cuentan con el límite común a todos los derechos materializado en el interés público. Esto significa que las Partes Contratantes mantienen la competencia de dictar sus propias leyes y reglamentos que limiten el alcance de la protección de la propiedad intelectual con fines positivos, por ejemplo proteger la salud pública, la nutrición de la población o para promover el desarrollo socio económicos y tecnológico de determinados sectores o con fines negativos, como por ejemplo evitar el abuso de los derechos de propiedad intelectual que redunden en obstáculos al comercio o a la transferencia de tecnología.

²⁰³ Convención de Paris sobre Protección de la Propiedad Intelectual de 1883 y sus modificaciones, Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886 y sus modificaciones, Convención Internacional para la Protección de Artistas Intérpretes o Ejecutantes, de los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de Roma de 1961, Tratado sobre Propiedad Intelectual sobre los Circuitos Integrados de Washington de 1989.

²⁰⁴ ECHEVERRIA, Y., *La propiedad intelectual en materia de patentes biotecnológicas y variedades vegetales* en CAZORLA GONZALEZ, M. y HERRERA CAMPOS, R. (editores), *Aspectos legales de la Agricultura Transgénica*, Universidad de Almería, Almería, 2004, p. 153; OGUAMANAM, C., *International Law and Indigenous Knowledge, intellectual Property, Plant Biodiversity and Traditional Medicine*, University of Toronto Press, Toronto, Canadá, 2006, p. 6; HAUGE, H., "Patent Rights and Human Rights: Exploring their relationships" en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 10, Nro. 2, Año 2007, p. 2.

En cuanto a las disposiciones específicas que nos interesan de acuerdo a la materia que analizamos, nos referiremos a la protección específica que se da en materia de patentes, objeto que ha sido codificado entre los artículos 27 a 34 del TRIPs.

El artículo 27.1 se refiere a la definición de la materia patentable, estableciendo que las Partes Contratantes deberán otorgar patentes a todas las invenciones, ya sean productos o procedimientos, en todos los campos de la tecnología sin discriminación, que sean nuevas, entendiendo por este término que la creación es no evidente, no se deduce automáticamente del estado previo a la solicitud, el producto o procedimiento no era accesible al público anteriormente. El segundo requisito de patentabilidad indica que el objeto debe entrañar una actividad inventiva, esto significa que no puede ser un resultado obvio ni deducirse fácilmente de los conocimientos técnicos ya existente y finalmente se necesita que sean útiles, significando que puedan ser llevadas a la reproducción industrial, incluida la agrícola.

En el seno de la Organización Mundial del Comercio se ha planteado la preocupación por la falta de una definición clara con relación al término “invención” y la existencia de umbrales extremadamente bajos en los criterios de “novedad”, “actividad inventiva” y “aplicación industrial”, sobre todo, porque en la medida que esta definición sea librada a la voluntad de las Partes Contratantes al momento de crear su derecho interno, podría plantear numerosos problemas y menoscabar el sistema de protección en general.²⁰⁵

Esta regla general de reconocimiento de la patente por una invención de aplicación industrial tiene tres excepciones conforme al tratado y se materializan en los siguientes supuestos: 1) la protección del orden público, la moralidad, la salud o la vida de las personas, de los animales, preservar los vegetales o evitar daños graves al medio ambiente.²⁰⁶ Sin embargo, algunos autores resaltan que aunque una actividad, producto o procedimiento esté prohibida en un país no implica necesariamente la exclusión de sus patentabilidad; es posible que pueda obtenerse una patente aunque ésta no pueda ser explotada²⁰⁷ 2) Los métodos de diagnóstico, terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento de personas y/o animales²⁰⁸ y 3) Las plantas y los animales, con la excepción de los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la reproducción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo el acuerdo establece que toda aquella Parte Contratante que excluya la obtención de vegetales por medio de patentes debe prever un sistema eficaz de protección²⁰⁹ *sui generis*²¹⁰, en este punto seguramente las Partes Contratantes tienen en mente el mecanismo establecido en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales que analizaremos en breve.

Con relación a la primera de las excepciones, tanto en la doctrina como en los espacios gubernamentales y no gubernamentales, se sustenta un debate con relación a la concesión de patentes para productos biotecnológicos; este debate se funda tanto en cuestionamientos éticos como ambientales, sobre todo por el argumento de desconocer

²⁰⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Exámen de las Disposiciones del Párrafo 3 b) del Artículo 27 – Resumen de las Cuestiones Planteadas y las Observaciones Formuladas - Nota de la Secretaría, IP/C/W/369/Rev.1, 9 de marzo de 2006, pp. 14-15.

²⁰⁶ Cfme. Artículo 27.2 del TRIPs.

²⁰⁷ CAZORLA GONZALEZ, M., *op. cit.*, p. 147.

²⁰⁸ Cfme. Artículo 27.3.a del TRIPs.

²⁰⁹ Cfme. Artículo 27.3.b del TRIPs.

²¹⁰ TEJERA, V., *op. cit.*, pp. 969, 977.

los efectos que pueda tener el material patentado en el entorno natural, en consecuencia, algunos sostienen que el “principio” de precaución también debería operar en el marco de la concesión de patentes. En este sentido PAVONI expresa que los entes con competencia en materia de patente se encuentran en la encrucijada entre “ciencia y políticas públicas” que deben resolver mediante la formulación de juicios valorativos²¹¹

Con relación a la tercera excepción enunciada precedentemente algunos autores señalan que uno de los motivos por los que quedaban excluidos de la patentabilidad las variedades vegetales era evitar que fueran doblemente protegidas por ambos sistemas (patente y derecho de obtentor) lo que ocurría cuando una misma variedad podía ser protegida por dos derechos basados en títulos jurídicos diferentes.²¹² Por otra parte, la exclusión de patentabilidad en los procedimientos esencialmente biológicos de obtención vegetal, era debido a que la intervención humana no era determinante en la consecución del resultado, y con base a ello se prohibía la protección de la patente pero cabía la protección por derechos de obtentor²¹³

El artículo 28 del Acuerdo legisla sobre los derechos subjetivos que implica la patente industrial, reconociendo al titular de ésta el derecho exclusivo de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso oferta para la venta, venta o importación para esos fines de dicho producto o procedimiento. Además podrán ceder o transferir las patentes por sucesión o por actos entre vivos.

Estos derechos encuentran su correlación en las obligaciones que impone el artículo 29 del Acuerdo, cuando se estipula que los titulares de las patentes están obligados a divulgar la invención de manera suficientemente clara y completa para que las personas capacitadas en la técnica puedan utilizarla, pudiéndose exigir que se indique la mejor manera de hacerlo que se conozca.

Al igual de lo predicado en la parte general del Acuerdo, la sección referida a las patentes en el artículo 30 del Acuerdo vuelve a reconocer a las Partes Contratantes su capacidad de introducir excepciones, en la medida que no sean injustificadas, siempre que se basen en una ponderación de los intereses legítimos de los titulares de la patente y los intereses legítimos de los terceros.

Todas las Partes Contratantes han acordado en el artículo 33 del Acuerdo dar una protección mínima de 20 años a partir de la presentación de la solicitud de la patente industrial

A.2 La regulación de la biotecnología en el Derecho internacional del Medio Ambiente

A.2.1- La regulación de la biotecnología en la Convención de Diversidad Biológica (CDB)

Es sabido que el interés internacional por las cuestiones medioambientales supera los 30

²¹¹ PAVONI, R., *Biosafety and Intellectual Property Rights: Balancing Trade and Environmental Security – The Jurisprudence of the European Patent Office as a Paradigm of an international Public Policy Issue* en FRANCIONI, F., (editor), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford-Portland, Oregon, 2001, p. 93.

²¹² ALMODOVAR IÑESTA, M., *Régimen jurídico de la biotecnología agroalimentaria*, Granada, Comares, 2002, p. 311.

²¹³ CAZORLA GONZALEZ, M., *op. cit.*, p. 149.

años, asimismo, es verdad también que la concreción de instrumentos jurídicos por medio de los cuales los sujetos de Derecho internacional asumen obligaciones internacionales, es más reciente, mucho más en el campo de la biotecnología, que como objeto de regulación es relativamente joven.

En esta línea de argumentación cabe recordar que paralelamente a la realización Conferencia de Rio de Janeiro en el año 1992, se concluían las negociaciones relativas al primer instrumento internacional que tendría entre su contenido, normas dirigidas a la biotecnología. Esta será la Convención de Diversidad Biológica, en adelante CDB.

En las líneas que siguen, expondremos de modo descriptivo el contenido de aquellas normas incluidas en el CDB que se vinculan a la regulación internacional de la biotecnología.

Las Partes Contratantes del CDB se proponen como objetivo del acuerdo conservar la diversidad biológica, utilizar de forma sostenible sus componentes y participar de modo justo y equitativo en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías.²¹⁴ Para algunos el “gran acuerdo” se refleja en el segundo y tercero de los objetivos generales, que implican un equilibrio entre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa de los beneficios de su uso a través de una amplia gama de mecanismos monetarios y no monetarios, que van desde participación en las ganancias o participaciones en las empresas de prospección biológica, a través de la transferencia de tecnología, formación e investigación. Es el equilibrio entre el acceso y la distribución de beneficios, y su impacto específico en la práctica empresarial.²¹⁵

Cabe recordar que uno de los temores que vinculan a la biotecnología con el medio ambiente en general y la biodiversidad en particular, es el potencial efecto que surge de la utilización de los productos biotecnológicos de disminuir o extinguir aquellos tradicionales que no se encuentran en condiciones de resistir el cambio de las condiciones climáticas, que por el sostenido uso de los productos biotecnológicos en desmedro de sus paralelos tradicionales, toda vez que la aplicación de los primeros deviene en mejores resultados económicos que los segundos, se traduce en la desaparición de muchas especies tradicionales que dejan de ser cultivadas o por la “contaminación” genética que puede provocarse por la polinización de especies transgénicas sobre especies tradicionales, en consecuencia, los sujetos de Derecho internacional reconocen que la regulación del uso de la biotecnología es un factor importante a tener en cuenta si se persigue la conservación de los recursos biológicos existentes en el planeta.

La regulación de la CDB no pretende estar aislada del resto del sistema de Derecho internacional general, por lo tanto, el propio tratado enmarca sus disposiciones dentro de los límites de la Carta de las Naciones Unidas y de conformidad a los principios del Derecho internacional, a partir de los cuales los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de

²¹⁴ Cfme. artículo 1 del CDB.

²¹⁵ WARD, H., "Introduction and Overview" en *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs), Vol 76, Nro. 2 (Special Biodiversity Issue), Año 2000, p. 215.

toda jurisdicción nacional.²¹⁶

El artículo 3 de la CDB resalta dos principios de Derecho internacional, el primero es la “soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales” que incluye los recursos genéticos. Sobre este principio a modo introductorio, podemos manifestar que se desarrolla en la arena internacional a partir del fenómeno de la descolonización, es decir, en la segunda mitad del siglo XX y como forma de limitar la aplicación de métodos meramente extractivos de las riquezas naturales en el territorio de las antiguas colonias por parte de sus respectivas metrópolis. No obstante, en algún momento también se pretendió difundir globalmente la idea que la diversidad biológica o el conjunto de recursos que conforman los ecosistemas, podrían ser considerados patrimonio común de la humanidad²¹⁷, en tanto la humanidad conforma una única familia humana, no obstante, cuando se abandona esta visión “romántica” de las relaciones intersubjetivas y se reconocen los intereses económicos que la diversidad biológica pueden implicar, se termina por consolidar como principio de Derecho internacional rector de las relaciones internacionales, la soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales, aún cuando la visión comunitaria anterior, se mantenga en la posibilidad de que todos los Estados pueden acceder a los recursos en condiciones previamente pactadas *inter partes*. Este régimen final, consagrado en la CDB es calificado por algunos autores como “moderno” toda vez que compatibiliza o reconcilia la soberanía territorial con el interés de la comunidad internacional, asegurando el acceso a los recursos en condiciones mutuamente acordadas²¹⁸

El segundo de los principios de Derecho internacional a los que hacíamos referencia es “no crear daños transfronterizos, adoptante previamente una conducta diligente” y eventualmente “reparar los daños transfronterizos causados”²¹⁹. En el caso particular del tratado al que nos referimos, los Estados se comprometen a no realizar en sus territorios actividades que puedan dañar la biodiversidad en el territorio bajo jurisdicción o control de otros miembros. Estas actividades incluyen la utilización diligente de la biotecnología, por sus potenciales efectos negativos sobre el ecosistema.

La prevención de los daños transfronterizos, incluidos los medioambientales, ha sido reconocida en la primera conferencia sobre medio ambiente y desarrollo en Estocolmo en junio de 1972, vuelve a reafirmarse en la conferencia de Río de Janeiro de 1992, ha sido contemplada en el proyecto de artículos sobre “Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, adoptado en su 53º período de sesiones (A/56/10) de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas²²⁰, y cristalizada por la misma Corte Internacional de Justicia, la cual, en su opinión consultiva sobre la legalidad del uso de las armas nucleares manifestó que “los Estados tienen la obligación de asegurar las actividades que realizan en territorios bajo su jurisdicción o control”²²¹.

²¹⁶ Cfme. artículo 3 del CDB.

²¹⁷ MERSON, J. "Bio-Prospecting or Bio-Piracy: Intellectual Property Rights and Biodiversity in a Colonial and Postcolonial Context" en *Osiris*, 2nd Series, Nature and Empire: Science and the Colonial Enterprise, Año 2000, Vol. 15, p. 284. Algunos autores consideran que este enfoque es controvertido en la medida que crea desventajas tanto para países en desarrollo -“genéricos”-, ya que pierden el derecho a prevenir el acceso a sus recursos, y los países del Norte -“genepobres”- porque pierden la posibilidad de aplicación de derechos y patentes. Ver JEROME, J.S., "How International Legal Agreements Speak About Biodiversity" en *Anthropology Today*, Vol. 14, Nro. 6, Año 1998, p. 7.

²¹⁸ FRANCIONI, F., *International law for biotechnology: basic principles* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T. (editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2006, p. 10.

²¹⁹ BIRNIE, P. y BOYLE, A. *International Law of the Environment*, Oxford, 2 ed, 2002, p. 115.

²²⁰ Cfme. artículo 3 del proyecto de artículos.

²²¹ I.C.J. Opinión Consultiva sobre “Licitud de la Amenaza o del empleo de Armas Nucleares” Recueil

De igual modo en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros*, la Corte confirmó su posición anterior.²²²

El compromiso que asumen las Partes Contratantes es implementar estrategias nacionales o regionales con el fin de conservar la biodiversidad, en un marco de cooperación internacional materializado por el intercambio de información, pero siempre bajo la responsabilidad de las Partes Contratantes; son estas las encargadas de mantener los componentes bióticos de sus ecosistemas domésticos.

La conservación puede efectuarse *in situ* o *ex situ*, entendiéndose por esto, dentro o fuera del hábitat o ecosistema al que pertenece el factor biótico. Dentro de las previsiones que las Partes Contratantes deben guardar para la conservación de determinadas áreas naturales, estas se comprometen a regular, administrar o controlar, los riesgos derivados de la utilización y la liberación de organismos vivos modificados por la biotecnología, que probablemente tengan repercusiones ambientales adversas que puedan afectar a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana.²²³

Asimismo, todas las Partes Contratantes, en la medida de sus posibilidades, se comprometen a identificar los procesos y categorías de actividades que tengan, o que *probablemente* tengan, efectos perjudiciales *importantes* en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y procederán, mediante muestreo y otras técnicas, al seguimiento de esos efectos²²⁴. En este sentido cabe acotar que el daño debe ser posible y probable. Además, de acuerdo a la calificación de importante, estimamos que la probabilidad debe ser alta, Por último consideramos que la determinación de la probabilidad del daño no debe ser teórica, pues la forma de su detección en mediante técnicas de muestreo, entre otras, por lo tanto, la detección de la probabilidad de daño debe ser práctica.

En cuanto a la utilización de los recursos, la Convención estipula que ésta debe ser efectuada de un modo sostenible, para lo cual las Partes Contratantes se comprometen a adoptar medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica²²⁵. Sobre este punto podemos analizar que entre las dos opciones que las Partes Contratantes disponen -evitar o reducir al mínimo- podríamos predicar que al efecto de compatibilizar las medidas con las obligaciones de la Organización Mundial del Comercio, sería suficiente la segunda opción, pues al estar unidas por el disyuntor “o” no existe una relación jerárquica entre las opciones. En todo caso, debería estar redactado de la siguiente forma: “en el caso que no se pueda evitar el daño, se perseguirá el objetivo de reducir ... por lo tanto, si pretendemos evitar una discordancia con la normativa Organización Mundial del Comercio, la medida que se adopte debe ser la menos restrictiva del comercio, siempre y cuando se logre reducir al mínimo el efecto adverso... no se puede tomar la medida más extrema, con el objetivo de evitar el efecto adverso, porque en ese caso se violaría la normativa Organización Mundial del Comercio.

Es interesante y al mismo tiempo importante que dentro de un tratado de Derecho

1996, p. 241-242, párrafo 29.

²²² I.C.J. Reports 1997, *Gabcikovo-Nagymaros – Hungría c. Eslovaquia*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, párrafo 53.

²²³ Cfme. artículo 8 inciso g de la CDB.

²²⁴ Cfme. artículo 7 de la CDB.

²²⁵ Cfme. artículo 10 inciso b de la CDB.

internacional del medio ambiente se han cristalizado normas de derechos humanos, como lo muestra el contenido del inciso j del artículo 8, toda vez que impone sobre las Partes Contratantes la obligación de legislar internamente en el sentido de “respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promover su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentar que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”. El contenido de este inciso será retomado en el capítulo 2 de esta primera parte del trabajo al momento de analizar las posibles descordinaciones entre tratados, visto que el tratado que analizamos reconoce el rol de los pueblos originarios y su derecho de “propiedad intelectual” sobre sus prácticas tradicionales que a lo largo de la historia han contribuido al mantenimiento y desarrollo de la biodiversidad y en consecuencia al producto de sus prácticas.

Uno de aquellos principios enunciados al principio de este análisis del CDB -prevención y reparación de daños transfronterizos- es operacionalizado en el artículo 14 del tratado, indicando las vías de acción en caso de emergencia ambiental -daño inminente o daño consumado-. Los presupuestos son: a) la realización de una evaluación del impacto ambiental de los proyectos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos; b) la notificación, el intercambio de información y las consultas entre las partes que puedan verse afectadas por algún proyecto; c) la notificación inmediata, en caso de peligros inminentes o graves para la diversidad biológica o daños a esa diversidad; d) iniciación de medidas para prevenir o reducir al mínimo esos peligros o esos daños; y en el último de los casos la evaluación de la responsabilidad y reparación, incluso el restablecimiento y la indemnización por daños causados a la diversidad biológica.

El segundo de los principios abordados -soberanía sobre los recursos naturales- es contemplado en el artículo 15 del CDB. Tal como manifiesta FRANCIONI²²⁶, el régimen consagrado por la CDB reconcilia los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales y la consecuente facultad de regular el acceso a los recursos genéticos y los intereses de la comunidad internacional, pues el CDB también obliga a las Partes Contratantes a procurar crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilidades ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente convenio. No obstante, algunos autores consideran que el principio de soberanía trae consigo un problema porque “no contempla los derechos de la población indígena y local, ya que los Estados pueden apropiarse libremente de sus conocimientos y recursos.”²²⁷

El suministro de recursos genéticos sólo puede ser efectuado por aquella parte contratante que es países de origen de esos recursos o por otra parte que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el presente convenio. El suministro o acceso a los recursos genéticos será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la parte contratante que proporciona los recursos -el objetivo es evitar la biopiratería-.

Finalmente, el artículo 15 vuelve a introducir una cláusula interesante e importante, que implica compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de

²²⁶ FRANCIONI, F., *International law for biotechnology...*, *op. cit.*, p. 10.

²²⁷ JEROME, J.S., *op. cit.*, p. 8.

investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la parte contratante que aporta esos recursos. No obstante, al final incluye una condición que seguramente disminuye su aplicabilidad -esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas- Me atrevo a vaticinar la disminución de la aplicabilidad por el diferente poder relativos de las Partes Contratantes que suministran recursos genéticos -países en vías de desarrollo o menos desarrollados- y Partes Contratantes que investigan e industrializan estos recursos -países desarrollados-

Uno de los puntos destacados de esta CDB se refiere a la gestión de la biotecnología. El artículo 19 de la CDB resalta que las Partes Contratantes deberán suministrarse entre sí, al momento de intercambiar material genético, todo tipo de información relativa al uso y la seguridad requerida para la manipulación de dichos organismos vivos modificados, así como toda información disponible sobre los posibles efectos adversos de los organismos específicos de que se trate. Asimismo, dispone que las Partes Contratantes estudiarán la necesidad y las modalidades de un Protocolo que establezca procedimientos adecuados, incluido en particular el consentimiento fundamentado previo, en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización de organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica -esto dio pie a Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología que se analizará próximamente-

En cuanto a la relación de la CDB con otros tratados, el artículo 22 incorpora la conocida cláusula de “apoyo mutuo”. Ésta tiene por finalidad reconocer que la CDB no modifica derecho ni obligaciones que hayan sido reconocidas a las Partes en otros tratados pre-existentes, pero tampoco subordina la CDB a los tratados pre-existentes. No obstante, incorpora una excepción que se materializa sí en caso del ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones se puedan causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro. Esta cláusula será analizada al final de la primera parte de este trabajo.

Por último, estimamos conveniente, siempre con miras de resolver nuestro problema de fondo -la solución de controversias transversales- la CDB consagra su propio sistema de solución de controversias definiendo como métodos principales, los llamados métodos diplomáticos, o sea: la negociación en primera instancia, los buenos oficios o la mediación, en caso de que la primera falle o si las partes así lo estiman pueden reconocer como obligatorio el arbitraje o reconocer expresamente y por escrito la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, siempre respetando el carácter de reciprocidad que caracteriza este tipo de declaraciones de reconocimiento de jurisdicción internacional. Finalmente, en el caso que las partes no hayan reconocido alguno de los métodos “jurisdiccionales” el asunto se someterá a conciliación. En síntesis, es de destacar que prima la solución de diferencias de carácter diplomático, salvo manifestación expresa en contrario, como es habitual en el sistema internacional.

A.2.2- La regulación de la biotecnología en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología

Tal como lo estipulaba el artículo 19 de la CDB, las partes pocos años después de haber firmado el convenio, más precisamente en 1995, iniciaron un proceso de negociación de un instrumento que tuviera por objeto la regulación de los movimientos transfronterizos de material genético -organismos vivos modificados que fueran el resultado de la

biotecnología moderna y que pudieran tener efectos adversos en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica- El resultado final fue el Protocolo que a continuación analizaremos que fuera colocado a la firma de las partes en la conferencia de Montreal del enero de 2000.

El siguiente es un instrumento que regula cuestiones medioambientales y comerciales relativos a la biotecnología, aspectos que según la consideración de la secretaría del CDB y de las propias Partes Contratantes, no son contradictorios, sino que operan en un sentido opuesto “reconciliando las necesidades respectivas de protección del comercio y del medio ambiente en una industria mundial en rápido crecimiento, la industria de la biotecnología”.²²⁸ Asimismo, en los considerandos iniciales²²⁹ del Protocolo se menciona claramente este propósito cuando las Partes Contratantes manifiestan: “reconociendo que los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible”. Asimismo, las Partes Contratantes “destacan (...) que el presente Protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor”, no obstante, las Partes Contratantes aclaran “en el entendimiento de que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales”. De todas formas, estos posibles puntos de conflicto serán abordados en el capítulo 2 de esta primera parte de la tesis. Igualmente a los mencionado en relación a la cláusula de “apoyo mutuo” de la CDB, la cláusula del Protocolo de Cartagena será abordada en las conclusiones de esta primera parte.

Para comenzar podemos señalar que la realidad muestra la falta de correspondencia entre la expansión rápida del sector de la agro-biotecnología y el marco incompleto y fragmentado de la regulación de la biotecnología. El desafío enfrentado por el Protocolo de Cartagena, entonces, es ser lo suficientemente flexible para responder rápida y eficazmente a la innovación externa, mientras que al mismo tiempo manteniéndose fiel a sus principios fundamentales.²³⁰

El objetivo del Protocolo de Cartagena es “contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización segura de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos”²³¹. Si cabe formular algunas apreciaciones en torno al presente artículo, vale decir que en conjugación con las estipulaciones del artículo 2, en el cual las Partes Contratantes se comprometen a título propio a llevar adelante por medio de medidas legislativas o administrativas la gestión del Protocolo, puede predicarse que las disposiciones de logística en la manipulación, identificación y transporte del material genético que regula el Protocolo son considerados estándares mínimos de administración.

No obstante, aún cuando estos estándares ya son considerados adecuados por la propia definición del artículo 1, las Partes Contratantes podrán adoptar medidas más estrictas de gestión del material genético siempre que esas medidas sean compatibles con el objetivo y las disposiciones del presente Protocolo y conformes con las demás

²²⁸ CONVENIO DE BIODIVERSIDAD (SECRETARIA) Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica: texto y anexos, Montreal, Año 2000, p.1.

²²⁹ Cfme. Considerando 8 del Protocolo de Cartagena.

²³⁰ WARD, H., *op. cit.*, p. 220.

²³¹ Cfme. artículo 1 del Protocolo de Cartagena.

obligaciones de esa Parte dimanantes del Derecho internacional²³², pero aún cuando a las Partes Contratantes se les está permitido realizar acuerdos bilaterales o multilaterales con otras partes, sobre cuestiones relativas a la misma materia que el Protocolo regula, estos convenios nunca podrán imponer obligaciones menos estrictas que las estipuladas por el Protocolo²³³

En cuanto al ámbito material de aplicación del Protocolo de Cartagena, podemos dividirlo en dos sectores; en el primero de estos sectores individualizamos el tipo de movimientos que se regulan y en el segundo, el tipo de organismos vivos modificados que se incluyen en la prescripción del tratado.

En relación al tipo de movimientos, el artículo 6 del Protocolo indica, que aun cuando no existe la intención de menoscabar los derechos de las partes para regular los movimientos dentro de sus territorios de cualquier tipo de material vivo, el Protocolo señala que sus disposiciones sólo serán aplicables a las relaciones que impliquen movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados que provengan de una parte contratante y estén destinados a concluir su tránsito en el territorio de otra parte contratante. Asimismo, reiterando que no existe vocación de limitar los derechos de las Partes Contratantes a exigir evaluación de riesgo para todos los casos en que se transporte organismos vivos modificados, el Protocolo no se aplicará a los movimientos que tengan por fin transportar organismos vivos modificados con el objeto de ser tratados de un modo confinado, es decir, que no estén destinados a la introducción en el medio ambiente.

El segundo aspecto que compone el ámbito material de aplicación del Protocolo hace referencia al tipo de organismos vivos modificados sobre los cuales se aplica la normativa analizada. El instrumento crea cuatro categorías:

- a) la primera hace referencia a los organismos vivos que están destinados a la introducción deliberada en el medio ambiente, es decir aquellos organismos vivos modificados que serán utilizados como semillas en el proceso de siembra;
- b) la segunda de las categorías incluye a los organismos vivos modificados destinados al consumo humano o a la alimentación de animales o para el procesamiento de estos materiales;
- c) organismos vivos modificados ya procesados, y
- d) organismos vivos modificados incluidos en una lista confeccionada por la conferencia de las partes que los califica como organismos que improbablemente tengan efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana.²³⁴

Las primeras dos categorías serán reguladas por las disposiciones del Protocolo, en cambio las dos últimas, están excluidas de las normas analizadas.

Desde el artículo 8 hasta el artículo 12 del Protocolo se establece una serie de procedimientos previos a la primera exportación de organismos vivos modificados

²³² Cfme. artículo 2.4 del Protocolo de Cartagena.

²³³ Cfme. artículo 14 del Protocolo de Cartagena.

²³⁴ Hasta el día de la fechas las Partes Contratantes no han confeccionado listado alguno de los organismos vivos modificados que conforman esta categoría.

comprendidos en las categorías a) y b), más específicamente, los artículos 8, 9, 10 y 12 para la categoría a) y el artículo 11 para la categoría b).

La Parte exportadora notificará, o requerirá al exportador que garantice la notificación por escrito, a la autoridad nacional competente de la Parte de importación antes del movimiento transfronterizo intencional de un organismo vivo modificado. Con posterioridad la Parte de importación deberá acusar recibo de la notificación, por escrito, al notificador en un plazo de noventa días desde su recibo, manifestando la fecha en que recibió la notificación, si esta estaba completa y si debe actuar de acuerdo al procedimiento nacional -el que a su vez debe ser conforme al Protocolo- En caso de ausencia de acuse de recibo de la notificación por la Parte de importación no se interpretará como su consentimiento a un movimiento transfronterizo intencional²³⁵

Todas las decisiones que adopte la Parte de importación deberán ajustarse a lo indicado por una evaluación del riesgo como lo dispone el artículo 15 del Protocolo y este marco la Parte de importación, dentro del plazo de 90 días comunicará al notificador, por escrito, si el movimiento transfronterizo intencional puede realizarse:

- a) únicamente después de que la Parte de importación haya otorgado su consentimiento por escrito;
- b) una vez transcurridos al menos 90 días sin que se haya recibido consentimiento por escrito.

En el supuesto que la Parte de importación haya optado por una respuesta del tipo a) en un plazo de 270 días a partir del acuse de recibo de la notificación, comunicará al notificador y al Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología, por escrito, la decisión definitiva, que podrá ser:

- a) aprobar la importación, con o sin condiciones;
- b) prohibir la importación;
- c) solicitar información adicional.
- d) comunicar al notificador que el plazo se ha prorrogado por un período de tiempo determinado.

Salvo en el caso del consentimiento incondicional, siempre será necesario que la Parte de importación estipule las razones sobre las que se basa.

Según algunos autores, el corazón del Protocolo reside en la obligación de las partes de generar el “consentimiento fundado previo” al movimiento de organismos vivos modificados, pues de este modo se obtiene no sólo la protección del medio ambiente sino también se contribuye a la protección de los intereses sociales y económicos²³⁶. Este procedimiento es la potestad que tienen los Estados de saber que se va a introducir en sus territorios y que dicha información sea proporcionada a tiempo, a fin de que estos tomen medidas para evitar cualquier daño potencial en sus territorios²³⁷. El poder de la parte importadora es sumamente grande, pues su capacidad para rechazar la importación

²³⁵ Cfme. artículos 8 y 9 del Protocolo de Cartagena.

²³⁶ HAGEN, P. y WEINER, J.B. “The Cartagena Protocol on Biosafety: New Rules for International Trade in Living Modified Organisms en *Georgetown International Environmental Law Review*, Spring 2000, 12, 3, p. 704.

²³⁷ HERRERA, J.A., HERNANDEZ, F., RODRIGUEZ, J.G., ZAMUDIO, C., LOPE, L.H., HUERTA, M., SALINAS, R., "El Protocolo de Cartagena y la Conservación del Medio Ambiente en la era de la Biotecnología", en *Revista Desarrollo Local Sostenible*, Vol. 2, Nro. 5, Año 2009, p. 3.

encuentra múltiples fundamentos, científicos y no-científicos y “aunque este poder no es absoluto, en la mayoría de las circunstancias el país importador, a través de la valoración del riesgo y del principio precautorio, puede decidir sobre que importaciones aceptar o rechazar”²³⁸ circunstancia que menoscaba la previsibilidad del comercio internacional.²³⁹

Otro punto relevante es que aun transcurrido el plazo de 270 sin que se haya notificado la decisión final, esta falta de notificación no se interpretará como su consentimiento a un movimiento transfronterizo intencional, por lo que los plazos estipulados en el Protocolo son meramente ordenatorios, pero nunca perentorios.

Finalmente el artículo 10 del Protocolo desarrolla la aplicación del Principio de Precaución. Durante la negociación se produjeron fuertes enfrentamientos; la disidencia se dio básicamente entre la Unión Europea y Estados Unidos y algunos países latinoamericanos, quienes alegaron que la utilización de medidas de precaución podrían ser utilizadas como pretexto para el proteccionismo²⁴⁰. El contraste entre los dos enfoques se basan en que Estados Unidos prefiere claramente que todas las partes del Protocolo, incluyendo la Unión Europea, adhieran y respeten la evidencia científica estándar establecida para la protección de la salud y el cuidado del medio ambiente, antes que la utilización de restricciones utilizando el “principio de precaución, basado en lo que algunos denominan “posibilidades remotas”²⁴¹ No obstante, el convertir al Principio de Precaución en “uno de los pilares del sistema” ha sido una de las victorias más grandes del grupo de los países en desarrollo y de la Unión Europea²⁴².

Finalmente, la redacción del texto termina prescribiendo que en un contexto en el que la Parte importadora no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, la Parte importadora no estará impedida, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate. Esta prescripción lleva al extremo la aplicación del principio de precaución, pues existe una contradicción congénita al artículo, pues todo el proceso de importación se inicia con una evaluación del riesgo y concluye con la posibilidad que exista un vacío científico, si este fuera tal, nunca habría sido posible la formulación de una evaluación

²³⁸ KATZ, D. "The Mismatch between the Biosafety rotocol and the Precautionary Principle" en *Georgetown International Environmental Law Review*, Summer 2001, 13, 4 p 954; SINDICO, F. "La Prohibición del Comercio Internacional en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología: ¿Un desafío a la Organización Mundial del Comercio?" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nro. 7, Año 2003, p. 8.

²³⁹ ABLIN, E.R., MENDEZ, G., MORELLI, E. "La Organización Mundial del Comercio y el tratamiento de los Productos de Biotecnología: hacia una Aproximación Normativa" en *Revista del Centro de Economía Internacional* Nro. 04, Año 2005, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina.

²⁴⁰ ADLER, J.H., "The Cartagena Protocol and Biological Diversity: Biosafe or Bio Sorry?" en *Georgetown International Environmental Law Review*, Spring 2000, Vol. 12, Nro. 3, p. 770; KATZ, D., *op. cit.*, p. 956; SAIGO, H., "Agricultural Biotechnology and the Negotiation of Biosafety Protocol" en *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 12, Nro. 3 Año 2000, p. 781; HOBBS, A.L.; HOBBS, J.E.; KERR, W.A., *op. cit.*, p. 294, MC NELIS, N., "EU communication on the precautionary principle" en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Nro. 3, Año 2000, p. 545.

²⁴¹ REDICK, T.P., "The Cartagena Protocol..." *op. cit.*, p. 60.

²⁴² SINDICO, F., "La prohibición del comercio internacional..." *op. cit.*, p. 12.

del riesgo. Lo que muestra la redacción de este artículo, es la total discrecionalidad por parte de la Parte importadora, para valorar la información que se le suministra, nunca sabiendo el exportador, si la información que envía será la suficiente para satisfacer a la Parte importadora.

“El enfoque global del Protocolo de Cartagena es “de precaución” lo que implica la definición de la preferencia de demorar el uso y la introducción de nuevas tecnologías antes de que sea seguro que no hay algún o ningún efecto adverso negativo,²⁴³ se marca el comienzo de una era de protección al medio ambiente, en vez de tratar los problemas ambientales, este principio trata de anticiparse al daño y así proteger la salud humana y al medio ambiente²⁴⁴. No obstante, algunos autores califican la redacción de “complicada y ambigua, lo cual refleja la alta sensibilidad de lo acordado por las partes”²⁴⁵ No obstante, según algunos autores el problema más grande es comprender cuándo es posible aplicarlo y qué medidas es posible adoptar en su nombre²⁴⁶. El Protocolo de Cartagena intenta apuntar a muchas preocupaciones pero ha recurrido abiertamente a una versión muy estricta del principio precautorio. El resultado puede recaer en restricciones innecesarias en el comercio por miedos infundados sobre la biotecnología o intentos velados de proteccionismo.²⁴⁷

A pesar de la concesión de Estados Unidos a la introducción de la precaución en el Protocolo, los norteamericanos se han opuesto a la incorporación de ésta como criterio rector de las normas y estándar sobre inocuidad de los alimentos en el marco de la Organización Mundial del Comercio y en los textos afines de la Comisión del Codex Alimentarius (...) Una razón importante de la hostilidad de Estados Unidos al “principio de precaución” es que los estándares o normas del Codex Alimentarius y de textos afines, son consideradas por el acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (acuerdo SPS) como presuntamente autorizadas en los Grupos Especiales de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio. Los Estados Unidos consideran que el acuerdo SPS proporciona las medidas adecuadas para el uso de la precaución, aunque sólo sea provisional, en casos de incertidumbre científica sobre el comercio de alimentos, alimentos para animales y semillas.²⁴⁸

En torno a la segunda categoría de organismos vivos modificados que regula el Protocolo -aquellos destinados al consumo humano, a la alimentación animal o al procesamiento, el instrumento que analizamos indica que una Parte que haya adoptado una decisión definitiva de acuerdo a su normativa nacional -la que debe ser compatible con el Protocolo-, en relación con el uso nacional, incluida su colocación en el mercado, informará al respecto a todas las Partes, por conducto del Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología.

²⁴³ ADLER, J.H., *op. cit.*, p. 777.

²⁴⁴ HERRERA, J.A., HERNANDEZ, F., RODRIGUEZ, J.G., ZAMUDIO, C., LOPE, L.H., HUERTA, M., SALINAS, R., *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁵ HAGEN, P. y WEINER, J.B., *op. cit.*, p. 710; STANTON, J., "Sustainable Development of Genetically Modified Organisms" en *New Zealand Journal of Environmental Law*, Nro. 10, Año 2006, p. 23; HEALY, M.P.; "Information based regulation and International trade in Genetically Modified Agricultural Products: An evaluation of the Cartagena Protocol on Biosafety" en *Washington University Journal of Law and Policy*, Nro 9, Año 2000, p. 216; LAIDLAW, A.K. "Is it better to be safe than sorry? The Cartagena Protocol versus the World Trade Organisation" en *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 36, Nro. 2, Año 2005, p. 438.

²⁴⁶ SINDICO, F., "La prohibición del Comercio internacional..." *op. cit.*, p. 12, KATZ, D., *op. cit.*, p. 951;

²⁴⁷ KATZ, D., *op. cit.*, p. 981, SAIGO, H., *op. cit.*, p. 811, LAIDLAW, A.K., *op. cit.*, p. 437.

²⁴⁸ SUPPAN, S., *The WTO Agreements and the Biosafety Protocol: Prospects for Reconciliation and Implementation*, Institute for Agriculture and Trade Policy, 2000. p.104.

En el caso de países en vías de desarrollo o de economías en transición que hayan autorizado la importación de organismo vivos modificados, podrán declarar que harán una revisión a la decisión en base a una nueva evaluación del riesgo -de acuerdo a las estipulaciones que contiene el Protocolo-. La decisión definitiva será tomada en el plazo de 280 días, no obstante este plazo sigue siendo ordenatorio y no perentorio, por lo tanto, transcurrido este plazo, sin que se haya expedido, no puede interpretarse como autorización o como negación a la importación.

El artículo 11 concluye con las mismas previsiones contempladas en el artículo 10 *in fine* del presente Protocolo.

El artículo 12 del Protocolo prevé que ante la existencia de nueva información que implique un cambio en cualquiera de las valoraciones que sostuvieron una decisión de la Parte de importación -ya sea la autorización, ya sea la prohibición- cualquiera de las partes puede: 1) interrumpir la autorización de importación -en el caso que la nueva información indique la existencia de un riesgo a la diversidad biológica o a la salud humana- o 2) requerirse una nuevo análisis de la información para autorizar una importación hasta ese momento bloqueada -en el caso que la nueva información despeje dudas sobre sus efectos nocivos sobre el ambiente o la salud humana-

Finalmente, el artículo 13 del Protocolo instituye un procedimiento simplificado que consiste en que la Parte importadora notifica al Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología que determinados organismos vivos modificados pueden ser objeto de un movimiento transfronterizo hacia su territorio al mismo tiempo que están enviando la notificación de este o simplemente quedan exceptuados de iniciar un procedimiento de notificaciones y requerimientos de autorización. Tal como lo expresamos en párrafos anteriores, estas normas no hacen más que amparar al extremo las decisiones discrecionales de las partes importadoras de organismos vivos modificados.

Tal como hemos manifestado en párrafos anteriores, las decisiones que se tomen en torno a la autorización, suspensión o prohibición del movimiento de organismos vivos modificados, debe estar fundada en los resultados de una “evaluación del riesgo”. El Protocolo indica cuales son las características que debe cumplir un análisis de esta envergadura, optando por una operación del tipo científica, fundada en la información científica suministrada “como mínimo” por la parte exportadora de acuerdo al artículo 8, sumada a otras pruebas disponibles para evaluar y teniendo en cuenta los posibles impactos en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y la salud humana. A modo de comentario podemos agregar que la evaluación del riesgo podrá ser realizada por la parte importadora o podrá ser requerida a la parte exportadora a su coste.²⁴⁹

El paso siguiente a la realización de una “evaluación del riesgo” es la gestión del riesgo, momento en el cual las Partes Contratantes deben tomar una decisión política que va desde las más estrictas a las más permisivas, sobre como conducir la actualización de estos posibles riesgos que han sido determinados en la operación científica “en abstracto”. Para ello, las partes se han comprometido a imponer las medidas necesarias para “evitar” los efectos adversos de los organismos vivos modificados en la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana. Cabe manifestar a modo de anticipación de lo que será tratado en el capítulo 2 de esta primera parte del trabajo, que estas

²⁴⁹ Cfme. artículo 15 del Protocolo de Cartagena.

disposiciones posiblemente se enfrenten a las normas de la Organización Mundial del Comercio, por cuanto, dado el abanico de posibles decisiones o medidas sobre las que puede optar una parte contratante, el Protocolo de Cartagena no se establece ningún límite a la elección, en cambio en el seno de la Organización Mundial del Comercio, la decisiones que tienen por objeto la protección de un interés legítimo, como lo es la protección del medio ambiente, deben pasar una doble evaluación, en primer lugar ser conducentes al logro del objetivo que persiguen y en segundo término ser lo menos restrictivas al comercio.

La “gestión del riesgo” no sólo incluye medidas a nivel doméstico, sino que han sido establecidas medidas a colectivas o de cooperación tales como a) la determinación conjunta de aquellos organismos vivos que puedan tener efectos adversos, b) la definición de medidas colectivas para su tratamiento y c) la información inmediata cuando se ha determinado una liberación de un organismo vivo modificado que pueda tener efectos adversos sobre la diversidad biológica o la salud humana y que conduzca o pueda conducir a un movimiento transfronterizo involuntario²⁵⁰.

Otro de los puntos relativos a la logística del movimiento transfronterizo de los organismos vivos modificados, se vincula a las condiciones bajo las cuales deben ser manipulados, envasados y transportados, definiendo que todas estas acciones deben ser hechas en condiciones de seguridad, teniendo en cuenta las normas y los estándares internacionales pertinentes. Si bien el Protocolo declara que la conferencias de las partes en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de este, determinará mayores precisiones, el instrumento crea obligaciones claras, precisas e incondicionales, tales como:

a) Los organismos vivos modificados destinados a uso directo como alimento humano o animal, o para procesamiento, deben contar con una leyenda que claramente identifique que “pueden llegar a contener” organismos vivos modificados y que no están destinados para su introducción intencional en el medio.

b) Los organismos vivos modificados destinados para uso confinado deben contener una leyenda que indique claramente su condición de organismos vivos modificados y su destino, como asimismo, sus condiciones de tratamiento.

c) Los organismos vivos modificados destinados a su introducción intencional en el medio ambiente de la Parte de importación y cualquier otro organismo vivo modificado contemplado en el Protocolo debe estar identificado claramente como organismo vivo modificado; especificando la identidad y los rasgos y/o características pertinentes, los requisitos para su manipulación, almacenamiento, transporte y uso seguros.

Estas normas de identificación de los organismos vivos modificados serán analizadas en el capítulo 2 de esta primera parte del trabajo, al efecto de cotejar la compatibilidad con las disposiciones del acuerdo TBT y SPS de la Organización Mundial del Comercio sobre la materia.

La práctica de la organización demuestra que este punto es verdaderamente conflictivo, pues en total se han formulado diez encuentros entre las Partes Contratantes, adoptando diferentes denominaciones, en las cuales se ha materializado las siguientes

²⁵⁰ Los puntos a) y b) se corresponden al artículo 16 in fine y la opción c) al artículo 17 del Protocolo de Cartagena.

conclusiones²⁵¹. En el primer encuentro del Comité Intergubernamental, antes de la entrada en vigencia del Protocolo, se solicita que todas las partes envíen información sobre las normas que tienen y las practicas que siguen sobre el tema. En la segunda reunión del Comité Intergubernamental, solicitan a las partes que envíen sus puntos de vistas sobre cuales son las normas que deberían dictarse en relación al Artículo 18. 2 (a) y que comiencen a preparar sus comentarios sobre los puntos (b) y (c) del mismo artículo. En la reunión siguiente, se toma nota de las diversos puntos de vista sobre como proceder en el párrafo 2 (a) al punto que se ha tornado imposible superar las diferencias entre las partes, en cambio, en cuanto a los párrafos 2 (b) y (c) se llega a un acuerdo sobre cuales deben ser las recomendaciones a elevar a la Reunión de las Partes.

La primera Reunión de las Partes, tomó nota de los problemas para definir los detalles pormenorizados que exige la segunda proposición del párrafo 2 (a) del artículo 18, no obstante, reconociendo que las medidas que adoptaba serían provisorias, hasta que la dificultad antes señalada fuera resulta, la Reunión de las Partes estableció que las Partes del Protocolo comenzaran a utilizar los sistemas de documentación existentes o sus prácticas comerciales, para requerir la clara identificación de los Organismos Vivos Modificados destinados al uso como alimento para los seres humanos o piensos para los animales, o para ser procesados. Asimismo, debe identificarse los embarques que “pueden contener” Organismos Vivos Modificados con el fin señalado recientemente y que no están destinados a ser introducidos intencionalmente en el medio ambiente. La documentación que acompaña a los Organismos Vivos Modificados debe contener datos de contacto del exportador, del importador y alguna autoridad competente designada por el gobierno. Se incentiva a trabajar en un código único para identificar a los Organismos Vivos Modificados y finalmente se solicita que las Partes compartan sus experiencias en la aplicación de estas medidas.

Estas medidas no fueron suficientes, pues la próxima vez que la Reunión de las Partes trata el tema observa que han sido limitadas las experiencias comunicadas a la Secretaría, aun cuando existen normas claras en el ámbito de Naciones Unidas para el transporte de sustancias peligrosas y aún sido reconocido el derecho de cada una de las Partes a tomar las medidas domésticas que estime apropiado, en consecuencia, reitera el pedido a las Partes de enviar sus experiencias en la aplicación de las medidas que hayan adoptado

En un evento preparatorio a la cuarta Reunión de las Partes, se reconoce nuevamente la complejidad del asunto, la existencias de múltiples foros en los que se abordaba el tema, la imposibilidad de continuar multiplicando esfuerzos, la existencia de reglas que podrían ser adaptadas, por lo tanto se solicita a las Partes que identifiquen que reglas podrían ser adaptadas y cual creen que es el espacio más adecuado para la discusión del

²⁵¹ ICCP 1, Montpellier, 11 - 15 Diciembre de 2000 - I/5 Handling, transport, packaging and identification; ICCP 2, Nairobi, 1 - 5 Octubre de 2001 - II/10 Handling, packaging, transport and identification; ICCP 3, La Haya, 22 - 26 Abril de 2002 - III/6 Handling, transport, packaging and identification (Article 18); COP-MOP 1, Kuala Lumpur, 23 - 27 Febrero de 2004 - BS-I/6 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms (Article 18); COP-MOP 3, Curitiba, 13 - 17 Marzo de 2006; BS-III/8 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraphs 2 (b) and 2 (c) of Article 18, BS-III/9 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraph 3 of Article 18; BS-III/10 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraph 2 (a) of Article 18; COP-MOP 4, Bonn, 12 - 16 Mayo de 2008 - BS-IV/8 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraphs 2(b) and (c) of Article 18; BS-IV/9 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraph 2(a) of Article 18, BS-IV/10 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraph 3 of Article 18.

tema que los convoca.

Las próximas cuatro reuniones siguieron enunciando los mismos problemas de falta de acuerdo entre los países exportadores y los importadores. Se amplió el campo de trabajo hacia métodos de detección de Organismos Vivos Modificados, a crear capacidad en los países en vías de desarrollo y se continúa requiriendo la cooperación entre las Partes para resolver el diferendo, cooperación que puede ser materializada en el ámbito de la Comisión del Codex Alimentarius o de la Organización Internacional de Estandarización. Hasta el día de la fecha, la Reunión de las Partes del Protocolo de Cartagena no han llegado a una definición sobre el contenido de la información que debe acompañar a los movimientos transfronterizos de Organismos Vivos Modificados.

En cuanto a la estructura institucional que crea el Protocolo, se puede resaltar la constitución de un Centro de Información sobre Seguridad de la Biotecnología que tiene por función recoger todo tipo de información referente a las normas nacionales que regulan la biotecnología, como así también, las decisiones referentes a los procedimientos iniciados en base al Protocolo, como así también, las evaluaciones de riesgo que se han formulado y toda aquella información que sea pertinente para la conservación y utilización sustentable de la diversidad biológica. Algunos autores consideran que el Clearing House es el único compromiso firme para la cooperación multilateral²⁵² porque el resto del Protocolo no regula con claridad ni establece las normas para la estandarización en el control de los Organismos Vivos Modificados y (...) permite a las diferentes partes tomar acciones unilaterales²⁵³ Aun así, es menester recordar que los norteamericanos se oponían a la creación de este Centro porque temían que la información compartida menoscabe los derechos de propiedad intelectual a partir de la revelación pública de conocimiento y materiales patentados²⁵⁴

El artículo 22 del Protocolo estimula la participación de la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones relativos a la biotecnología, como asimismo, a la educación en torno a la materia, sobre todo facilitar el acceso a la información a través de la correcta identificación de los organismos vivos modificados, es lo que se traduce en una política de etiquetado de los organismos.

En esta materia, también se suscitaron discusiones entre los negociadores toda vez que los Estados Unidos se oponían a la incorporación de este tipo de normas de identificación, porque argumentó que el hecho de distinguir entre OGM y no-OGM sería económica y técnicamente inviable e interpretado virtualmente como imposible cumplir (...) además se considera que finalmente las cuestiones de etiquetado fueron decididas en función de las presiones políticas y de los consumidores²⁵⁵

Una de las disposiciones que potencialmente pueden despertar algún tipo de conflicto con normas de la Organización Mundial del Comercio son las relativas al movimiento transfronterizo de organismos vivos modificados entre Partes y Estados que no son Partes del Protocolo, pues este último ordena que dichos movimientos deberán ser compatibles con el objetivo del presente Protocolo²⁵⁶, la pregunta que nos formulamos a modo de anticipo es que sucede en el caso que no sea así, como respondería el Estado Parte, de acuerdo a las normas del Protocolo o a las normas Organización Mundial del

²⁵² HOBBS, A.L.; HOBBS, J.E.; KERR, W.A., *op. cit.*, p. 293.

²⁵³ *Ibid*, p. 295.

²⁵⁴ SAIGO, H., *op. cit.*, p. 815.

²⁵⁵ *Ibid*, p. 814.

²⁵⁶ Cfme. artículo 24 del Protocolo de Cartagena.

Comercio. Esta cuestión la abordaremos en la segunda parte del trabajo, cuando analicemos en concreto la aplicación de normas extra-OMC en el procedimiento de solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio.

Una referencia ineludible la marca el artículo 26 del Protocolo cuando señala que las Partes, al adoptar una decisión sobre la importación con arreglo a las medidas nacionales que rigen la aplicación del presente Protocolo, podrán tener en cuenta, de forma compatible con sus obligaciones internacionales, las consideraciones socioeconómicas resultantes de los efectos de los organismos vivos modificados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, especialmente en relación con el valor que la diversidad biológica tiene para las comunidades indígenas y locales.

Este artículo introduce un elemento ajeno al contexto científico que indicaba el artículo 15 cuando ordenaba que todas las decisiones relativas a la autorización de importación de organismos vivos modificados deben ser adoptadas teniendo como referencia la evaluación del riesgo formulada para el caso. Esta incorporación referida a los elementos socio-económicos ha sido fruto de la presión de los países en vías de desarrollo y de las organizaciones no gubernamentales en particular, que han estado insistiendo en el sentido referido.

El Protocolo ha considerado estos factores, sin embargo, la doctrina no coincidente en torno a sus márgenes de aplicación, algunos consideran que la incorporación de las cuestiones socio-económicas han sido incorporadas sólo en la medida en que estas “estén unidos a impactos sobre la diversidad biológica de un país y sean compatibles con otras obligaciones internacionales”²⁵⁷ sin embargo otros consideran que la incorporación de las cuestiones socio-económicas significan “el reconocimiento de la legitimidad de los miembros a motivar su gestión del riesgo en consideraciones sociales más allá de la aparente neutralidad y universalidad de la ciencia”²⁵⁸

Algunos autores estiman que aun cuando es novedosa la introducción de estas cuestiones, el Protocolo presenta ambigüedades en cuanto a las consideraciones socio-económicas, toda vez que éste falla en explicar la manera en la cual las partes deberían tener en cuenta esas consideraciones, lo que dificulta la implementación de los objetivos.²⁵⁹ Otros son más duros y estiman que el Protocolo permite a los importadores tomar en cuenta consideraciones socio – económicas, pero que no es muy clara la relación de las consideraciones socio-económicas con la protección de la biodiversidad, por lo tanto, a la hora de permitir o no las importaciones de organismos vivos modificados se permitiría aumentar el proteccionismo pero no solo para evitar el ingreso de organismos vivos modificados, sino para beneficiar a los sectores que podrían ser golpeados por las importaciones de cualquier productos, tengan o no que ver con los organismos modificados²⁶⁰

Una cuestión que aparece marginal pero que despertará notables comentarios es la

²⁵⁷ FALKNER, R., *Negotiating the biosafety protocol: the international process* en BAIL, C., FALKNER, R. y MARQUAD, H. (Editores) *The Cartagena Protocol on Biosafety. Reconciling Trade and Biotechnology with Environment and Development?* Earthscan & The Royal Institute of International Affairs, Año 2002, pp. 3-22 en SEIFERT, F., “Divided We Stand...” *op. cit.*, p. 13.

²⁵⁸ PEEL, J., *Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science as an International Normative Yardstick?* The Jean Monnet Working Papers No.2/04, Año 2004 en SEIFERT, F., “Divided We Stand...” *op. cit.*, p. 13.

²⁵⁹ STANTON, J., *op. cit.*, p. 26.

²⁶⁰ HOBBS, A.L.; HOBBS, J.E.; KERR, W.A., *op. cit.*, p. 294.

relación que se presenta entre el Protocolo y el Convenio de Diversidad Biológica; el artículo 32 del Protocolo indica que “salvo que en el presente Protocolo se disponga otra cosa, las disposiciones del Convenio relativas a sus Protocolos se aplicarán al presente Protocolo”²⁶¹

La última disposición que despierta nuestra atención es la relativa al sistema de solución de controversias que puedan surgir en el marco del instrumento internacional que analizamos, y en este sentido el artículo 34 del Protocolo, haciendo la salvedad que la Conferencia de las Partes examinará y aprobará mecanismos institucionales y procedimientos de cooperación para promover el cumplimiento con las disposiciones del presente Protocolo y para tratar los casos de incumplimiento, no descarta que las Partes recurran a los procedimientos y mecanismos de solución de controversias establecidos en el artículo 27 del Convenio, que como hemos analizados al inicio de esta sección, son principalmente mecanismos diplomáticos, a excepción que las partes opten por mecanismo de arbitraje o solución judicial ante la Corte Internacional de Justicia.

A.2.3 La regulación de la biotecnología en el Tratado internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura

El tercer instrumento internacional que analizaremos es el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. Este se encuentra enmarcado en el mismo contexto general de conservación de los recursos biológicos que persigue el Convenio sobre Diversidad Biológica que analizamos al inicio de esta sección, pero con la particularidad que reconoce las necesidades específicas de un sector, como es el agroalimentario, y proyecta respuestas direccionadas a las necesidades identificadas. En este sentido se propone como objetivo la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización²⁶².

El tratado define como recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, a cualquier material genético de origen vegetal de valor real o potencial para la alimentación y la agricultura, entendiéndose asimismo por material genético, a cualquier material de origen vegetal, incluido el material reproductivo y de propagación vegetativa, que contiene unidades funcionales de la herencia.²⁶³ Para mayores precisiones en la introducción de este trabajo hemos explicado detalladamente cuestiones relativas a la carga genética de los factores bióticos y el modo de transmisión de esta.

El esquema de trabajo que diseña el tratado enumera una serie de obligaciones de las Partes Contratantes que podríamos presentarlas bajo la forma de un plan consiste en la implementación de diversas fases, que deberán ser gestionadas por las Partes Contratantes a través de sus propias políticas domésticas²⁶⁴ y por medio de la cooperación internacional bilateral, regional o multilateral²⁶⁵.

²⁶¹ Cfme. artículo 32 del Protocolo de Cartagena.

²⁶² Cfme. artículo 1 del Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, en adelante ITPGRs.

²⁶³ Cfme. artículo 2 del ITPGRs.

²⁶⁴ Cfme. artículo 4 del ITPGRs.

²⁶⁵ Cfme. artículo 7 y 8 del ITPGRs.

La hoja de ruta consiste en una primera fase de realización de estudios e inventarios de los recursos fitogenéticos y relevo de información relativa a aquéllos recursos que estén amenazados o sean de uso potencial, a fin de revelar un diagnóstico del “stock” de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. En una etapa siguiente, una vez obtenido el diagnóstico, se implementan acciones tendientes a la promoción de la conservación *in situ* y *ex situ* -en el hábitat y fuera del espacio natural-, el mantenimiento de diversos sistemas de cultivo, el fortalecimiento de la investigación en beneficio de los agricultores, especialmente de los que generan y utilizan sus propias variedades y aplican principios ecológicos para mantener la fertilidad del suelo y luchar contra las enfermedades, las malas hierbas y las plagas, el fomento de las iniciativas en materia de fitomejoramiento con la participación de los agricultores, para obtener variedades particularmente adaptadas a las condiciones sociales, económicas y ecológicas y la utilización más amplia de la diversidad de las variedades, con el fin de reducir la vulnerabilidad de los cultivos y la erosión genética. Finalmente existe una tercera etapa de evaluación consistente en supervisar el mantenimiento de la viabilidad, el grado de variación y la integridad genética²⁶⁶.

Otro de los segmentos que el tratado aborda está vinculado a los derechos de los agricultores, en el cual por medio de un ejercicio de reconocimiento intertemporal, las Partes Contratantes expresan el valor y significado que han tenido en la historia las tradiciones culturales en general y agrícolas en particular, de las comunidades locales, los pueblos originarios y de los agricultores, en la tarea de conservar el patrimonio biológico de la humanidad, como base de la producción alimentaria global, en tal sentido acuerdan que será responsabilidad de cada parte contratante proteger dentro de sus ordenamientos internos los derechos de los agricultores²⁶⁷, en particular:

- a) proteger los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura;
- b) facilitar la participación equitativa en la distribución de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura;
- c) facilitar la participación en la adopción de decisiones, a nivel nacional, sobre asuntos relativos a la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.

Finalmente agregan que no podrá interpretarse de ninguna forma que el tratado que analizamos limita cualquier derecho que tengan los agricultores a conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en las fincas.

De igual forma que lo hace la CDB, el presente instrumento consolida la posición jurídica que los Estados son los titulares de los derechos soberanos sobre sus propios recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, toda vez que en concordancia con la CDB, estos recursos fitogenéticos son una especie dentro del género que trata la CDB, asimismo, las Partes Contratantes acuerdan establecer un sistema multilateral para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y compartir, de manera justa y equitativa, los beneficios que se deriven de la utilización de tales recursos²⁶⁸, de este modo se concilia el derecho soberano de los Estados con las necesidades de la comunidad internacional²⁶⁹.

²⁶⁶ Cfme. Artículos 5 y 6 del ITPGRs.

²⁶⁷ Cfme. artículo 9 del ITPGRs.

²⁶⁸ Cfme. artículo 10 del ITPGRs.

²⁶⁹ FRANCIONI, F., *International law for biotechnology... op. cit.*, p. 10.

Previo a introducirnos al sistema multilateral que las Partes Contratantes han creado como instrumento para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, debemos manifestar que previamente las Partes Contratantes han elaborado un lista -anexo 1 del tratado- de todos aquellos recursos fitogenéticos que son considerados la base de la alimentación global, todos los elementos en la lista enumerados formarán parte del sistema multilateral que a continuación describiremos y que serán administrados bajo los criterios de seguridad alimentaria e interdependencia alimentaria.

Los recursos se estima que se encuentran bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y son del dominio público, o bajo la posesión de las personas físicas y jurídicas dentro de la jurisdicción de las Partes Contratantes, por lo tanto, se invita a todos los poseedores a incluir esos recursos en el sistema multilateral.

Los beneficios del sistema, a título general, es garantizar el acceso a los recursos fitogenéticos a todas las partes, a fin de procurar la producción de alimentos para todas las regiones del globo, a título individual de cada uno de los aportantes -sean Partes Contratantes o sujetos privados aportantes-, es garantizar el acceso a todos los recursos parte del sistema de forma gratuita o a precio de costo, a los fines de la utilización y conservación para la investigación, el mejoramiento y la capacitación para la alimentación y la agricultura, siempre que dicha finalidad no lleve consigo aplicaciones químicas, farmacéuticas y/u otros usos industriales no relacionados con los alimentos/piensos²⁷⁰.

El suministro de los recursos se hace sin indicar el lugar de origen²⁷¹, pero proporcionando toda la información que no sea confidencial relativa a su naturaleza²⁷². Los recursos no son suministrados con carácter de exclusividad, sino que siempre están a disposición de quien los solicita, por lo tanto, quien haya sido receptor tiene la obligación de mantenerlos a disposición de otra parte contratante o sujeto solicitante²⁷³. Asimismo, un recurso fitogenético puede ser suministrado en fase de modificación o mejoramiento, pero esto será a discreción de quien está trabajando en su modificación o mejoramiento²⁷⁴. Cuando el recurso fitogenético se encuentre *in situ*, las normas *rei sitae* serán las que regulan las condiciones del suministro²⁷⁵.

Uno de los puntos regulados por el tratado es el vinculado a la propiedad intelectual, toda vez que el tratado dispone una serie de premisas, a saber:

a) los receptores no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual o de otra índole que limite el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, o sus partes o componentes genéticos, en la forma recibida del sistema multilateral²⁷⁶.

b) el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura protegidos por derechos de propiedad intelectual o de otra índole estará en consonancia con los acuerdos internacionales pertinentes y con la legislación nacional vigente²⁷⁷.

²⁷⁰ Cfme. artículo 12.3 (a) y (b) del ITPGRs.

²⁷¹ Cfme. artículo 12.3 (b) del ITPGRs.

²⁷² Cfme. artículo 12.3 (c) del ITPGRs.

²⁷³ Cfme. artículo 12.3 (g) del ITPGRs.

²⁷⁴ Cfme. artículo 12.3 (e) del ITPGRs.

²⁷⁵ Cfme. artículo 12.3 (h) del ITPGRs.

²⁷⁶ Cfme. artículo 12.3 (d) del ITPGRs.

²⁷⁷ Cfme. artículo 12.3 (f) del ITPGRs.

De estas dos disposiciones podemos deducir otras afirmaciones:

- a) En primer lugar podemos deducir la conclusión más simple, que hay recursos fitogenéticos que son parte del sistema multilateral que se encuentran inscritos en registros de propiedad intelectual o otros no,
- b) que los primeros seguirán siendo regidos por las normas de propiedad intelectual a las cuales están sometidos, en cambio los segundos nunca podrán ser objeto de reclamación por ninguna parte contratante ni por ningún sujeto solicitante.
- c) las modificaciones o mejoras introducidas en un recurso fitogenético suministrado por el sistema multilateral, si podrá ser reclamado como objeto de propiedad intelectual, porque la prohibición de reclamación afecta a los recursos fitogenéticos en la forma recibida por el sistema multilateral

En el marco del primer principio, las partes se comprometen a facilitarse el acceso a los recursos con arreglo a un modelo de acuerdo de transferencia de material, que deberá aprobar el órgano rector²⁷⁸

El primero de los principios que aborda este tratado -el acceso común a los recursos fitogenéticos- ya ha sido desarrollado, por lo tanto, queda por responder al segundo de los objetivos que se plantea el instrumento internacional, esto es la distribución de los beneficios de manera justa y equitativa. Seguramente, esto despierta gran interés, descubrir como puede materializarse la distribución de la riqueza, la cual ya no es cooperación internacional, sino justicia distributiva.

Las Partes Contratantes han estipulado como modo de distribución de los beneficios emergentes de la utilización de los recursos fitogenéticos cuatro instrumentos, a saber:

- a) Intercambio de información: Se pondrá a disposición la información que, entre otras cosas, comprende catálogos e inventarios, información sobre tecnologías, resultados de investigaciones técnicas, científicas y socioeconómicas, en particular la caracterización, evaluación y utilización de los recursos fitogenéticos.
- b) Acceso a la tecnología y su transferencia: Se proporcionará y/o facilitará el acceso a las tecnologías para la conservación, caracterización, evaluación y utilización de los recursos fitogenéticos y asimismo, al material genético que está comprendido en el sistema multilateral y a las variedades mejoradas y el material genético obtenidos mediante el uso de los recursos fitogenéticos. Este acceso y la transferencia mencionados se proporcionarán en condiciones que reconozcan la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual. Otra de las medidas que se utilizarán para promover la distribución de beneficios es la realización de todo tipo de asociaciones para la investigación y desarrollo y la constitución de empresas mixtas comerciales relacionadas con el material recibido, el mejoramiento de los recursos humanos y el acceso efectivo a los servicios de investigación.
- c) fomento de la capacidad: establecer y/o fortalecer programas de enseñanza científica, técnica y de investigación y capacitar en la conservación y la utilización sostenible de

²⁷⁸ Cfme. artículo 12.4 del ITPGRs. De acuerdo al mandato establecido en el artículo referido, las Partes Contratantes han creado un acuerdo estándar de transferencia de material genético. Este acuerdo se encuentra disponible en el sitio <ftp://ftp.fao.org/ag/agp/planttreaty/agreements/smta/SMTAe.pdf>

los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, en particular en los países en desarrollo y los países con economía en transición.

d) Distribución de los beneficios monetarios y de otro tipo de la comercialización: Se adoptarán medidas con el fin de conseguir la distribución de los beneficios comerciales que obtenga un receptor de un recurso fitogenético proveniente del sistema multilateral. Este receptor deberá pagar una parte equitativa de los beneficios derivados de la comercialización de este producto, salvo cuando ese producto esté a disposición de otras personas, sin restricciones, para investigación y mejoramiento ulteriores. El órgano rector deberá determinar la cuantía, la forma, la modalidad de pago y las categorías de contribuyentes, de conformidad con la práctica comercial. Esta recaudación debería estar dirigida de manera directa o indirecta, a los agricultores de todos los países, especialmente de los países en desarrollo y los países con economía en transición.

El sistema de solución de controversias que instituye el tratado es idéntico al constituido por el Convención de Diversidad Biológica (CDB), o sea: la negociación en primera instancia, los buenos oficios o la mediación, en caso de que la primera falle o si las partes así lo estiman pueden reconocer como obligatorio el arbitraje o reconocer expresamente y por escrito la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, siempre respetando el carácter de reciprocidad que caracteriza este tipo de declaraciones de reconocimiento de jurisdicción internacional. Finalmente, en el caso que las partes no hayan reconocido alguno de los métodos “jurisdiccionales” el asunto se someterá a conciliación.

A.3 La regulación de la biotecnología en el Derecho internacional de los Derechos Humanos

A.3.1- La regulación de la biotecnología y los Derechos de los Pueblos Originarios

a- La Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo

En el seno de la Organización Internacional del Trabajo se dieron cita las primeras regulaciones en materia de Derecho internacional de los Pueblos Indígenas y fue en particular el Convenio 107 de 1957 el que reguló la materia con un tinte integracionista²⁷⁹ de las comunidades originarias para con las sociedades nacionales donde estos pueblos se encontraban. Dada esta situación y la crisis conceptual que generaba la resistencia de los pueblos indígenas que reclamaban mayor participación²⁸⁰, en 1989 la Organización Internacional del Trabajo estimula la revisión de aquel instrumento donde a luz una nueva Convención que presentaremos a continuación. La Convención se destaca por reconocer un “mínimo” de derechos indígenas y fue diseñada para permitir a éstos a desarrollarse dentro de sus propias comunidades caracterizadas por la diversidad de valores culturales y estatus legal.²⁸¹

El contexto general considera que desde 1957 el Derecho internacional ha evolucionado y que los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia con el fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; asimismo, se reconocen las aspiraciones de estos pueblos de asumir el

²⁷⁹ SWEPSTON, O., Latin American Approaches to the “Indian Problem” en *International Labour Review*, Vol. 117, Nro. 2, Año 1978.

²⁸⁰ *Ibid*, p. 194.

²⁸¹ OGUAMANAM, C., *International Law and... op. cit.*, p. 78.

control de sus propias instituciones, formas de vida, de su desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; recordando finalmente la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales.²⁸²

El Convenio se aplica por una parte a los pueblos indígenas y tribales localizados en países independientes²⁸³, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Asimismo, cabe destacar que dados los conflictos de interpretación que pueden emerger del vocablo “pueblo”, el propio Convenio proporciona un límite al significado de éste excluyendo cualquier tipo de interpretación que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho internacional²⁸⁴. La referencia inmediata que se vincula al vocablo “pueblo” es la autodeterminación, pero que en el Convenio tiene una referencia limitada²⁸⁵

En líneas generales el Convenio impone a los Estados Miembros de éste la obligación de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad²⁸⁶, toda vez que se ha constatado que estos pueblos no viven en condiciones de marginación, son sujetos pasivos de discriminaciones sistemáticas y violación por acción o por omisión de sus derechos fundamentales y se ven sometidos progresivamente a los avasallamientos sobre sus tierras y recursos naturales.

La obligación de protección que pesa sobre los Estados puede materializarse a través de instrumentos o políticas concretas. Por una parte asegurar la participación²⁸⁷ de estos colectivos en todo aquel tipo de decisión que tenga alguna vinculación sobre su territorio, cultura y recursos naturales, como así cualquier asunto de gobierno local en la medida que se desarrolle dentro del límite de protección de los derechos fundamentales asegurado por el sistema estatal dentro del cual se localiza la comunidad originaria. Esa participación consiste no solamente en el derecho a ser oído, sino que como máxima presenta en algunas oportunidades la obligación de lograr de forma transparente y sin violación a la libertad individual o colectiva de la comunidad, el consentimiento fundado previo²⁸⁸.

A fin de continuar desglosando los puntos presentados precedentemente, estamos en condiciones de manifestar que la primera obligación de respeto y protección que le

²⁸² Cfme. Considerandos 3, 4 y 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

²⁸³ Cfme. Artículo 1.1 (a) y (b) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

²⁸⁴ Cfme. Artículo 1.3 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

²⁸⁵ LEWINSKY, S., *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, Kluwer Law International, La Haya, 2004, p. 12.

²⁸⁶ Cfme. Artículo 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

²⁸⁷ Cfme. Artículos 6.1 (a) y (b), 7.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

²⁸⁸ Cfme. Artículo 16.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

incumbe al Estado, recae sobre las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados en su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación²⁸⁹. El derecho a la propiedad de la tierra es probablemente el aspecto más importante -y el más complicado- de la relación que existe entre las poblaciones indígenas y sus respectivos países. Cuando estos grupos pierden sus tierras, su propia cultura se desintegra y pueden suceder dos cosas: o comienzan a mezclarse con el resto de la población, o simplemente mueren.²⁹⁰

En este sentido LEWINSKY describe el aspecto colectivo de un modo integral manifestando que “los pueblos indígenas se someten a su comunidad y dan un lugar central a los derechos de grupo o a los derechos colectivos. La acumulación de derechos específicos de los diferentes intereses colectivos e individuales, que a menudo son difíciles de separar, y especificidades culturales, sociales y económicas y medio ambiente es lo que generalmente se entiende por “derechos colectivos” (...) la relación de los pueblos indígenas con la tierra es profunda, no sólo se basa en el uso de sus recursos naturales, sino que también es un requisito previo para el bienestar espiritual y religioso del grupo (...) su patrimonio es todo lo que pertenece a la identidad propia de un pueblo, que es para compartir, si lo desean, con otros pueblos”²⁹¹

Sobre estas tierras a las que se refiere el artículo 13.1, los Estados asumen la obligación de reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y la posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.²⁹²

El derecho de los pueblos indígenas y tribales no se limita a un derecho real de superficie, sino que incluye el derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, los cuales deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos y el Convenio reconoce que en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras -como podría ser el caso de los recursos genéticos o biológicos-, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.²⁹³

Esta protección no es sólo enunciativa, sino que el Convenio hace pesar sobre los gobiernos de los Estados Miembros la obligación de dictar leyes que prevean sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o

²⁸⁹ Cfme. Artículo 13.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

²⁹⁰ SWEPSTON, O., "Latin American..." *op. cit.*, p. 185.

²⁹¹ LEWINSKI, S., *op. cit.*, p.15.

²⁹² Cfme. Artículo 14.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

²⁹³ Cfme. Artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos²⁹⁴.

De esta manera, el artículo 15 engloba las tres líneas de protección a los pueblos indígenas que podremos ir encontrando en sucesivos instrumentos: a) el reconocimiento de la propiedad de las tierras y los recursos naturales -bióticos o abióticos- que puedan encontrarse en éstas, b) el derecho a la participación en el proceso de toma de decisión en cuanto al destino que pueda darse tanto a la tierra como base de la colectividad, como a los recursos que en ésta se encuentren, y c) el derecho a la participación en la distribución de los beneficios económicos que puedan emerger de la prospección o explotación de los recursos mencionados.

A fin de mostrar de modo contundente la vinculación de este Convenio con nuestro objeto de estudio, la biotecnología, cabe mencionar que la propiedad conferida sobre las tierras y los recursos que en ella se encuentran -recursos genéticos y/o biológicos-, en determinadas situaciones encontraremos potenciales contradicciones en la determinación de la propiedad intelectual sobre las modificaciones genéticas introducidas a determinados recursos que han sido obtenidos de un modo ilícito, toda vez que no consta de manera certera la expresión de consentimiento por parte de los propietarios de estos, sean los pueblos originarios por encontrarse en sus tierras el recurso modificado, sea el Estado en donde se encuentra el pueblo originario.

b- La Convención de Diversidad Biológica, el Protocolo de Cartagena y el Tratado de Recursos Fitogenéticos

Aún cuando en la sección dedicada a la descripción de las normas pertenecientes al régimen de Derecho internacional del Medio Ambiente presentamos las disposiciones de la Convención de Diversidad Biológica, el Protocolo de Cartagena y el Tratado de Recursos Fitogenéticos, es apropiado retomar dicho plexo normativo para presentar contextualmente las normas de protección de los derechos humanos incluidas en los mencionados instrumentos, en este sentido estamos en condiciones de predicar que los Acuerdos mencionados abordan el reconocimiento de derechos humanos haciendo foco en algunos grupos determinados por su condición étnica o profesional.

La constante es que los derechos que consagran son de carácter programático, toda vez que corresponde a las Partes Contratantes, de acuerdo de sus necesidades y prioridades, legislar o tomar aquellas medidas a nivel interno al efecto de proteger los derechos de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica²⁹⁵. La Convención de Diversidad Biológica circunscribe el ámbito de protección a las comunidades indígenas y locales²⁹⁶, en cambio, el Tratado de Recursos Fitogenéticos, hace extensible esta protección a los agricultores, sin la necesidad que pertenezcan a una determinada condición étnica²⁹⁷.

Aún cuando no se han establecido contenidos mínimos ni máximos de protección para los derechos de las comunidades indígenas y locales y de los agricultores, el CBD y el Tratado de Recursos Fitogenéticos coinciden en indicar algunas líneas de acción, como son: 1) la protección de los conocimientos tradicionales, 2) el derecho a participar

²⁹⁴ Cfme. Artículo 18 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

²⁹⁵ Cfme. artículo 8 del CDB y artículo 9 del ITPGRs.

²⁹⁶ Cfme. artículo 8 del CDB.

²⁹⁷ Cfme. artículo 9.1 del ITPGRs.

equitativamente en la distribución de los beneficios y 3) el derecho a participar en la adopción de decisiones²⁹⁸

En cuanto al Protocolo de Cartagena, si bien no contiene dentro de sus normas un referencia explícita a la obligación de las Partes Contratantes de recoger y proteger los derechos de las comunidades indígenas y locales, como los derechos de los agricultores, contiene una disposición importante, pues introduce en el proceso de toma de decisión un elemento a valorar no científico. Hemos analizado profundamente que las Partes Contratantes deben tomar sus decisiones relativas a la importación de organismos vivos modificados, siempre atendiendo a los resultados de la evaluación del riesgo, sin embargo, el artículo 26 del Protocolo de Cartagena permite a las Partes Contratantes que al adoptar una decisión sobre la importación, podrán tener en cuenta, de forma compatible con sus obligaciones internacionales, las consideraciones socio económicas resultantes de los efectos de los organismos vivos modificados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, especialmente en relación con el valor que la diversidad biológica tiene para las comunidades indígenas y locales.

La redacción de este artículo si bien menciona que su aplicación deberá ser compatible al resto de obligaciones internacionales deja abierta la puerta para consideraciones más flexibles que los resultados científicos que derivan de la evaluación del riesgo, ampliando los márgenes de discrecionalidad de las Partes Contratantes.

Una última apreciación que pretendemos formular esta vinculada a la finalidad del reconocimiento de los derechos que hemos analizado. Esta protección estimamos que no es absoluta o reconocida por su valor en si mismo, como reconocimiento a la diversidad cultural de los pueblos originarios, sino que es una protección meramente funcionalista, toda vez que es útil para el cumplimiento de los objetivos del tratado. Es de suponer que si en algún momento nueva información demuestra que las prácticas ancestrales no contribuyen a la conservación de la diversidad biológica, estas dejarán de ser protegidas por este Acuerdo, aun cuando constituyan una riqueza cultural objeto de protección por los instrumentos vinculantes emergentes en el marco de la UNESCO. Esta afirmación encuentra su confirmación en las propias normas de los tratados analizados, pues la protección que se reclama no incluye todas las prácticas de los pueblos originarios y de los agricultores, sino solamente para aquellas que contribuyen a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.

c- La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

Bajo los auspicios de la UNESCO en el año 2003 fue convocada una conferencia intergubernamental con el objeto de poner a la firma la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial como elemento constitutivo de la diversidad cultural de la humanidad. Si bien su núcleo fundamental no radica en las comunidades indígenas, las Partes Contratantes “reconocen que las comunidades, en especial las indígenas, (...) desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del patrimonio cultural inmaterial”²⁹⁹

La Convención define el concepto de “patrimonio cultural inmaterial” como los usos,

²⁹⁸ Cfme. artículo 8. j) del CDB y artículo 9.2 del ITPGRs.

²⁹⁹ Ver considerando sexto de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible de la UNESCO firmada en París, 17 de octubre de 2003.

representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana, y agrega que a los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.³⁰⁰

En el apartado siguiente a la definición del concepto de “patrimonio cultural inmaterial” la Convención enumera una serie de manifestaciones de aquel, entre las cuales se encuentran “los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo”³⁰¹;

En su aspecto relacionado a nuestro objeto de estudio, la biotecnología, estamos en condiciones de afirmar que la presente Convención protege los conocimientos tradicionales de las comunidades originarias con relación a los recursos naturales -genéticos y/o biológicos- ya sea en cuanto a lo relacionado a la localización de éstos en medio de espacios desfavorables, como en cuanto al conocimiento relativo a sus propiedades, combinaciones, funciones y aplicaciones prácticas.

Dadas las interrelaciones existentes entre el instrumento que estamos presentando y aquellos que tengan por objeto la protección de derechos de propiedad intelectual (TRIPs), servicios culturales y/o entretenimiento (GATS) y propiedad de los recursos genéticos y/o biológicos (TRIPs – CDB) se introduce una cláusula de apoyo mutuo o sostenimiento mutuo entre los tratados que de alguna manera, al menos declarativa, persigue la finalidad de mostrar compatibles normas que a simple vista podrían despertar al menos una pregunta sobre su coherencia sistémica.

En tal sentido, la norma menciona que “ninguna disposición de la presente Convención podrá ser interpretada de tal manera que: a) modifique el estatuto o reduzca el nivel de protección de los bienes declarados patrimonio mundial en el marco de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972 a los que esté directamente asociado un elemento del patrimonio cultural inmaterial; o b) afecte los derechos y obligaciones que tengan los Estados Partes en virtud de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual o a la utilización de los recursos biológicos y ecológicos de los que sean partes.”³⁰²

Por último es menester rescatar el lugar que se le otorgan a las comunidades en la misión de salvaguardar el objeto de la Convención, toda vez que reconoce tanto como deber³⁰³ de los Estados, como derecho subjetivo³⁰⁴ de las comunidades locales, la

³⁰⁰ Cfme. Artículo 2.1 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible de la UNESCO.

³⁰¹ Cfme. Artículo 2.2 d) de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible de la UNESCO.

³⁰² Cfme. Artículo 3 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible de la UNESCO.

³⁰³ Cfme. Artículo 11 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible de la UNESCO.

³⁰⁴ Cfme. Artículo 15 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible de la UNESCO.

participación en la definición de las medidas necesarias para la salvaguarda del patrimonio inmaterial, toda vez que en el seno de estas comunidades se crea, mantiene y transmite el patrimonio de generación en generación, por lo tanto es inviable la conservación de éste sin la participación de los mencionados en la gestión del objeto.

A partir de estas manifestaciones normativas podemos ir asumiendo la existencia de un régimen internacional de protección de los derechos de los indígenas que no sólo posa su mirada en ellos con el objetivo de rescatar desde el discurso progresista al “salvaje” como riqueza emergente de la diversidad cultural, sino que reconoce en la cultura, la identidad, la cosmovisión y sus manifestaciones, un fuente de riqueza no económica, aunque pueda mostrar un aspecto económico merecedor de la protección jurídica ante la posibilidad de apropiación ilícita con fines mercantilistas. Desde este punto, la Convención impone a los Estados en colaboración con diferentes actores sociales, la obligación de generar los mecanismos apropiados para la protección del objeto de la Convención.

d- Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas

Desde el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se recomendó a la Asamblea General de la misma organización la aprobación de la declaración relativa a los derechos de los pueblos indígenas la cual fue analizada por el plenario y aprobada por la Asamblea General en 2007 mediante la Resolución 61/295. De este modo, resulta menester abordar las cuestiones vinculadas a nuestro objeto de estudio: la biotecnología.

Si bien no existen normas que regulen específicamente la cuestión, podemos encontrar una serie de disposiciones que de un modo circundante influyen significativamente sobre nuestra temática.

La primera de estas cuestiones se refiere al derecho a la autodeterminación³⁰⁵, la cual no es comprendida como el derecho a la conformación de formas estatales que se les reconoce a los pueblos nacionales, de hecho hasta la fecha ningún pueblo originario ha reclamado para sí el derecho a la separación de una porción de territorio del Estado en el cual se encuentran con la finalidad de conformar una nueva entidad estatal, sino más bien la autodeterminación es abordada desde la perspectiva de conseguir el autogobierno³⁰⁶ en las cuestiones relativas a su cultura, educación, manejo de la tierra y con los recursos naturales, pero siempre manteniendo la integridad territorial del Estado en el cual se localizan. Es importante reconocer que desde los pueblos originarios se sostiene que el reconocimiento por parte de los Estados de su componente multiétnico, lejos de minar su existencia, la fortalece como una organización capaz de gestionar la diversidad.

Como nota de referencia podemos mencionar que a pesar de existir acuerdo en el contenido sustancial del derecho a la autodeterminación de los pueblos originarios, se presentan opiniones divergentes en torno de la definición de “pueblo” por el alto contenido político que trae aparejada la palabra, por lo tanto, algunos prefieren hablar de “población”, no obstante, la declaración termina definiendo a los grupos indígenas como “pueblos” e incluyendo además expresiones que posicionan a los indígenas en un lugar de mayor autonomía que eventualmente pueda facilitar otro tipo de

³⁰⁵ Cfme. Artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁰⁶ Cfme. Artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

reivindicaciones, incluso la formación de Estados. A nuestro entender, la conjugación que puede formularse entre la declaración “Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas”³⁰⁷ y la referencia “Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena”³⁰⁸ podría dar lugar a través del devenir histórico a nuevas reclamaciones que desborden los límites impuestos al ejercicio de la autodeterminación en el ámbito interno, sobre todo, si desde las estructuras estatales no se respetan los derechos colectivos de estos pueblos. OGUAMANAM estima que autodeterminación es un concepto amorfo y ampliable (...) y que en tal sentido el concepto se encuentra en el corazón mismo de todas las reclamaciones indígenas.³⁰⁹

Otro de los puntos claves en el reconocimiento de los derechos a este colectivo, precisamente radica en el reconocimiento de derechos colectivos, es decir, derechos que trascienden la esfera individual de las personas que conforman el grupo. En consecuencia, la declaración reconoce el derecho colectivo a las tierras³¹⁰. He aquí una nueva controversia lingüística, toda vez que se prefiere hablar de “tierras” y no de “territorio” a fin de evitar posibles reclamaciones territoriales por parte de un pueblo que pueda desembocar en demandas de desmembramiento territorial para los Estados.

No obstante, el reconocimiento del derecho sobre las tierras no implica, como manifestamos precedentemente, sólo el reconocimiento de un derecho real de superficie, sino que incluye la propiedad sobre la biodiversidad, los minerales y los bienes culturales que se localizan en un determinado espacio físico. Esta situación lejos de congraciarse la visión romántica que suele circundar el discurso de los derechos humanos, estimula la emergencia de choques de intereses con otros grupos que disputan la propiedad, uso, y goce de los beneficios que surgen de estos recursos.

Adicionalmente, se reconoce a los pueblos originarios un derecho a la participación en los procesos de toma de decisión³¹¹ sobre toda aquella cuestión que tenga vinculación a sus estructuras culturales, sociales, políticas y económicas, en tal sentido y con el objeto de concretizar el ámbito de participación, se reconoce que será necesario el consentimiento de las comunidades originarias para la realización de cualquier tipo de actividad sobre sus tierras o recursos.

Asimismo, se les reconoce derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, *comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora*³¹², las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También *tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales*³¹³ y

³⁰⁷ Cfme. Artículo 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁰⁸ Cfme. Artículo 9 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁰⁹ OGUAMANAM, C., *International Law... op.cit.*, p. 75.

³¹⁰ Cfme. Artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³¹¹ Cfme. Artículos 27, 28, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³¹² La cursiva es nuestra.

³¹³ La cursiva es nuestra.

sus expresiones culturales tradicionales, instando a los Estados a crear mecanismos para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas³¹⁴.

Algunos autores³¹⁵, consideran que los pueblos indígenas cuentan además de los derechos reconocidos por esta declaración que analizamos precedentemente, con la protección del derecho permanente de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales contemplado tanto por resoluciones de la Asamblea General, tales como, la Resolución 1803 (XVII) de 1962 y la Resolución 2158 (XXI) de 1966 y por otra parte, incorporado en el artículo 1.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el idéntico artículo 1.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Aunque el derecho a las riquezas y los recursos naturales en la doctrina³¹⁶ siempre va acompañado del adjetivo “soberano” porque hace referencia a uno de los derechos que los pueblos pueden resguardar para el momento que se conformen como una entidad estatal y evitar que la potencia colonizadora persista en una lógica extractiva de las riquezas localizadas en su territorio, no obstante, este tipo de interpretaciones son las que podrían dar lugar en un futuro desconocido a una extensión de las pretensiones de los pueblos indígenas a la conformación de entidades políticas independientes.

A.3.2- La regulación de la biotecnología y el Derecho a la Alimentación

Durante el año 2001 la Asamblea General de las Naciones Unidas toma nota de la preocupante situación por la que atraviesa la alimentación en el mundo, constata la creciente cantidad de personas que diariamente no tienen acceso a las condiciones mínimas de nutrición y las múltiples aristas del fenómeno sobre el resto de los derechos humanos. A partir de este momento, encarga a Jean ZIEGLER como relator para la materia en el seno de la Comisión de Derechos Humanos la realización de un estudio anual que permita desentrañar, tanto cuestiones básicas, la definición del “derecho a la alimentación”, como cuestiones de agenda, la identificación de las principales causas del problema y posibles alternativas de solución al flagelo.

Cabe señalar que la biotecnología no se encuentra exenta del análisis y en este sentido la Asamblea General formula la siguiente relación: “la autosuficiencia alimentaria o las exportaciones de alimentos a nivel nacional no entrañan necesariamente la seguridad alimentaria a nivel de los hogares, especialmente en los países en desarrollo, a menos que la mayor parte de las actividades agrícolas las realicen los agricultores en explotaciones en pequeña escala. Descarta que en el informe de la FAO sobre el Estado mundial de la agricultura y la alimentación de 2000 se afirma que la producción local por pequeños agricultores es la mejor forma de velar por la seguridad alimentaria a nivel de los hogares en los países en desarrollo, ya que hace aumentar la disponibilidad de alimentos y proporciona ingresos y empleo (...) Sin embargo, la liberalización del comercio agrícola en todo el mundo está dando como resultado una concentración cada vez mayor de la producción agrícola, lo que beneficia a la agricultura en gran escala y a las empresas transnacionales. Ello es especialmente válido en el caso en los países en desarrollo, pero afecta también a las explotaciones familiares en los países desarrollados

³¹⁴ Cfme. Artículos 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³¹⁵ FABRONI, M. y LENZERINI, F., *Indigenous People' Rights, Biogenetic Resources and Traditional Nknowledge: The case of the Sataré-Mawé People* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, p. 346.

³¹⁶ REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DIEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E. y PEREZ-PRAT DURBAN, L., *Derecho internacional*, Titant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 175; DIEZ de VELAZCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 14ed, 2003, p. 268.

a medida que la liberalización empuja a su agricultura hacia la industrialización (incluido el mayor uso de la biotecnología) y la concentración (incluido el control de la cadena alimentaria por las empresas). La concentración separa la producción de los centros de consumo y la aleja de la seguridad alimentaria local.³¹⁷

En el mismo 2001 la Comisión de Derechos Humanos da a conocer su primer informe sobre el “derecho a la alimentación” definiéndolo como el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna.³¹⁸

En esta misma oportunidad, la Comisión de Derechos Humanos, en boca de su relator especial explicita una contundente referencia a la biotecnología preguntándose sobre ¿Cuáles son, pues, los principales obstáculos macroeconómicos y sociales que frenan, e incluso impiden, la realización en la práctica de los Estados y de las organizaciones interestatales del derecho a la alimentación?

La nómina de causas son de carácter endógeno y exógeno entre las que encontramos: 1- los terminos de intercambio desfavorables para los países en vías de desarrollo, 2- los servicios de la deuda y los programas de ajuste estructural provenientes de los organismos financieros de crédito, 3- La evolución de la biotecnología, en particular las modificaciones genéticas de las plantas, la posesión de patentes internacionales por sociedades agroalimentarias del Norte y su protección universal, que afecta el acceso a la alimentación y su disponibilidad, 4- las guerras, 5- la corrupción, 6- el acceso a la tierra y al crédito y 7- la discriminación a las mujeres.³¹⁹

De esta nómina de 7 elementos la biotecnología ha sido identificada como el tercer factor que obstaculiza el “derecho a la alimentación” a escala global

Dentro de la biotecnología no se cuestionan todos sus ribetes sino que se identifican dos cuestiones, el primero se refiere al debate científico sobre la calidad de alo alimentos por su vinculación directa con el derecho a la alimentación y e segundo añade el problema de las patentes registradas por las sociedades multinacionales del Norte sobre plantas cultivadas en el Sur, así como el problema de la protección universal concedida a estas patentes por la Organización Mundial del Comercio, toda vez que el derecho a la alimentación implica no sólo el acceso a los alimentos sino también el acceso a los medios que permiten la reproducción de los alimentos y el sistema de patente del modo en que se encuentra concebido priva a los agricultores pobres del acceso a unos medios que permitan la reproducción de los alimentos³²⁰

En 2002 la Asamblea General toma nota de lo acontecido en la Cumbre sobre Alimentación realizada en Roma en 2002 y a la participación de las organizaciones no gubernamentales que continúan denunciando a la biotecnología como un obstáculo para la realización del derecho a la alimentación. En este sentido, la Asamblea General rescata que es necesario prestar más atención a la búsqueda de alternativas políticas,

³¹⁷ Asamblea General de Naciones Unidas, Informe A/56/210, párrafo 76

³¹⁸ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe E/CN.4/2001/53 de 7 de febrero de 2001, párrafo 14.

³¹⁹ *Ibid.*, párrafo 69.

³²⁰ *Ibid.*, párrafo 73.

incluida la agricultura en pequeña escala, la producción local y los métodos agroecológicos y el concepto de soberanía alimentaria, si se pretende tomar en serio el problema de la alimentación global³²¹.

Un año más tarde, en 2003, la Asamblea General vuelve a abordar el tema y declara que "aunque se suele aceptar que, en ciertas condiciones, las semillas transgénicas pueden aumentar la producción, es preocupante el creciente control que ejercen algunas empresas agroalimentarias sobre las semillas reduzca la competencia en el futuro, así como las posibilidades de elegir, lo que provocaría un aumento de los precios. La Asamblea General toma nota que algunas organizaciones, incluida la FAO, también están preocupadas por que la investigación en biotecnología se rige en la actualidad por imperativos comerciales y no se centra en las necesidades de seguridad alimentaria de los más pobres. En general se acepta que el hambre persiste, no por escasez en el suministro de alimentos, sino por los bajísimos niveles de ingresos y por las desigualdades en el acceso a la tierra, el agua, el crédito y los mercados. Las ONG y los agricultores están especialmente preocupados por las tecnologías que impiden la regeneración de las semillas y por el uso de derechos de propiedad intelectual sobre ellas, lo que obliga a los agricultores a comprar semillas nuevas cada año, amenazando así su independencia y su capacidad para generar sus propias reservas de semillas. Aunque es evidente que hay que proteger los derechos de patente de las empresas, también hay que proteger los derechos de los pequeños agricultores."³²²

En 2004 los estudios sobre "derecho a la alimentación" hacen foco sobre "la pesca" y no abordaron cuestiones vinculadas a la biotecnología, pero vuelven a hacerlo en 2005 cuando trata en líneas generales la responsabilidad de las organizaciones internacionales y el "derecho a la alimentación". En esta ocasión hace referencia a la cuestión relativa a la apropiación de los recursos y su vinculación de los derechos de propiedad intelectual. Así las cosas, la Asamblea General expresa que "durante siglos, los pueblos indígenas han sido despojados de sus tierras y recursos, a menudo mediante la imposición de leyes coloniales. Hoy en día se mantiene una tendencia similar, ya que los pueblos indígenas continúan perdiendo hasta sus recursos genéticos y conocimientos autóctonos. A los pueblos indígenas les preocupa que los acontecimientos recientes registrados en los regímenes internacionales de derechos de propiedad intelectual pongan en peligro el acceso y el control de los indígenas respecto de los recursos genéticos animales y vegetales, así como de los conocimientos que sus comunidades han adquirido a lo largo de muchas generaciones. Hay una creciente preocupación entre las comunidades y agricultores indígenas por las actividades de "bioprospección" y la apropiación o "biopiratería" de sus conocimientos y su folclore tradicionales, en particular con respecto a las propiedades curativas y nutritivas de animales y plantas. Los pueblos indígenas consideran que el Acuerdo de la OMC sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio es un marco para la apropiación de conocimientos tradicionales por parte de los investigadores y fabricantes de agroquímicos de los países industrializados (...) Les preocupan en particular los acontecimientos relacionados con la biotecnología y la protección de la propiedad intelectual que podrían privar a las comunidades indígenas agrícolas de su acceso a determinadas semillas y razas de ganado y a su control sobre ellas, permitiendo que se proteja con derechos de propiedad intelectual a "inventos" que posteriormente requerirán un pago para ser utilizados"³²³.

³²¹ Asamblea General de Naciones Unidas, Informe A/57/356, párrafo 19.

³²² Asamblea General de Naciones Unidas, Informe A/58/330, párrafo 29.

³²³ Asamblea General de Naciones Unidas, Informe A/60/350 de 12/09/2005, párrafo 24.

Esta referencia, sin lugar a dudas coloca en el tapete la responsabilidad de la Organización Mundial del Comercio en la materia y la necesidad que ésta resuelva las posibles inconsistencias con los sistemas de derechos humanos que pueda mantener.

En 2006, nuevamente los temas biotecnológicos vuelven a estar ausentes en la agenda de la comisión investigadora, siendo que el tema central era la “globalización”, pero en 2007 se retoma el abordaje a partir de un tema de especial interés como son los “biocombustibles” y su impacto sobre el “derecho a la alimentación”. En este sentido la Asamblea General expresó su preocupación por la producción de biocombustibles porque (...) que la mayor parte de las plantas utilizadas para los agrocombustibles son productos alimentarios y constituyen los alimentos básicos de millones de personas en las regiones más pobres del mundo, en particular en África, donde la seguridad alimentaria ya están gravemente en peligro³²⁴ (...) El aumento de la producción de biocombustibles podría ocasionar beneficios positivos para el cambio climático y para los agricultores en los países en desarrollo mejorando en particular la seguridad alimentaria, si les llegan esos beneficios. No obstante, también es importante examinar las posibilidades que encierran los biocombustibles de amenazar la realización del derecho a la alimentación. Es inaceptable que el incremento de la producción de biocombustibles conduzca a que haya más hambre. El riesgo mayor consiste en que la dependencia del modelo agroindustrial de producción no consiga beneficiar a los agricultores independientes pobres y ocasione violaciones del derecho a la alimentación por el fenómeno de apropiación de tierras, concentración de la propiedad y la explotación de la fuerza de trabajo³²⁵.

Durante 2008 nuevamente las cuestiones biotecnológicas quedan fuera de la agenda al tratar como núcleo de análisis a los “refugiados”, y finalmente vuelve a mencionarse en el informe de 2009 sobre “políticas”. En esta última oportunidad se examinan las consecuencias de las políticas de semillas y los derechos de propiedad intelectual aplicados a la agricultura en la realización del derecho a una alimentación adecuada. La asamblea General toma nota que en 2008, la Evaluación Internacional del Papel del Conocimiento, la Ciencia y la Tecnología en el Desarrollo Agrícola llegó a la conclusión de que “tecnologías tales como las nuevas variedades de cultivos de alto rendimiento, los productos agroquímicos y la mecanización han beneficiado principalmente a los colectivos con más recursos de la sociedad y a las empresas transnacionales, y no a los grupos más vulnerables. Para que la tecnología contribuya al desarrollo y la consecución de los objetivos de sostenibilidad se necesitan mecanismos normativos e institucionales sólidos ...”. Al igual que la investigación y el desarrollo en la agricultura en general, las políticas de semillas deben guiarse, no por una idea preconcebida de los beneficios que pueda aportar la tecnología a la agricultura, sino por un examen minucioso de sus repercusiones en la seguridad alimentaria y, específicamente, en la capacidad de los agricultores más vulnerables para mejorar sus medios de subsistencia.

La aparición de un sector comercial de producción de semillas al margen de las explotaciones agrícolas y, más recientemente, de un sector biotecnológico, ha hecho que aumenten las demandas de protección de los derechos de los genetistas e inventores de biotecnologías, que en la actualidad se escuchan a nivel mundial. Fundamentalmente, el paso de una investigación en agricultura entendida como bien público que proporciona a los agricultores semillas con características avanzadas a la concesión de privilegios de monopolio temporal a los fitogenetistas y titulares de patentes a través de los instrumentos de la propiedad intelectual se propugna como forma de recompensar, y por

³²⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, Informe A/62/289 de 22/08/2007, párrafo 27.

³²⁵ Ibid., párrafo 33.

consiguiente, de incentivar, la investigación y la innovación en fitogenética. Pero este cambio también puede plantear dificultades a los Estados (...) Sin embargo, los Estados tienen la obligación de realizar el derecho a la alimentación conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Para intentar ayudar a los Estados a tener en cuenta los derechos humanos al aplicar sus políticas de semillas, la Asamblea General subraya por consiguiente la obligación de los Estados de hacer uso, en toda la medida que lo requiera el respeto de los derechos humanos, del margen de flexibilidad que ofrecen los acuerdos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual, que es compatible con la obligación de proteger el derecho de todos a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones y el derecho a la alimentación, incluido el acceso a los recursos productivos. Pero también se tiene presente en el informe la necesidad apremiante de promover los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas como medio de adaptación de las comunidades locales a las nuevas amenazas que constituyen, por ejemplo, el cambio climático, la erosión del suelo o los brotes de nuevas enfermedades de las plantas.³²⁶

De este recorrido, extraemos como conclusión la existencia indiscutida de un nuevo vínculo y posible controversia transversal en materia de biotecnología y derechos humanos, en particular, con el “derecho a la alimentación” que requiere como herramienta de solución la superación de las inconsistencias inter-regímenes.

A.4 La regulación de la Biotecnología en la Comisión del Codex Alimentarius

La comisión del Codex Alimentarius es una organización creada por la iniciativa de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) con la finalidad de facilitar el comercio internacional y la protección de los consumidores mediante la adopción de estándares de seguridad alimentaria³²⁷. Ha sido tradicionalmente una organización altamente especializada y profesionalizada, toda vez que los temas que aborda responden a un alto contenido científico biológico, donde los márgenes de apreciación política eran pequeños, no obstante, a partir de la creación de la Organización Mundial del Comercio la naturaleza de la Comisión del Codex Alimentarius cambió sustancialmente.

Es posible predicar del Codex Alimentarius su carácter austero, porque el modo de funcionamiento que ha llevado a lo largo de los años ha dependido del liderazgo que las Partes Contratantes ejercían, ya que para la creación de comités o grupos de trabajo se requería una propuesta particular, la que generalmente iba acompañada del financiamiento otorgado por la Parte que ejercía la función de presidente del comité o grupo. Del mismo modo, podemos predicar que ha sido una constante que la Unión Europea y los Estados Unidos hayan conducido los destinos del Codex Alimentarius liderando asimismo, grupos bien definidos en sus intereses, por una parte, la Unión Europea y sus ex colonia ACP y por la otra los agro-exportadores liderados por los norteamericanos.

Esta lógica fue reproduciéndose con el correr de los años y permitió que los trabajos avanzaran sin mayores dificultades y en un entorno que facilitaba la cooperación, porque la adopción de un determinado estándar iba generalmente acompañado de financiamiento y asistencia técnica, sobre todo para los países en vías de desarrollo con

³²⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, Informe A/64/170 de 23/07/2009, párrafo 1, 2, 6 y 8.

³²⁷ Las temáticas abordadas rondan en torno a los estándares relativos a las materias primas, aditivos, residuos de pesticidas, evaluación de riesgos y etiquetado.

la finalidad de lograr la adaptación de estos nuevos niveles de seguridad acordados.

El Codex Alimentarius era representado bajo la forma de “*soft law*” a partir que los estándares no eran vinculantes y por definición no requerían de la constitución de procedimientos para la solución de controversias, se vota por mayoría simple, salvo cuando se modifican los estándares existentes para lo cual se requiere del voto de las dos terceras partes, pero generalmente las decisiones se adoptan por consenso.

El Codex Alimentarius era considerado un “*club de caballeros*” o una “*comunidad epistémica*” de especialistas en alimentación con una fuerte representación del sector industrial, caracterizado por su relativo aislamiento del “*hard law*”, del voluntarismo para la incorporación de los estándares adoptados y la ausencia de sanciones en el caso de que los estándares no fueran seguidos por alguna de las partes³²⁸

No obstante, luego de la aprobación de la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo SPS en particular, el Codex Alimentarius tomó una notoriedad nunca vista, porque al ser incorporada la presunción de compatibilidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio de toda medida nacional fundada en los estándares del Codex Alimentarius, aquel espacio de coordinación y armonización de caballeros y miembros de una comunidad científica se transformó en una arena de lucha entre los representantes de los grupos de Partes Contratantes más influyentes con el objetivo de exportar y proteger sus estándares nacionales dentro de Codex Alimentarius, dando paso al mayor cambio en su sustancia que había presenciado la organización desde su nacimiento: la politización extrema en la negociación de cuestiones tradicionalmente reservadas a la ciencia.

En relación a la biotecnología la Comisión del Codex Alimentarius viene trabajando desde hace varias años con resultados que transitan entre luces y sombras. En 1999 estableció un Grupo de Trabajo sobre alimentos derivados de la biotecnología que tendrían mandato por cuatro años. Durante este período el consenso fue posible y la Comisión del Codex Alimentarius adoptó los “Principios sobre análisis de riesgo y las Guías para la evaluación de la seguridad de los alimentos derivados de la moderna biotecnología”. Este suceso estimuló al Grupo que requirió la ampliación de su mandato por un período de cuatro años más para continuar trabajando en temas vinculados. En este período se acordó trabajar en la “Guía para la evaluación de la seguridad de alimentos derivados de R-ADN animal” y complementar los trabajos existentes sobre “evaluación de la seguridad de alimentos derivados de R-ADN vegetal”, “evaluación de la seguridad de alimentos derivados de R-ADN vegetal modificado” y “evaluación de la seguridad de alimentos derivados de R-ADN microbiano”.

Es menester manifestar que durante este período se encontraron particulares dificultades en el arribo al consenso sobre los temas vinculados a la “gestión del riesgo” para lo cual se crearon tres Sub-Grupos: 1- El comité de Principios Generales, lugar donde se debatía el concepto de Principio de Precaución, 2- El comité de Etiquetado y 3- El Comité de Control y Certificación de Importaciones y Exportaciones. En estos Sub-Grupos se observó bajísimo nivel de acuerdo, aún luego de arduas negociaciones entre los principales actores de la Comisión, sobre todo por el efecto que estas Guías tendrían en el Acuerdo SPS.

Los puntos en los que ha existido mayor enfrentamiento entre los principales actores del sistema han sido:

³²⁸ POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 164.

1) la definición del concepto y aplicación de la “precaución”, materia en la cual la Unión Europea propició una aproximación expansiva aplicable tanto a la evaluación del riesgo como a la gestión del riesgo; en cambio, los Estados Unidos se inclinaban por una definición restringida aplicable sólo a la evaluación del riesgo.

2) la definición de “*otros factores legítimos*” más allá de la ciencia para la justificación de medidas relativas a los estándares en cuanto productos biotecnológicos. En esta materia la Unión Europea sostiene la idea de invocar argumentos como la protección de los consumidores o el bienestar animal para la definición de políticas públicas sobre los productos biotecnológicos; en cambio los Estados Unidos consideran que tener en cuenta elementos sustraídos a la valoración científica implicaría abrir la “Caja de Pandora” perdiendo de esta forma la tradición del Codex Alimentarius como espacio al resguardo de la ciencia. El resultado final ha sido una declaración por la cual se admiten este tipo de valoraciones, pero en ninguna manera pueden afectar los criterios científicos de análisis del riesgo y en el marco de los Acuerdos SPS y TBT de la OMC;

3) El último enfrentamiento transatlántico tiene lugar en torno a la cuestión del “*etiquetado y trazabilidad*” de los productos biotecnológicos, arrastrando 15 años de desacuerdo. En esta materia la Unión Europea apela al argumento de instalar un etiquetado obligatorio con el objeto de identificarlos a fin de facilitar la libre elección por parte de los consumidores y la gestión del riesgo en caso de ser descubierta alguna razón para procurar la retirada del mercado de los productos biotecnológicos. En la vereda de enfrente, los Estados Unidos procuran la aplicación de etiquetado voluntario y sólo sobre aquellos alimentos que no sean “sustancialmente equivalentes” a los tradicionales. En 2006 visto el nivel de desencuentro entre las posiciones presentadas, se ha recomendado discontinuar el trabajo. En materia de trazabilidad, los europeos la propician como un útil instrumento de gestión del riesgo, en cambio los estadounidenses, aun cuando coinciden en su utilidad, la rechazan por el alto costo que supone operacionalizar un sistema de tales características.

La mejor definición de lo ocurrido en el seno de la Comisión del Codex Alimentarius la dan POLLACK y SHAFFER cuando trayendo a su texto las ideas de POLI,³²⁹ VICTOR³³⁰, VEGGELAND y BERGEN³³¹ manifiestan que el Codex Alimentarius hoy es un espacio donde encontramos “expertos correctos” en lugar de “expertos independientes” que buscan sintetizar compleja información científica. Replican las posiciones y coaliciones que nacen en la Organización Mundial de Comercio y han transformado una organización fundada en la “lógica de la argumentación” por una fundada en la “lógica del consecuencialismo” adoptando compromisos muy tenues sin impacto en la actividad del Codex Alimentarius el cual ha visto rota su tradición del consenso cuando se tratan materias controversiales como las relacionadas a la biotecnología³³²

³²⁹ POLI, S., *Setting ou international food standars: Euro-American conflicts within Codex Alimentarius Commision* en MAJONE, G. (editor), *Regulation in the European Union: between enlargement and internationalization*, European University Institute, Florence, 2003, p. 146-147 citado en POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 171.

³³⁰ VICTOR, D. "The sanitary and phytosanitary Agreement of World Trade Organization: An Assessment after five years" en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 32, Nro 4, 2004, p. 933 citado en POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 172.

³³¹ VEGGELAND, F. y BORGEN, S., "Negotiating International Food Standars: The World Trade Organization impact's on the Codex Alimentarius Commision" en *Governance*, Vol. 18, Nro 4, 2005, p. 698 citado en POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 172.

³³² POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 172.

A.5 La regulación de la Biotecnología en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)

El convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales³³³ que analizamos a continuación tiene por objetivo la concesión y protección de los derechos del obtentor de nuevas variedades vegetales. Este convenio nació con el propósito de dar un marco de protección legal a los derechos de propiedad intelectual que emergían tras la producción de nuevas variedades vegetales principalmente a través de las técnicas de hibridación, toda vez que al momento de la firma del presente convenio no se había puesto en prácticas las modernas técnicas biotecnológicas que caracterizan el presente trabajo. En la actualidad el desarrollo tecnológico consiste transita por el mejoramiento genético de las especies, proceso largo y costoso pero fácilmente reproducible.

El eje del convenio gira alrededor de dos términos que son definidos en el artículo primero del Convenio y estos son: 1) “*obtentor*” entendiéndose por tal a la persona que haya creado o descubierto y puesto a punto una variedad o su empleador o causahabiente; y 2) “*variedad*” entendiéndose por esta a un conjunto de plantas de un solo taxón botánico³³⁴ del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor, pueda a) definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos, b) distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos, c) considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración.

Del mismo modo que el TRIPs introduce condiciones cualitativas a la nueva invención para que pueda recibir la protección del Acuerdo, definiendo por tales a la novedad (no evidentes) la actividad inventiva intrínseca y su utilidad o capacidad de ser llevadas a la reproducción industrial; el presente convenio considera que las variedades vegetales que pretendan el reconocimiento del UPOV deberán ser: a) nueva, b) distinta, c) homogénea y d) estable.

En este sentido define “*nueva*” si en la fecha de presentación de la solicitud de derecho de obtentor, el material de reproducción o de multiplicación vegetativa o un producto de cosecha de la variedad no ha sido vendido o entregado a terceros de otra manera, por el obtentor o con su consentimiento, a los fines de la explotación de la variedad. Por su parte se entiende por “*distinta*” si la nueva variedad se distingue claramente de cualquier otra variedad cuya existencia, en la fecha de presentación de la solicitud, sea notoriamente conocida. El tercer elemento estima que una nueva variedad es considerada “*homogénea*” si la variedad es suficientemente uniforme en sus caracteres pertinentes, a reserva de la variación previsible habida cuenta de las particularidades de su reproducción sexual o de su multiplicación vegetativa y finalmente la variedad será “*estable*” si sus caracteres pertinentes se mantienen inalterados después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas o, en caso de un ciclo particular de

³³³ El Convenio UPOV fue firmado en Ginebra el 2 de diciembre de 1961 y revisado el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991.

³³⁴ Un taxón botánico en un agrupamiento de plantas similares en categorías. Las plantas de alto nivel similares se agrupan en familias, éstas lo hacen en géneros y éstos en especies. Una especie es una clase de plantas que entrecruza libremente dentro de su gama geográfica nativa y produce descendientes idénticos y verdaderos. Las poblaciones de plantas localmente distinguibles, los híbridos, las plantas hortícolas y las tensiones genéticas se dividen en variedades.

reproducciones o de multiplicaciones, al final de cada ciclo.

Cabe señalar como lo hace CAZORLA GONZALEZ, que la relación entre el TRIPS y el UPOV sostiene la siguiente lógica, “siempre que se trate de una variedad que reúna los requisitos previstos en el UPOV se protegerá por el título específico de obtención vegetal y no por el de patente, lo que convierte a la protección por patente en un título residual, es decir, únicamente cuando la invención se limite técnicamente a una variedad vegetal, podrá ser objeto de protección por este título”³³⁵ Para que un producto biotecnológico reciba la protección de la patente, éste debe haber sido logrado por medio de técnicas de ingeniería, en estado de aislamiento y probando su utilidad y capacidad de reproducción a escala industrial³³⁶, en caso contrario nos encontramos frente a un descubrimiento y no de una invención.

Procedimentalmente, si un obtentor considera que tiene entre sus manos una variedad vegetal con las características que hemos señalado anteriormente, el Convenio reconoce y estandariza un procedimiento de reglas mínimas para que las Partes Contratantes en sus legislaciones internas sigan. De este modo, el UPOV establece una serie de mecanismos básicos para el logro de la protección de los derechos del obtentor. Estos mecanismos son: 1) el pretendido obtentor deberá presentar la solicitud ante las autoridades de una o más Partes Contratantes, 2) el pretendido obtentor obtiene el reconocimiento de un derecho de prioridad para la presentación de la misma solicitud ante las autoridades de otras Partes Contratantes, 3) el pretendido obtentor deberá acompañar toda información, documento o material necesario para que la autoridad de la Parte Contratante donde se tramita la solicitud pueda formular el estudio pertinente sobre la nueva especie, incluyendo el cultivo de ésta, y 4) la autoridad competente tiene la facultad de adoptar medidas destinadas a salvaguardar los intereses del obtentor durante el período comprendido entre la presentación de la solicitud de concesión de un derecho de obtentor o su publicación y la concesión del derecho. Como mínimo, esas medidas tendrán por efecto que el titular de un derecho de obtentor tenga derecho a una remuneración equitativa percibida de quien, en el intervalo mencionado, haya realizado actos que, después de la concesión del derecho, requieran la autorización del obtentor.

Sustancialmente, el derecho de obtentor implica el reconocimiento del derecho exclusivo a: 1) la producción o la reproducción (multiplicación), 2) la preparación a los fines de la reproducción o de la multiplicación, 3) la oferta en venta, 4) la venta o cualquier otra forma de comercialización, 5) la exportación, 6) la importación, 7) la posesión para cualquiera de los fines anteriormente mencionados.

Asimismo, en caso de haber sufrido una lesión a su derecho, el obtentor tendrá la facultad de requerir: 1) la cesación de los actos que violen su derecho, 2) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, 3) el embargo de los objetos producidos o importados y de los medios exclusivamente destinados a tal producción, 4) la atribución en propiedad de los medios u objetos incautados, 5) la adopción de medidas que eviten que prosiga la violación. 6) la publicación de la sentencia condenatoria.

Por último, deseamos presentar las limitaciones que presentan los derechos del obtentor, por una parte encontramos límites sustanciales dentro de los cuales podemos predicar que el derecho de obtentor no se extiende a los actos relativos al material de su

³³⁵ CAZORLA GONZALEZ, M., *op. cit.*, p. 139.

³³⁶ KARJALA, D., "Biotech Patents and Indigenous Peoples", en *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 7, Año 2006, p. 501.

variedad, o de una variedad esencialmente derivada de la suya, que haya sido vendido o comercializado de otra manera en el territorio de la Parte Contratante concernida por el obtentor o con su consentimiento, a menos que esos actos impliquen: 1) una nueva reproducción o multiplicación de la variedad, 2) impliquen una exportación de material de la variedad, que permita reproducirla, a un país que no proteja las variedades del género o de la especie vegetal a que pertenezca la variedad, salvo si el material exportado está destinado al consumo.³³⁷

Por otra parte, los derechos del obtentor encuentran límite en razones de interés público, concepto dentro de cual podemos incluir la salud pública, la defensa nacional, la protección del medio ambiente, el desarrollo económico y las necesidades de abastecimiento del país³³⁸ y en la facultad de las Partes Contratantes de reglamentar en su territorio, la producción, el control y la comercialización del material de las variedades, o la importación y exportación de ese material³³⁹, no obstante, el Convenio prevé que cuando tal limitación tenga por efecto permitir a un tercero realizar cualquiera de los actos para los que se requiere la autorización del obtentor, la Parte Contratante interesada deberá adoptar todas las medidas necesarias para que el obtentor reciba una remuneración equitativa³⁴⁰, de este modo se busca compensar económicamente la limitación del derecho.

Finalmente, se reconoce un límite temporal en la protección de los derechos del obtentor estipulado en el plazo mínimo de 20 años, extensible de pleno derecho a 25 años mínimo en el caso de plantas leñosas (árboles) y vides³⁴¹.

³³⁷ Cfme. Artículo 16 del UPOV.

³³⁸ CAZORLA GONZALEZ, M., *op. cit.*, p. 144.

³³⁹ Cfme. Artículo 18 del UPOV.

³⁴⁰ Cfme. Artículo 17 del UPOV.

³⁴¹ Cfme. Artículo 19 del UPOV.

Capítulo 2: Las tres fases de descordinación de la regulación internacional de la biotecnología

Introducción

En la sección anterior hemos presentado y analizado cada uno de los tratados internacionales que abordan la temática de la biotecnología aplicada al sector agroalimentario. Estos tratados fueron concebidos en momentos diferentes -aunque hayan sido modificados con posterioridad- y sus espíritus aparentemente guardan diferentes posiciones filosóficas. En el caso del GATT, el contexto histórico en el cual nace justifica que sus normas hayan llevado al máximo el ideal del libre comercio, no podemos olvidar que después de la crisis de 1930, tras la caída de Wall Street, las economías nacionales se cerraron en si mismas e iniciaron un proceso de políticas que tenían por objetivo “empobrecer al vecino” como modo de lograr competitividad, provocando una escalada de agresividad que culminará con la II Guerra Mundial, tras la cual, la construcción de la nueva arquitectura internacional, entre las que se encontraba el GATT, buscó limitar en alguna medida el poder de los Estados en la aplicación de medidas restrictivas del comercio internacional, salvo en situaciones excepcionales contempladas en los artículos XX y XXI del tratado.

En cambio el bloque de Derecho internacional del Medio Ambiente y sus normas de Derecho internacional de los Derechos Humanos, responden a una cosmovisión contemporánea de las relaciones internacionales, que ha diversificado los problemas globales, apartándose de la concepción clásica de la paz y la guerra. La protección del medio ambiente y de los derechos humanos ocupa un lugar privilegiado en la agenda de finales del siglo XX e inicio del siglo XXI, en consecuencia, es frecuente encontrar que las normas internacionales contemporáneas incluyan en sus disposiciones referencias a estas temáticas que hoy resultan ineludibles.

Sin embargo, estimamos que no se puede pecar de inocencia y descuidar la tarea de indagar más allá de las apariencias con la meta de buscar si algo más se encuentra detrás de los aparentes buenos propósitos de crear un nuevo orden global fundado en la protección del medio ambiente y los derechos humanos. Cuánto hay de lucha entre las potencias para dar su impronta al nuevo orden, cuánto hay de lucha entre las potencias para no perder el lugar que hoy ostentan, cuán necesario es un orden de determinadas características para hacer sustentable un modelo interno.

En la presente sección analizaremos los puntos de contacto entre los tratados pertenecientes a diferentes regímenes internacionales -o aparentes sub-sistemas de Derecho internacional- para descubrir los posibles puntos de enfrentamiento entre estos, todo con el fin de ir dirigiendo la investigación hacia un camino que nos lleve al encuentro del modo de solución de diferencias más apropiado en las condiciones actuales de vigencia de los tratados analizados, para resolver las controversias que puedan surgir con la aplicación de estas normas internacionales.

Ha quedado probado que los tratados que conforman el denominado bloque de Derecho internacional del Medio Ambiente, aún cuando puedan tener algunas diferencias, estas son mínimas; en general responden a una misma filosofía, son complementarios y deben ser interpretados en armonía, por lo tanto la metodología para ir abordando los puntos de conflictos será por medio de ejes temáticos que ubicamos en tres fases que identificamos ordinalmente: A) primer, B) segundo y C) tercer.

En la primera fase identificamos como primera inconsistencia la cuestión relativa a la *propiedad de los recursos genéticos*. En la segunda fase, las inconsistencias versarán sobre los conceptos involucrados en torno al proceso de toma de decisiones en materia de biotecnología que descansa en las diferentes visiones sobre la *precaución* o *cautela*. Por último, en la tercera fase, trataremos la cuestión de la logística de comercialización de los productos biotecnológicos, en especial, el tema del *etiquetado*.

Estimamos que una buena pregunta que puede operar como disparador de nuestro debate, puede ser la que formula FRANCIONI en su libro “Biotechnology and International Law”: ¿Puede la ciencia tener la última palabra, o le corresponde a los gobernantes “democráticamente elegidos” (...) puede la religión jugar un rol en la toma de decisiones del Estado “laico” (...) cual es el rol de la industria, los consumidores y la sociedad civil?³⁴²

Más allá de los límites propios de la pregunta, señalados entre comillas, estimamos que la pregunta puede adquirir un mayor grado de generalización retirando los entrecomillados y presentarnos una coyuntura fundamental para comprender la diversidad de enfoques en la materia que se reflejan en tratados internacionales con espíritus encontrados, frutos de un sistema internacional descentralizado y descordinado³⁴³.

De esta pregunta emerge un dato fundamental para comprender el fenómeno que se patentiza en la regulación de la biotecnología: la *divergencia de racionalidades* que se entremezclan para determinar el sesgo que tendrá cada uno de los regímenes internacionales que la contienen. Si no perdemos de vista este dato, estaremos en condiciones de comprender la razón fundamental que justifica la existencia de las inconsistencias o descordinaciones que analizaremos a continuación.

A- Primera fase: La lucha por el control de los Recursos Genéticos

A.1 Introducción

La primera de las fases descordinadas que analizaremos tiene dos objetos de estudio y un eje de análisis. Con relación a los primeros podemos mencionar la propiedad de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales de los pueblos originarios y en cuanto al eje de análisis, podemos manifestar que se trata a la propiedad intelectual y su aplicación a los objetos referidos.

La importancia de estos temas nace del hecho que como fruto de la fragmentación del Derecho internacional observamos que tanto el régimen de la Organización Mundial del Comercio, del Convenio Internacional para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales, el régimen de Derecho del Medio Ambiente y en particular la Convención de Diversidad Biológica y el régimen de Derechos Humanos, dentro del cual podemos incorporar la normativa emergente de la Organización Internacional del Trabajo, la UNESCO y los propios principios generales de las Naciones Unidas consagrados en la Carta; regulan de manera estanca las relaciones de las comunidades originarias con las tierras que ocupan, los recursos que en ellas se encuentran, los conocimientos prácticos

³⁴² FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, p. 4.

³⁴³ *Ibid*, p. 5; PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 30. en la segunda parte de este trabajo analizaremos en profundidad el fenómeno de la fragmentación del Derecho internacional, sus causas, consecuencias y posibles mecanismos de solución de los “problemas” que de ella emergen.

que tienen sobre estos recursos y el valor cultural y comunitario que representan, tanto lo recursos como los conocimientos que generación tras generación han desarrollado y descubierto sobre estos.

A pesar que la civilización occidental busca dar al Derecho internacional un perfil propio a su tradición y expectativas, y dentro de tales parámetros presenta un discurso políticamente correcto en cuanto a los derechos de las minorías³⁴⁴, sean estos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales; la realidad también prueba de forma incontestable que al momento de diseñar estructuras, normas, principios y procedimientos con efectos económicos los derechos de las minorías quedan a la espera de mejores momentos para ser incluidos en el diseño institucional y normativo del Derecho internacional. Lo antes dicho da lugar a la reflexión de parte de la doctrina que manifiesta la necesidad de formular cambios en el sistema normativo que regula la propiedad intelectual para dar protección a los intereses de todos los actores que intervienen en el fenómeno biotecnológico, incluyendo también a las comunidades originarias y al campesinado, a fin de permitir la explotación plena del potencial que contiene la biotecnología.³⁴⁵

A continuación presentaremos y analizaremos dos problemas que demuestran las descordinación normativa flagrante. Ambos problemas podrían y de alguna manera deberían ser analizados conjuntamente, porque conforman dos aristas del mismo contexto, pero al efecto de un ordenado desarrollo metodológico será expuesto en dos apartados especiales.

A.2 Los objetos de debate con relación a la propiedad intelectual

A.2.1 Los Recursos Genéticos

Tal como manifiesta parte de la doctrina, “occidente presenta una visión utilitaria de los recursos naturales los cuales son considerados simplemente como “comodities” explotables de acuerdo a las necesidades de los seres humanos y que no existe nada inapropiado en explotarlas comercialmente, más aun, cuando están dotados de determinadas propiedades que pueden ser transformadas en productos y servicios de acuerdo a las reglas del mercado”.³⁴⁶ Una de las consecuencias lógicas de esta afirmación se funda en la posibilidad de apropiación de los recursos genéticos y luego de ser sometidos a los procesos de mejoramiento genético tradicional (hibridación) o modernos (ingeniería genética), solicitar la concesión de una patente industrial sobre el nuevo producto o procedimiento. La coronación de este círculo económico internacional tuvo lugar, como ya hemos visto, luego de la Ronda Uruguay y la firma del Acuerdo TRIPs como parte ineludible de la Organización Mundial del Comercio y en especial del artículo 27 apartado 3 b.

³⁴⁴ Cabe recordar que los pueblos indígenas pueden ser considerados por sus características particulares, como “minorías” dentro de los Estados y recibir la protección que les ha sido asegurada por el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 el cual interpretado a la luz de los artículos 1.2 del mismo Pacto y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 resulta en la protección del medio ambiente como condición previa para el ejercicio integral de los derechos. Ver BARSH, R., "Indigenous People: An Emerging object of International Law", en *American Journal of International Law*, Vol. 80, Año 1986, p. 370; HAUGEN, H., "Traditional Knowledge and Human Rights..." *op. cit.*, p. 673.

³⁴⁵ GOMEZ LOZANO, M. *Biotecnología, Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales* en CAZORLA GONZALEZ, M. y HERRERA CAMPOS, R. (editores) *op. cit.*, p. 123.

³⁴⁶ FABRONI, M. y LENZERINI, F. *Indigenous Peoples' Rights...* *op. cit.*, p. 341.

La recepción de la doctrina, norteamericana por origen y seguida por la Unión Europea, que considera como “patentable cualquier cosa bajo el sol hecha por el hombre”³⁴⁷ ha ampliado el camino a la patentabilidad de la vida, dando lugar a la posibilidad de patentamiento de todo tipo de material genético incluyendo a los microorganismos (ampliamente definidos para incluir células, proteínas y enzimas) así como formas de vida superiores como son los animales e incluso el material genético humano. Los únicos materiales excluidos son los descubrimientos no útiles, variedades de plantas (reguladas por el UPOV) y procesos esencialmente biológicos para la producción de plantas³⁴⁸

Esta ampliación de los criterios relativos al material patentable, que responde sólo a un criterio económico³⁴⁹, ha despertado una carrera entre las compañías privadas dedicadas a la biotecnología con el objetivo de hacerse de la mayor cantidad de recursos genéticos posibles a fin de desarrollar nuevas invenciones aplicables a la industria alimenticias y/o farmacéutica, lo que algunos dan en llamar neo-colonialismo³⁵⁰ por la coincidencia que la mayoría de los recursos genéticos se localizan en países en vías de desarrollo y las compañías biotecnológicas en países desarrollados³⁵¹, reproduciendo lógicas de extracción y producción ya conocidas por la historia.

La posibilidad de amplio patentamiento enunciada con anterioridad y recogida normativamente por el Acuerdo TRIPs no debería ser considerada plena o libre de factores limitantes, toda vez que existen dos marcos normativos internacionales paralelos que introducen consideraciones previas a ser tenidas en cuenta al momento de solicitar una patente vinculada a un recurso genético.

Por una parte la Convención de Diversidad Biológica reconoce el derecho soberano de los Estados de explotar sus propios recursos³⁵² en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o zonas situadas fuera de su jurisdicción, tal como lo hemos desarrollado en la primera parte de este trabajo. Sin embargo, la Convención de Diversidad Biológica profundiza la regulación creando un régimen de acceso a los recursos genéticos, por la cual si bien las Partes Contratantes deben asegurar el acceso a los recursos no introduciendo trabas que no encuentren fundamento en los objetivos de la Convención, también es verdadero que este acceso no es automático, sino que requiere del consentimiento previo y fundado de parte del Estado propietario del recurso genético sobre el cual se pretende realizar la

³⁴⁷ Ver Asunto “Diamond c. Chakrabarty” United State Supreme Court (USSC), Decision, 16 June 1980, 447 U.S. 303, 206 USPQ 193 y Asunto “Novartis” European Patent Office (EPO) Decision of the enlarged Board of Appeal: Transgenic Plant/Novartis II, 20 December 1999, Official Journal of the European Patent Office, Year 23, Nro. 3, March, pp. 126-127.

³⁴⁸ RODRIGUEZ, J. "La evolución de la patentabilidad de material biológico en Estados Unidos y europa: Patentes sobre descubrimientos y apropiación de vida" en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nro. 17, Año 2008-I, p. 224.

³⁴⁹ *Ibid*, p. 226.

³⁵⁰ MERSON, J., *op. cit.*, p. 295.

³⁵¹ ULLRICH, H., *Trraditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics?* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T. *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 203, OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 40, MCMANIS, C., *Biodiversity, Biotechnology and the Protection of Traditional Knowledge: Law, Science and Practice* en MC MANIS, C., (Coord) *Biodiversity and the Law*, Earthscan, Londres, 2007, p 1; SHIM, Y., "Intellectual Property Protection of Biotechnology and Sustainable Development in International Law" en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 29, Nro. 2, Año 2003, p. 218.

³⁵² OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 37

investigación y finalmente las Partes Contratantes se comprometieron a transferir tecnología y al respeto de los derecho de propiedad intelectual que esta transferencia traiga aparejada.

Sin embargo, tal como expresamos anteriormente, este tipo de previsiones han sido totalmente omitidas en las estipulaciones contempladas en el Acuerdo TRIPs, tal como señala parte de la doctrina aun cuando el Acuerdo TRIPs es firmado con dos años de posterioridad a la Convención de Diversidad Biológica, no se provee ningún tipo de instrumento específico que garantice su compatibilidad con las disposiciones de la Convención de Diversidad Biológica, particularmente en lo referido a las condiciones de acceso a los recursos genéticos (tales como el consentimiento fundado previo y las condiciones mutuamente convenidas)³⁵³ por lo tanto, es perfectamente posible que una persona física o jurídica se presente ante las autoridades competentes de cualquiera de las Partes Contratantes de la Organización Mundial del Comercio y solicite el otorgamiento de una patente vinculada al trabajo realizado sobre un determinado recurso genético sin que le sea solicitado ningún tipo de documento que certifique el origen y en su caso, el consentimiento fundado previo del Estado propietario del recurso genético; de este modo, se crea una situación que facilita y en consecuencia propicia la propagación de conductas de bio-piratería³⁵⁴.

En consecuencia, los problemas de base son dos: la bio-inspección o bio-prospección y la bio-piratería, la primera es la búsqueda de genes al efecto de destinarlos a la industria, la segunda es la apropiación no autorizada y/o no compensada de los recursos y conocimientos de las comunidades tradicionales -indígenas o locales-³⁵⁵. LEWINSKY las califica como dos realidades gemelas, en el sentido que operan en paralelo³⁵⁶

El segundo de los aspectos vinculados a la propiedad de los recursos genéticos se vincula a la propiedad que ostentan los pueblos originarios, toda vez que éstos desarrollan tanto con la tierra, como con los recursos naturales que ésta brinda, una relación de familiaridad constituyente de su propia cultura e identidad como colectivo. En consecuencia, es menester tener en consideración que más allá del reconocimiento que los propios Estados puedan formular de los derechos que los pueblos originarios ostentes sobre los recursos que se localizan en las tierras que ocupan, el Derecho internacional contemporáneo viene consagrando y construyendo un régimen legal destinado a reconocer los derechos de los pueblos originarios sobre las tierras ancestrales por ellos ocupadas. Por lo tanto, la ausencia de referencias en el Acuerdo TRIPs a este tipo de límite material para la solicitud de patentes sobre recursos genéticos no sólo propicia prácticas en contra de los Estados ricos en diversidad biológica, sino que estimula el desembarco de bio-prospectores en las tierras ocupadas históricamente por comunidades originarias, captando no solamente los recursos genéticos desconocidos en los países desarrollados, sino también, el segundo objeto de análisis que abordaremos a continuación: el conocimiento tradicional de los pueblos originarios.

A.2.2- El conocimiento tradicional de los pueblos originarios

³⁵³ RODRIGUEZ, J., *op. cit.*, p. 220; ROSENDAL, K., *The Convention on Biological Diversity and TRIPs: different approaches to Property Rights to Genetics Resources – Cause for Worry?* Project Deliverable Nro. 5 D.5 The Fridtjof Nansen Institute, Oslo, p. 14.

³⁵⁴ PAVONI, R., *Biosafety and Intellectual Property... op. cit.*, p. 87.

³⁵⁵ TEJERA, V., *op. cit.*, p. 971; CRAIG, B., "Biopiracy and Native Knowledge: Indigenous Rights on the Last Frontier" en *Native Americas*, Vol. 14, Nro. 2, Año 1997; KARJALA, D., *op. cit.*, p. 486.

³⁵⁶ LEWINSKY, S., *op. cit.*, p. 166.

Aun cuando la obligación de preservar el conocimiento tradicional de los pueblos originarios es una prescripción clara, precisa e incondicional³⁵⁷ que emerge de los más variados instrumentos internacionales como analizamos precedentemente en la primera parte de este trabajo, a saber: la convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención de Diversidad Biológica, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la Convención para la Salvaguardia de la Herencia Cultural Intangible de la UNESCO y la propia Carta de Naciones Unidas en su aspecto referido al principio de libre determinación de los pueblos y de soberanía sobre los recursos naturales, sigue en contradicción, aún cuando varios de los instrumentos reseñados incluyen las denominadas cláusulas de apoyo mutuo, la protección de estos conocimientos con las estructuras generales creadas los tratados destinados a la protección de la propiedad intelectual, principalmente el TRIPs en el seno de la Organización Mundial del Comercio, o a los derechos del obtentor del UPOV; en consecuencia, hoy nos encontramos en una situación de competencia tal dentro del sector que todos los actores y operadores se han lanzado a la conquista de nuevos recursos, que dadas las características etnológicas de los pueblos en los que se encuentran, llevan necesariamente a la apropiación de los conocimientos tradicionales de las comunidades originarias.

Tal como expresa GOMEZ LOZANO “el avance de la biotecnología está atado necesariamente al acceso de los recursos biológicos y por ende, de los conocimientos tradicionales”³⁵⁸. Recursos genéticos y conocimientos tradicionales son dos parte de una misma realidad porque a partir de los segundos se arriba a los primeros, y una vez que el bio-prospector se apropia del recurso y lo aísla, puede trabajar con él, modificarlo y transformar el mero descubrimiento de una sustancia localizable en la naturaleza, en una invención patentable³⁵⁹.

Una realidad ineludible es que más allá de las razones que podamos encontrar en torno a las motivaciones o circunstancias objetivas que desencadenan fuerzas estatales y no estatales hacia la fragmentación del Derecho internacional, los conflictos normativos se materializan a pesar de los intentos declarativos por hacer coincidir y armonizar en un mismo contenedor elementos que no solamente son “químicamente” incompatibles, sino que además se constituyen como reactivos entre si. De ahí que podamos encontrar como solución a estos conflictos posiciones que van desde el extremo de la aplicación contextual de las normas, otros que predicán la jerarquía dentro del Derecho internacional trae consigo la solución a los conflictos normativos y otros que siguen bregando por la armonización inter-normativa como camino, aunque de emergencia, pero viable.

El concepto de conocimiento tradicional encuentra una primera dificultad que consiste en lograr un definición, aunque generalmente la doctrina lo hace manifestando que es “la creación a través de un largo período de tiempo que ha sido transmitido oralmente de generación en generación; es un nuevo conocimiento que está integrado al ya existente; la creación y mejoramiento o desarrollo del conocimiento es un esfuerzo del grupo; la propiedad de estos conocimientos indígenas yace entre las personas aborígenes.”³⁶⁰ Otros autores, a la definición básica le adicionan elementos como el

³⁵⁷ HAUGEN, H., "Traditional Knowledge and Human Rights..." *op. cit.*, p. 664.

³⁵⁸ GOMEZ LOZANO, M., *op. cit.*, p. 129.

³⁵⁹ ULLRICH, H., *op. cit.*, p. 204.

³⁶⁰ LATORRE QUINN, M., "Protection for Indigenous Knowledge: An International Law Analysis" en *Saint Tomas Law Review*, Vol. 14, Año 2001, p. 292, GIRSBERGER, M., "Biodiversity and the

aprendizaje a través de la observación, la producción cotidiana, la construcción intuitiva y el carácter cualitativo³⁶¹

El conocimiento tradicional es definido como un conocimiento “holístico” en el sentido que se integran en él elementos espirituales y prácticos que vinculan la colectividad con el medio ambiente y configurativo de la identidad como pueblo. Dentro del pensamiento indígena no existe división entre la ciencia, el arte, la religión, la filosofía y la estética.³⁶²

Lamentablemente, las características generales de este tipo de conocimiento caen fuera del ámbito de protección de la propiedad intelectual en los términos acogidos en la Organización Mundial del Comercio, como estándar de protección occidental³⁶³, aunque existen diversas razones para propiciar su acogida³⁶⁴, tales como: a) el interés económico común, b) la equidad para con sus poseedores, c) la contribución a la seguridad alimentaria, d) la pertenencia a la cultura, e) la capacidad de promover formas de uso sostenible del medio ambiente, f) el fomento del desarrollo de los pueblos originarios, g) la apropiación ilícita a la que se ven expuestos

La dificultad más concreta que atraviesa el conocimiento tradicional de los pueblos originarios se enmarca en la dificultad que presenta para adecuarse a las estructuras normativas existentes, toda vez que como hemos señalado en apartados anteriores, la cosmovisión de estas comunidades dista lo suficientemente lejos de la cultura occidental como para hacer zanjar cuestiones relativas a la definición del titular del derecho de propiedad intelectual, la comercialización de los recursos genéticos y de sus conocimientos tradicionales, la innovación como requisito para la patentabilidad y otras cuestiones relativas al esquema de patentamiento como son la temporalidad de la protección legal, la obtención del consentimiento comunitario para la comercialización del conocimiento tradicional.

La primera de las cuestiones se refiere a la titularidad, toda vez que los sistemas tradicionales, tanto internacionales como locales, generalmente reconocen el derecho de propiedad intelectual en cabeza de una persona, sea física o jurídica y será esta la beneficiaria del uso y goce de su invención. Este presupuesto es incompatible a la cosmovisión de muchos pueblos originarios que desarrollan un concepto de personalidad colectiva, en donde la titularidad de los derechos no reside en la persona

Concept of Farmer's Rights in International Law: Factual Background and legal Analysis" en *Studies in Global Economic Law*, Vol. 1, Año 1999, p. 85; COOMBE, R., "Intellectual Property, Human Rights & Sovereignty: New Dilemmas in International Law Posed by the Recognition of Indigenous Knowledge and the Conversation of Biodiversity" en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 59, Nro 6, Año 1998, p. 77; LEWINSKI, S., *op. cit.*, p. 55; BALICK, M., *Traditional Knowledge: lessons from the pass, lessons for the future* en MCMANIS, C., *op. cit.*, p. 280, COTTIER, T. y PANIZZON, M., "Legal perspectives on traditional knowledge: The case for intellectual property protection" en *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Nro. 2, Año 2004, p. 371.

³⁶¹ OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 16.

³⁶² KING, S. *Commentary about the biodiversity, the Biotechnology and the Protection of the Traditional Knowledge: A perspective from the private Sector*, en MCMANIS, C., *op. cit.*, p. 428; HAUGEN, H., "Traditional Knowledge and Human Rights..." *op. cit.*, p. 664, OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 52.

³⁶³ OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, pp. 7, 155-156.

³⁶⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, Protección de los Conocimientos Tradicionales y el Folclore – Resumen de las Cuestiones Planteadas y de las Observaciones Formuladas, Nota de la Secretaría, IP/C/W/370/Rev.1, 9 de marzo de 2006, pp. 4-5.

individual, sino en la comunidad³⁶⁵, más aún cuando nos referimos a los recursos emergentes de la “madre” tierra y de los conocimientos tradicionales, que como la palabra la indica, son fruto del saber inter-generacional transmitido a través del folclore. La complejidad aumenta cuando comprendemos que este conjunto formado por “población inter-generacional – tierra - recursos naturales – conocimientos tradicionales” conforman de un modo inescindible la identidad misma del pueblo. Los conocimientos tradicionales se califican como un fenómeno de creación colectiva, lo que algunos han dado en llamar propiedad industrial de carácter colectivo³⁶⁶. Esta estructura cultural, para la mayoría, es totalmente incompatible a las formas de propiedad pensadas, desarrolladas por occidente y sobre las cuales se asienta el sistema internacional de protección de la propiedad intelectual, en cambio para otros no configura un fuerte argumento que permita excluirlas de la protección legal³⁶⁷ y en todo caso, se presentará como un fenómeno novedoso dentro del régimen de Propiedad Intelectual³⁶⁸.

El segundo obstáculo para la inclusión dentro de los sistemas occidentales de protección de los Derechos de Propiedad Intelectual surge del propio requisito legal para la patentabilidad. Todas las normas internacionales en la materia exigen que el conocimiento sea “novedoso” entendiéndose por tal que ha de tratarse de invenciones no integradas en el estado actual de la técnica, es decir que no se haya encontrado a disposición del público³⁶⁹ antes de la presentación de la solicitud de patentamiento. Desde este aspecto para parte de la doctrina es imposible o irreal³⁷⁰ que los conocimientos tradicionales puedan ser patentados en favor de un pueblo tradicional, aun cuando superáramos los límites mencionados en el párrafo anterior, toda vez que no existe forma aparente de justificar la novedad³⁷¹ de un conocimiento que es fruto de generaciones y generaciones pasadas de un pueblo que han ido desarrollando, aplicando y transmitiendo este conocimiento por medio del folclore³⁷². De esta forma, el conocimiento tradicional al ser considerados por algunos como un conocimiento de dominio público por el paso del tiempo, se encontraría expresamente excluido de la protección del TRIPs.³⁷³

³⁶⁵ TEJERA, V., *op. cit.*, p 969. El problema es que mientras el TRIPs reconoce solo los derechos individuales de propiedad intelectual, la CBD reconoce los derechos de las comunidades aborígenes a preservar sus conocimientos y sus recursos.

³⁶⁶ GOMEZ LOZANO, M., *op. cit.*, p. 132; CAILLAUX ZAZZALI, J., "Propiedad intelectual, diversidad biológica y conocimientos tradicionales. Una visión desde los Andes y la Amazonia" en *Biotecnología y Derecho*, pp. 125-126; FABRONI, M. y LENZERINI, F. *op. cit.*, 351; OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 158; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela*, Universidad Autónoma de Madrid, Cortesía de la autora, pp. 191 y 202; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Lección sobre los derechos de los pueblos indígenas en el orden internacional*, presentada el 22 de noviembre 2000 en la oposición a titular en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid, Cortesía de la autora, pp. 230 y 256.

³⁶⁷ ABBOTT, F., COTTIER, T. y GURRY, F., *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, Vol. 1, pp. 6-7, OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 159, TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela... op. cit.* p. 201, TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Lección sobre los derechos de los pueblos indígenas... op. cit.*, p. 254

³⁶⁸ COTTIER, T. y PANIZZON, M., *op. cit.*, p. 388.

³⁶⁹ GOMEZ LOZANO, M. *op. cit.*, p. 131.

³⁷⁰ FABRONI, M. y LENZERINI, F., *op. cit.*, p. 350.

³⁷¹ LEWINSKY, S., *op. cit.*, p. 164.

³⁷² TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela... op. cit.* p. 194.

³⁷³ KURUK, P., "Bridging the Gap between Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: Is Reciprocity an Answer?", en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 7, Nro. 3, Año 2004, p. 435.

No obstante, otra parte de la doctrina se opone a la calificación del conocimiento tradicional como un conocimiento carente del elemento vinculado a la “novedad” toda vez que al considerarlo como un conocimiento evolutivo y en consecuencia, no estático. Es en sustancia y forma un conocimiento dinámico, por lo tanto no sería directamente descartable de la protección legal del sistema de propiedad intelectual.³⁷⁴

El sistema de propiedad intelectual esta basado en el reconocimiento y la compensación de los “nuevos” conocimientos. Este es el concepto utilizado en el TRIPs, pero cuando se trata de utilizar este concepto para proteger a las comunidades indígenas, falla porque no se reconoce la compensación por un derecho de propiedad intelectual de toda una comunidad, porque los conocimientos indígenas y los recursos naturales están interrelacionados y necesitan ser descubiertos colectivamente. Las previsiones del TRIPs fallan porque no pueden dar una protección adecuada a la problemática de los conocimientos tradicionales.³⁷⁵

En igual sentido se han manifestado las misiones de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual cuando concluyeron que los conocimientos indígenas son considerados *per se* se encuentran excluidos de la protección a la propiedad intelectual. El trabajo de la OMPI fue un paso importante en el reconocimiento de las deficiencias del régimen de protección intelectual actual para la protección del conocimiento tradicional³⁷⁶.

En tercer término, debemos manifestar que aun cuando hiciéramos el esfuerzo de considerar al conocimiento tradicional como nuevo, sobre todo si consideramos que dependerá en mucho de los criterios nacionales que determinen los estándares de novedad³⁷⁷, la protección que la ley otorga es relativamente corta en relación a la

³⁷⁴ OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 25, HAUGEN, H., "Traditional Knowledge and Human Rights..." *op. cit.*, p. 664; BALICK, M., *op. cit.*, p. 280.

³⁷⁵ TEJERA, V., *op. cit.*, p. 974; MERGES, R., *Patent Law and Policy, Michie*, 2 ed. 1997, LATORRE QUINN, M., *op. cit.*, p. 300; SHIM, Y., *op. cit.*, p. 236, KURUK, P., *op. cit.*, p. 439; OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 193; OGUAMANAM, C., "Local Knowledge as Trapped Knowledge: Intellectual Property, Culture, Power and Politics" en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 11, Nro. 1, Año 2008, p. 31, COTTIER, T. y PANIZZON, M., *op. cit.*, p. 371, REICHMAN, J. "The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Corporation with Developing Countries?," Case Western Reserve" en *Journal of International Law*, Vol. 32, Año 2000; DRAHOS, P., "Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a Global Bio-Collecting Society the Answer?" en *European Intellectual Property Review*, Vol. 22, Año 2000, pp. 245–250; FARLEY, C., "Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?" en *Connecticut Law Review*, Vol. 30, Año 1997, pp. 1–48; ROHT-ARRIAZA, N., "Of Seeds and Shamans: The Appropriation of Scientific and Technical Knowledge of Indigenous and Local Communities", en *Michigan Journal of International Law*, 17, Año 1996, pp. 919–966.

³⁷⁶ LATORRE QUINN, M., *op. cit.*, p. 305; WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), Introduction to Intellectual Property, in Draft Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), en <http://www.wipo.int/globalissues/tklreport/interim/docs/2-5.doc.>, p. 2; KURUK, P., *op. cit.* p. 429. Es sorprendente, pero la OMC ha manifestado que es prioridad de la OMPI trabajar sobre la materia de conocimientos tradicionales y que una vez que en la OMPI haya definido las cuestiones conceptuales de una manera satisfactoria, la OMC continuará las negociaciones para analizar el modo de dotarla de forma legal. Ver: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, Protección de los Conocimientos Tradicionales y el Folclore... *op. cit.*, p. 7.

³⁷⁷ ULLRICH, H., *op. cit.*, p. 204. No obstante la estipulación que cada una de las Partes Contratantes puede fijar criterios de novedad para otorgar una patente, es también cierto que los conocimientos tradicionales, al no ser conocidos en países diferentes al lugar donde se han desarrollado, difícilmente sean reconocidos. Para superar esta dificultad se propone la creación de bases de datos que los

expectativa de vida de un pueblo. Recordemos que la protección que otorga la ley en la actualidad para las patentes es de 20 años, por lo tanto, pasado este tiempo el pueblo originario se vería necesariamente desprovisto de sus conocimientos que pasarían a ser propiedad de la comunidad internacional y que podrían ser explotados por cualquier persona, física o jurídica que se encuentre en condiciones de hacerlo. La protección de los conocimientos tradicionales debería ser pensada por tiempo ilimitado³⁷⁸, lo cual resulta imposible pensarlo en los términos normativos existentes en la actualidad.

Aquí también la doctrina se encuentra dividida, entre aquellos que propician una protección indefinida por las características particulares del conocimiento tradicional y en cambio otros manifiestan que no encuentran razones para que los conocimientos tradicionales con el paso del tiempo no puedan ser gozados por toda la comunidad internacional como sucede con el conocimiento de cualquier persona que recibe la protección limitada temporalmente por su creación o invención.

En cuarto lugar quisiera presentar el argumento filosófico; generalmente la concepción mercantilista occidental no encaja en la relación familiar de los pueblos originarios con el medio ambiente, por lo tanto es difícil suponer que los pueblos estén *prima facie* dispuestos a la venta de sus conocimientos,³⁷⁹ no obstante, tampoco es correcto suponer que ningún pueblo originario estaría dispuesto a comercializar sus conocimientos tradicionales, en consecuencia no es recomendable desarrollar un sistema de protección que excluya la patentabilidad de este tipo de conocimiento.³⁸⁰

Por último es posible encontrar un obstáculo procedimental, la determinación de la forma o modo para la obtención del consentimiento fundado previo³⁸¹ para la operación comercial referida y en su caso el modo de distribución de los beneficios,³⁸² nacido del hecho que los conocimientos tradicionales han sido necesarios para la localización de los recursos genéticos y contribuyen a la comprensión de su función³⁸³; tal como ha declarado la Conferencia de las Partes de la Convención de diversidad Biológica “conocimientos tradicionales y recursos genéticos constituyen una única materia utilizada para el desarrollo de una invención”³⁸⁴.

Sin embargo, la última afirmación emergente de la Conferencia de las Partes también podría ser contrastada mediante algunos argumentos presentados por la doctrina, que desafían a determinar la importancia del *quantum* de recurso genético o de conocimiento tradicional constituye el producto final de la innovación³⁸⁵. Esta determinación es menester formularla toda vez que ayudaría a cuantificar el modo de distribuir los beneficios³⁸⁶, como también introducirlo como elemento a valorar en el

incluyan y cataloguen.

³⁷⁸ FABRONI, M. y LENZERINI, F., *op. cit.*, p. 351.

³⁷⁹ *Ibid*, p. 351.

³⁸⁰ *Ibid*, p. 352. En este punto el autor remite al estudio del caso de los indios Sataré-Mawé en Brasil, quienes han comercializado sus conocimientos tradicionales relativos al guaraná.

³⁸¹ El grupo de estudio *ad hoc* creado por la Conferencia de las Partes de 2002, creó las *Bonn Guidelines* en las que se estipula el consentimiento fundado previo debería ser definido por la legislación administrativa de cada una de las Partes, aunque se reconoce la dificultad real para materializarlo en caso de conocimientos tradicionales, dificultad que será menor para el caso de los recursos genéticos. *Bonn Guidelines* Nro. 26 (b).

³⁸² GOMEZ LOZANO, M., *op. cit.*, p. 130.

³⁸³ ULLRICH, H., *op. cit.*, p. 215.

³⁸⁴ Conferencia de las Partes (CDB), Decisión IV/24 .

³⁸⁵ ULLRICH, H., *op. cit.*, p. 217.

³⁸⁶ Cabe decir que el concepto de beneficios debe ser entendido en un sentido amplio, toda vez que no siempre se exterioriza en remuneraciones pecuniarias, sino que puede materializarse mediante la

momento que se solicita una patente, ya que si no se determina el origen y la manifestación del consentimiento fundado previo, se podría estar incurriendo en una causal de denegación o anulación de la patente conferida.

En ese sentido, la doctrina y la propia actividad de las organizaciones internacionales se van alineando detrás del argumento que sostiene la necesidad de dar coherencia a los tratados de protección de la propiedad intelectual e incluir en ellos la obligación de manifestar el origen de los recursos genéticos y la utilización de conocimientos tradicionales, tanto para su descubrimiento, como para la formulación de investigaciones posteriores³⁸⁷. Estas propuestas se presentan como el camino idóneo para solucionar los problemas que emergen de las inconsistencias de la fragmentación del Derecho internacional en esta materia.

Por otra parte, también podría cuestionarse la razón por la cual los conocimientos tradicionales requieren de una protección especial y superior a la del resto de los inventores. Sobre todo a partir de la consideración que la idea de patente implica otorgar al inventor los derechos exclusivos sobre su producto o proceso por un período de tiempo y pasado este, se considera que el conocimiento comienza a ser parte de una acumulación de conocimiento global de la humanidad, en consecuencia, también podríamos cuestionar un tipo de protección especial.

De esta manera el artículo 8 de la Convención de Diversidad Biológica es problemático a la hora de proteger los conocimientos indígenas (...) por un lado el nivel y la forma de protección es dejada en manos de cada Estado a la hora de implementarlo y por otro, el artículo 8 sólo atañe a la preservación, respeto y mantenimiento del conocimiento y no proporciona ninguna garantía a los indígenas (...) Sin embargo, la Convención de Diversidad Biológica no resuelve los problemas entre los conocimientos indígenas y los derechos de propiedad intelectual, ambos continúan disociados.³⁸⁸

Todos estos disparadores que hemos presentado y analizados quizás sólo sirven para repensar la estructura del Derecho internacional y el modo de limar sus inconsistencias, que en el caso vinculado a la relación de los Acuerdos de protección de la Propiedad Intelectual, en especial del TRIPs, y la Convención de Diversidad Biológica, transitaría por una transformación de los marcos regulatorios tanto del TRIPs como de la CDB con la finalidad de apoyar mutuamente la protección de la biodiversidad, promover el desarrollo y estimular las invenciones.

A.3- Consideraciones Transversales

capacitación, transferencia de tecnología y el desarrollo de investigaciones conjuntas. Ver LEWINSKY, S., *op. cit.*, pp. 184-187.

³⁸⁷ KURUK, P., *op. cit.*, p. 439; HAUGEN, H., "Traditional Knowledge and Human Rights..." *op. cit.*, p. 667; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Nota de la Secretaría, IP/C/W/368/Rev.1, 8 de febrero de 2006, pp. 10 y ss - 32 y ss.; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, Protección de los Conocimientos Tradicionales y el Folclore – Resumen de las Cuestiones Planteadas y de las Observaciones Formuladas, Nota de la Secretaría, IP/C/W/370/Rev.1, 9 de marzo de 2006, p. 15; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, La Protección de los Conocimientos Tradicionales: Revisión de Objetivos y Principios, Documento preparado por la Secretaría, 3 a 7 de mayo de 2010, pp. 8 y ss.

³⁸⁸ LATORRE QUINN, M., *op. cit.*, p. 304; OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 196.

Tal como hemos expresado en líneas anteriores, la mayor parte de la doctrina ha coincidido en calificar a los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio y en particular al Acuerdo TRIPs, como instrumentos insuficientes para la protección de los recursos genéticos y/o biológicos y a los conocimientos tradicionales, lo que ha dado lugar, por el contexto económico que caracteriza a la actualidad, a un crecimiento de la bio-prospección y la bio-piratería. La existencia de un vacío legal que proteja internacionalmente los derechos de propiedad intelectual de los conocimientos y recursos de los países en vías de desarrollo, pone a estos últimos frente a la necesidad de buscar y encontrar algún modo de reconocimiento,³⁸⁹ toda vez que el sistema actual, estableció y fomentó las condiciones para ampliar el acceso de las grandes compañías a los recursos de los países del tercer mundo³⁹⁰

La búsqueda de una solución debe abordar la cuestión con un enfoque holístico, ya que la riqueza de un país no sólo se limitan a sus recursos naturales, sino que también incluye los conocimientos de las comunidades indígenas relativos a los recursos naturales mencionados primeramente. No debemos olvidar que esta relación y el valor de esta información es reconocida en el artículo 8 apartado J del Convenio de Diversidad Biológica³⁹¹, aunque como predica parte de la doctrina la actual redacción de la Convención de Diversidad Biológica es “diplomáticamente vaga” e “imprevisiblemente opaca” conteniendo en su seno previsiones problemáticas en torno de los temas de biotecnología y propiedad intelectual (...) además de ser una Convención no auto-ejecutable en sentido judicial³⁹² por lo que presenta una serie de problemas en el manejo de estas cuestiones.³⁹³

Por lo tanto, la comunidad internacional tiene al menos dos posibles opciones con respecto a las previsiones del TRIPs y la necesidad de proteger los recursos naturales y los conocimientos tradicionales.

La primera es introducir enmiendas en el TRIPs que contemplen las necesidades de los países menos desarrollados y en vías de desarrollo, para que estos puedan tomar sus propias medidas de conservación.

La Segunda, es la modificación del TRIPs de acuerdo a las previsiones del CBD y la necesidad de protección de las comunidades indígenas, sus conocimientos y sus recursos naturales. La segunda opción es la mejor forma de integrar las políticas de la ronda Uruguay con el Convenio de Diversidad Biológica³⁹⁴ De este modo se reconocerán los derechos soberanos de las Partes Contratantes sobre sus recursos naturales, se incluirán parámetros de los que se considera bio-piratería y extenderán los derechos de propiedad intelectual a comunidades enteras³⁹⁵.

En este sentido se muestran conforme algunos autores como COTTIER y MCMANIS cuando expresan que el cambio mediante la protección de los conocimientos tradicionales podría constituir un paso hacia una Organización Mundial del Comercio

³⁸⁹ TEJERA, V., *op. cit.*, p. 972.

³⁹⁰ *Ibid*, p. 974; SYVERSON, M., "Afterword, GATT, the Environment and the Third World" en *Environmental Law*, Vol. 23, Año 1993, p. 715.

³⁹¹ TEJERA, V., *op. cit.*, p. 973.

³⁹² MOSSINGHOFF, G., *op. cit.*, p. 2.

³⁹³ SHIM, Y., *op. cit.*, p. 237.

³⁹⁴ TEJERA, V., *op. cit.*, p. 984; OSAVA, M., *Brazil-Biodiversity: Crackdown on Eco-Pirates*, International Press Service, 1997; SOMPORN, T., "Intellectual Property: Changes Sought in WTO Agreement on Living Material: Concerns over Issue becoming Trade-Related" en *Bangkok Post*, 1999.

³⁹⁵ TEJERA, V., *op. cit.*, p. 987.

más equilibrada³⁹⁶ en la medida que se mostraría como una ventana al desarrollo para las comunidades originarias, siempre que el nuevo sistema sea sólido, capaz de ser implementado y administrativamente viable³⁹⁷

De igual modo, aun en el seno de la Organización Mundial del Comercio se han presentado propuestas para analizar la vía de creación de un régimen *sui generis* que recoja y proteja tanto los recursos genéticos como los conocimientos tradicionales³⁹⁸

Otros autores propician la creación de un nuevo régimen, a razón que el tema de la protección de propiedad intelectual de la biotecnología moderna, en el contexto de desarrollo sostenible, es tan amplio que se extiende a áreas de comercio, medio ambiente, equidad y ética, así como también a sistemas de patentes.

Para concluir, los derechos de propiedad intelectual en materia de biotecnología no deberían ser perjudiciales, sino más bien beneficiosos para todas estas áreas, por consiguiente, desde la perspectiva de los enfoques legales multilaterales, la protección de la propiedad intelectual de la biotecnología, debiera ser el instrumento más apropiado para promover la protección del medio ambiente, la biodiversidad, y por último, el desarrollo sostenible.³⁹⁹

Esta es la razón fundamental para animarse a pensar un nuevo régimen, el cual no necesariamente tiene que fundarse en los modelos generales con marco en la propiedad intelectual⁴⁰⁰, sino en un esquema integral que sustituya la red fragmentada de acuerdos que se aproximan a una parte del fenómeno con la pretensión o creencia de estar regulando el todo. Esta es la razón que enuncia SHIM para predicar que los temas de biotecnología en la sociedad actual deberían ser analizados basándose tanto en los aspectos de “diversidad” como de “igualdad”⁴⁰¹ como modo de no sólo asegurar la “equidad inter-generacional”, sino también la “equidad intra-generacional” por medio de una distribución de los beneficios emergentes de la tecnología. Sólo una actuación a nivel internacional puede salvaguardar a los pueblos originarios contra las violaciones a las que puedan verse sometidos, ya sea por parte de sus propios Estados o de terceros⁴⁰²

B- Segunda fase: la lucha por la atribución de poderes de decisión

B.1- Introducción

Definimos como segunda fase a la instancia en la cual las autoridades competentes determinan los niveles de aceptación del riesgo, formulan la evaluación del riesgo y determinan las políticas públicas que consideran necesarias para la gestión del riesgo previamente registrado y periódicamente revisan las medidas adoptadas a fin de considerar su continuidad o remoción. Generalmente es posible distinguir claramente

³⁹⁶ COTTIER, T. y PANIZZON, M., *op. cit.*, p. 381.

³⁹⁷ MCMANIS, C., *Biodiversity, Biotechnology... op. cit.*, p. 27.

³⁹⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Exámen de las Disposiciones del Párrafo 3 b) del Artículo 27... *op. cit.*, p. 21; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, Protección de los Conocimientos Tradicionales y el Folclore... *op. cit.*, p. 21.

³⁹⁹ SHIM, Y., *op. cit.*, pp. 165-166.

⁴⁰⁰ OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 29.

⁴⁰¹ SHIM, Y., *op. cit.*, p. 174

⁴⁰² COTTIER, T. y HERTING, M., *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, WTI working paper, 2003, pp. 40-43.

estas etapas: a) “la elección del nivel de riesgo aceptable” como la elección soberana del nivel de protección que un sujeto de Derecho internacional pretende dar a las personas, animales, y vegetales en su territorio⁴⁰³; b) “evaluación del riesgo” el procedimiento por el cual se calculan, cuantitativa y cualitativamente, los riesgos⁴⁰⁴ que presentan los peligros⁴⁰⁵ inherentes a determinados procesos, sustancias y situaciones” siendo su objetivo último “fijar la probabilidad de que el peligro se convierta en daño para los seres humanos y el medio ambiente dadas ciertas circunstancias”⁴⁰⁶ c) “gestión del riesgo” consistente en la elección de la medida con la cual se hará frente a los riesgos identificados y valorados en la evaluación, todo ello para alcanzar el nivel de protección elegido⁴⁰⁷; d) “revisión de las medidas” identificable con el proceso periódico de control de las medidas aplicadas en comparación a las nuevas evaluaciones de riesgo que puedan existir o a la reformulación de los niveles de protección.

La regulación del “proceso de toma de decisiones” relativa a la inocuidad de los alimentos y/o productos biotecnológicos es una actividad contemplada por múltiples tratados internacionales y directivas o guías de conductas de diferentes organizaciones internacionales. En general, aunque no en todos los casos, respetan el esquema secuencial descrito anteriormente: a) determinación de los niveles de tolerancia del riesgo, b) evaluación del riesgo, c) gestión del riesgo, d) revisión de las medidas adoptadas, pero encontraremos que la discordancia en torno a la naturaleza y contenido de la precaución o cautela genera divergencias sustanciales en la conformación y perfil de cada régimen.

B.2 Los procesos de toma de decisión en materia de Biotecnología en el Derecho internacional

B.2.1- El proceso de toma de decisión en el Derecho internacional del Medio Ambiente

Cabe señalar que sólo el Convenio de Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena cuentan con normas sobre la “evaluación del riesgo”, no así el Tratado de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, el cual no menciona en ningún momento este tipo de operación como necesaria para la gestión de alguno de los objetivos del tratado.

El Convenio de Diversidad Biológica estipula que “cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda (...) establecerá procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos”⁴⁰⁸

⁴⁰³ CORTI VARELA, J., *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales – Derecho de la Unión Europea y de la Organización Mundial del Comercio*, Reus, Madrid, 2010, p. 240.

⁴⁰⁴ BETANCOR RODRIGUEZ define riesgo como es la probabilidad de que un peligro se actualice en un concreto daño. Ver BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Instituciones del Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001, p. 151 y ss.

⁴⁰⁵ BETANCOR RODRIGUEZ define peligro como “la capacidad que tiene una actividad de provocar un daño” Ver, BETANCOR RODRIGUEZ, A., *op. cit.*, pp. 151 y ss.

⁴⁰⁶ AGUILAR, S. y JORDAN, A., ., “Principio de precaución, políticas públicas y riesgo” en *Política y Sociedad*, Vol. 40, Nro. 3, Año 2003, p. 68.

⁴⁰⁷ CORTI VARELA, J., *op. cit.*, p. 246.

⁴⁰⁸ Cfme. artículo 14 a) del CDB.

El Convenio deja en manos de cada una de las Partes Contratantes la definición de las técnicas utilizadas en esta evaluación de riesgos, no indicando mayores precisiones sobre los elementos que debe señalar, los instrumentos de los cuales se puede valer, y el tenor de las conclusiones que deben indicarse. Algunos autores señalan esto como una falencia del Protocolo.⁴⁰⁹

Es probable que estas limitaciones hayan sido advertidas y al momento de negociar el Protocolo adicional se haya pretendido subsanar la deficiencia. Así las cosas, en el Protocolo de Cartagena la determinación de los límites de la evaluación del riesgo es mayor, no solamente se lo define en la parte dispositiva del instrumento legal⁴¹⁰, sino que se destina un anexo⁴¹¹ para clarificar que se pretende de esta operación.

Según la parte dispositiva del Protocolo 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. Esas evaluaciones del riesgo se basarán como mínimo en la información facilitada de conformidad con el artículo 8⁴¹² y otras pruebas científicas disponibles para determinar y evaluarán los posibles efectos adversos de los organismos vivos modificados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana. La importancia de esta evaluación del riesgo es que será utilizada para adoptar decisiones fundamentadas en relación con los organismos vivos modificados.

Tal como dijimos anteriormente, los rasgos distintivos de la evaluación del riesgo ya han sido enunciados en el artículo 15 y son: su carácter científico, la prueba sólida sobre la cual se formula y el riesgo que pretende identificar en caso de existir. El anexo III viene a sistematizar el proceso señalando que la evaluación del riesgo entraña las siguientes etapas:

a) La identificación de cualquier característica genotípica y fenotípica nueva relacionada con el organismo vivo modificado que pueda tener efectos adversos. b) La evaluación de la probabilidad de que esos efectos adversos ocurran realmente. c) La evaluación de las consecuencias si esos efectos adversos ocurriesen realmente d) La estimación del riesgo general basada en la evaluación de la probabilidad y las consecuencias en caso de ocurrir; e) La recomendación sobre si los riesgos son aceptables o gestionables o no, incluida, cuando sea necesaria, la determinación de estrategias para gestionar esos riesgos; y f) Cuando haya incertidumbre acerca del nivel de riesgo, se podrá tratar de subsanar esa incertidumbre solicitando información adicional sobre las cuestiones concretas motivo de preocupación, o poniendo en práctica estrategias de gestión del riesgo apropiadas y/o vigilando al organismo vivo modificado en el medio receptor

No obstante, esta prueba de evaluación del riesgo puede llevarnos a callejones sin

⁴⁰⁹ STANTON, J., *op. cit.*, p. 22.

⁴¹⁰ Cfme. artículo 15 del Protocolo de Cartagena.

⁴¹¹ Cfme. Anexo III del Protocolo de Cartagena.

⁴¹² El artículo 8 del Protocolo indica que previo a cada movimiento transfronterizo de un organismo vivo modificado, se debe notificar de ellos solicitando autorización e informando datos generales del exportador, del importador, fecha tentativa del movimiento y aquellos datos que serán necesarios para la realización de la evaluación del riesgo como son: nombre e identidad del organismo vivo modificado, así como la clasificación nacional, si la hubiera, del nivel de seguridad de la biotecnología, del organismo vivo modificado en el Estado de exportación y situación taxonómica, nombre común, lugar de recolección o adquisición y características del organismo receptor o los organismos parentales que guarden relación con la seguridad de la biotecnología.

salida, en los cuales descubramos que los elementos con los cuales disponemos para su operacionalización no son suficientes, en tal caso, el Protocolo estipula que la falta de conocimientos científicos o de consenso científico no se interpretarán necesariamente como indicadores de un determinado nivel de riesgo, de la ausencia de riesgo, o de la existencia de un riesgo aceptable. En ese caso, se intentará suplir el déficit de información por medio de los recursos ofrecido por el apartado f indicado en el párrafo anterior.

La práctica de este método tal como hemos analizado puede llegar a ser una complicación para aquellas Partes que no dispongan de los medios financieros y/o técnicos necesarios o suficientes para desarrollarlo, en este sentido ha trabajado la Reunión de las Partes del Protocolo de Cartagena resolviendo que para facilitar los mecanismos de toma de decisiones, los países en vías de desarrollo, y en particular, los menos desarrollados, las pequeñas islas en desarrollo y aquellos Estados con economías en transición, podrán solicitar ayuda a la Secretaría y a los exportadores, quienes pueden facilitar expertos que colaborarán en el proceso de toma de decisión relativo a la autorización de importaciones⁴¹³.

La evaluación y la gestión del riesgo en la práctica no resulta un tema de menor importancia, toda vez que la primera se constituye en el tamiz sobre el cual se determinará que productos son aptos para los movimientos transfronterizos y cuales no, y en el caso de la gestión, incluyen las medidas para el control de cualquier peligro ante la posibilidad que pueda materializarse. Al cabo de casi una década desde la firma del Protocolo de Cartagena, las partes aun no han armonizado sus sistemas de evaluación del riesgo. No obstante, el trabajo más importante nacido de las Reuniones de Partes⁴¹⁴ lo podemos resumir de la siguiente forma:

Antes de la entrada en vigor del Protocolo de Cartagena, las Partes en una reunión preparatoria solicitan a todas las Partes Contratantes del Protocolo de Cartagena que remitan la Secretaría Ejecutiva una síntesis de sus prácticas aplicadas relativas a la categorización de organismos vivos modificados, métodos de evaluación y gestión del riesgo, reglas de sistema de identificación y movimientos transfronterizos con no-miembros del Protocolo, pues desde el inicio se reconoce la necesidad de trabajar en la armonización de los métodos de evaluación.

La III Reunión de Partes reconoce que a partir de la información suministrada por todos los miembros se pueden identificar enfoques diversos sobre lo que cada uno considera evaluación y gestión del riesgo; asimismo existen guías elaboradas por otras organizaciones internacionales, pero coinciden en la necesidad de contar con un enfoque común que incluya la evaluación de los diferentes tipos de organismos vivos modificados, los usos particulares que se les dan a cada uno de ellos, los diversos riesgos que pueden materializarse en el ambiente y el modo de monitorear a largo plazo sus reacciones.

⁴¹³ ICCP 1, Montpellier, 11 - 15 Diciembre de 2000 - I/4 Decision-making procedures, ICCP 2, Nairobi, 1 - 5 Octubre de 2001 - II/7 Decision-making, COP-MOP 1, Kuala Lumpur, 23 - 27 Febrero de 2004, BS-I/2 Procedures and mechanisms for facilitating decision-making by Parties of import.

⁴¹⁴ ICCP 2, Nairobi, 1 - 5 Octubre de 2001, II/6 Consideration of other issues necessary for the effective implementation of the Protocol; COP-MOP 2, Montreal, 30 Mayo - 3 Junio de 2005, BS-II/9 Risk assessment and risk management; COP-MOP 3, Curitiba, 13 - 17 Marzo de 2006, BS-III/11 Risk assessment and risk management; COP-MOP 4, Bonn, 12 - 16 Mayo de 2008, BS-IV/11 Risk assessment and risk management, BS-IV/15 Assessment and review; COP-MOP 5, Nagoya, Japan, 11-15 de Octubre de 2010, BS-V/12. Risk assessment and risk management.

La IV Conferencia de Partes crea el “Ad Hoc Technical Expert Group on Risk Assessment and Risk Management”, con el objetivo de redactar términos de referencia relativos a la evaluación del riesgo específica para cada tipo de organismo vivo modificado (ejemplo: vertebrados, invertebrados, algas, etc), de rasgo genético introducido, de efecto ambiental y establecer sistemas de monitoreo y controles a largo plazo, y crear una categorización de los riesgos ambientales.

En 2010 durante la V Conferencia de las Partes señaló que la guía que elabora el foro on line y el “Ad Hoc Technical Expert Group on Risk Assessment and Risk Management” es un documento en evolución y que su objetivo es proporcionar una referencia que puede ayudar a las Partes y otros gobiernos en la aplicación de las disposiciones del Protocolo en lo que se refiere a la evaluación de riesgos, y en particular, su anexo III y, como tal, esta guía no es prescriptiva y no impone ninguna obligación para las Partes. Finalmente, establece que se deberán presentar los informes finales detallando sus actividades, resultados y recomendaciones para la consideración de la VI reunión de la Conferencia de las Partes.

Una vez que pasamos a la tercera etapa del proceso de toma de decisión, encontramos que de los tres instrumentos que analizamos en materia de derecho ambiental, sólo dos hacen mención de la “gestión del riesgo” incluyendo dentro del mismo una fuerte alusión a la precaución o cautela -CDB y Protocolo de Cartagena-, en cambio el Tratado de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura no tiene previsiones del estilo que analizamos. El Convenio de Diversidad Biológica en uno de sus considerandos iniciales declara que las Partes Contratantes “observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”⁴¹⁵

El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, en dos oportunidades⁴¹⁶ lo menciona, como principio presente en el proceso de toma de decisiones, en el marco de los procedimientos de autorización de un movimiento transfronterizo de un organismo vivo modificado.

Su redacción es similar y expresa: “El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la Parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate (...)” El artículo 11.8, como dijimos, mantiene similar redacción sólo que omite la referencia “científica” indicando sólo la falta de conocimientos pertinentes suficientes. Estimamos que esta omisión es accidental y no amplía el margen de discrecionalidad, toda vez que el encabezado remite a “que no se tenga certeza científica por falta de (...)” y a la certeza científica se arriba por datos científico, por lo tanto la omisión a la que hacemos referencia a nuestro entender no amplía los márgenes de valoración.

Donde si podemos apreciar una diferencia en la valoración del principio de precaución es en las causas que lo justifican. La CDB hace mención a la “falta de pruebas

⁴¹⁵ Cfme. Considerando 9 de la Convención de Diversidad Biológica.

⁴¹⁶ Cfme. Artículos 10.6 y 11.8 del Protocolo de Cartagena.

inequívocas” situándonos en un contexto en el que pueden existir dudas o posiciones no unánimes en cuanto a los efectos adversos, pero siempre el principio de precaución implica, a nuestro entender, el conocimiento de todo el estado del arte al momento de la toma de decisión. En cambio, el Protocolo de Cartagena, permite la asistencia del principio de precaución no sólo en un contexto más amplio justificado por “falta de información” o “conocimientos científicos pertinentes” creando dos situaciones bien diferentes: 1) que la información científica exista y quien toma la decisión la desconoce y 2) que la información científica no exista.

Otra de las innovaciones observables en el Protocolo de Cartagena radica en la posibilidad que tienen las Partes de tener en cuenta “consideraciones socio-económicas” al momento de definir las medidas de gestión. Una referencia ineludible la marca el artículo 26 del Protocolo cuando señala que las Partes, al adoptar una decisión sobre la importación con arreglo a las medidas nacionales que rigen la aplicación del presente Protocolo, podrán tener en cuenta, de forma compatible con sus obligaciones internacionales, las consideraciones socioeconómicas resultantes de los efectos de los organismos vivos modificados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, especialmente en relación con el valor que la diversidad biológica tiene para las comunidades indígenas y locales.

Tal como narramos en el capítulo 1 de esta primera parte, el artículo introduce un elemento ajeno al contexto científico. La incorporación referida a los elementos socio-económicos ha sido fruto de la presión de los países en vías de desarrollo y de las organizaciones no gubernamentales en particular, que han estado insistiendo en el sentido referido.

Aún cuando es un hecho que el Protocolo ha considerado estos factores, la doctrina no coincidente en torno a sus márgenes de aplicación, algunos consideran que la incorporación de las cuestiones socio-económicas han sido incorporadas sólo en la medida en que estas “estén unidos a impactos sobre la diversidad biológica de un país y sean compatibles con otras obligaciones internacionales”⁴¹⁷ sin embargo otros consideran que la incorporación de las cuestiones socio-económicas significan “el reconocimiento de la legitimidad de los miembros a motivar su gestión del riesgo en consideraciones sociales más allá de la aparente neutralidad y universalidad de la ciencia”⁴¹⁸

Algunos autores estiman que aun cuando es novedosa la introducción de estas cuestiones, el Protocolo presenta ambigüedades en cuanto a las consideraciones socio-económicas, toda vez que éste falla en explicar la manera en la cual las partes deberían tener en cuenta esas consideraciones, lo que dificulta la implementación de los objetivos.⁴¹⁹ Otros son más duros y estiman que el Protocolo permite a los importadores tomar en cuenta consideraciones socio – económicas, pero que no es muy clara la relación de las consideraciones socio-económicas con la protección de la biodiversidad, por lo tanto, a la hora de permitir o no las importaciones de organismos vivos modificados se permitiría aumentar el proteccionismo pero no solo para evitar el ingreso de organismos vivos modificados, sino para beneficiar a los sectores que podrían ser golpeados por las importaciones de cualquier productos, tengan o no que ver

⁴¹⁷ FALKNER, R., *op. cit.*, pp. 3-22. en SEIFERT, F., “Divided We Stand...” *op. cit.*, p. 13

⁴¹⁸ PEEL, J., *Risk Regulation Under the WTO... op. cit.*, en SEIFERT, F., “Divided We Stand...” *op. cit.*, p. 13.

⁴¹⁹ STANTON, J., *op. cit.*, p. 26.

con los organismos modificados⁴²⁰

Estas ambigüedades tampoco han sido contestadas por la Reunión de Partes del Protocolo, toda vez que el avance sobre la determinación del contenido conceptual de las denominadas “consideraciones socio-económicas” ha sido casi nulo, llegándose en dos oportunidades⁴²¹ a decisiones interrelativas que incentivan a formular estudios de impacto socio-económico, especialmente en el ámbito de las comunidades indígenas y a compartir estos resultados por medio del Centro de Información, no obstante, es importante destacar que el Protocolo ha incluido estos factores socio-económicos, dentro de los elementos a tener en cuenta como justificantes de las medidas de gestión, alejándose de los criterios estrictamente científicos que caracterizan otros instrumentos internacionales.

La última escala de la secuencia consiste en la revisión de las medidas impuestas. El Convenio de Diversidad Biológica no establece pautas para la revisión de las medidas, sólo menciona que las Partes Contratantes deberán determinar sus estrategias y políticas orientadas a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica⁴²², asimismo, estarán dispuestas a la cooperación internacional con otras Partes Contratantes⁴²³ y será obligatoria la notificación de una parte a otra cuando se originen bajo su jurisdicción o control peligros inminentes o graves para la diversidad biológica o daños a esa diversidad en la zona bajo la jurisdicción de otros Estados, además de iniciar medidas para prevenir o reducir al mínimo esos peligros o esos daños⁴²⁴

Por lo tanto, la revisión de las medidas se corresponde solamente a una evaluación discrecional que hace cada una de las partes en el marco de sus obligaciones internacionales asumidas en el Convenio de Diversidad Biológica, no está regulado que otras partes puedan tener algún tipo de participación, ni que los particulares puedan hacerlo, pero tampoco está prohibido expresamente, en consecuencia, nada obsta que en el marco del derecho interno de las Partes Contratantes, se estipulen procedimientos de participación ciudadana o cooperación internacional.

En el caso del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, la revisión y modificación de las medidas impuestas ha sido objeto de regulación específica⁴²⁵, disponiendo que la misma puede provenir de la parte de importación o a solicitud de la parte de exportación o de un notificador (exportador). La clave de esta revisión y la modificación de las medidas es la disponibilidad de nueva información científica o técnica acerca de los posibles efectos adversos o la producción de un cambio en las circunstancias que puede influir en el resultado de la evaluación del riesgo en que se basó la decisión, por lo tanto, el elemento temporal para la materialización de una revisión es totalmente amplio, puede dar en cualquier momento.

Según lo narrado no existen mayores dudas alrededor de este procedimiento de revisión de las medidas, pero es llamativo el verbo que utiliza el artículo 12 del Protocolo de

⁴²⁰ HOBBS, A.L.; HOBBS, J.E.; KERR, W.A., *op. cit.*, p. 294; REDGWELL, C., *Biotechnology, Biodiversity and Sustainable Development: conflict or Congruence?* en FRANCONI, F y SCOVAZZI, T. *op. cit.*, p. 71.

⁴²¹ COP-MOP 2, Montreal, 30 Mayo - 3 Junio de 2005 - BS-II/12 Socio-economic considerations, COP-MOP 4, Bonn, 12 - 16 Mayo de 2008, BS-IV/16 Socio-economic considerations.

⁴²² Cfme. artículo 6 del CDB.

⁴²³ Cfme. artículo 5 del CDB.

⁴²⁴ Cfme. artículo 14 d) del CDB.

⁴²⁵ Cfme. artículo 12 del Protocolo de Cartagena.

Cartagena, hace referencia a que la parte de importación “podrá revisar la medida...” lo cual implica una facultad, no una obligación de revisar y eventualmente, modificar la medida cuando exista nueva información o hayan cambiado las circunstancias de valoración. La única obligación que tiene la parte de importación es responder a una solicitud de la parte de exportación que solicita la revisión y/o modificación de la medida, debiendo dar sus argumentos para el mantenimiento o la modificación, pero la parte de importación no tiene la obligación de revisar periódicamente sus medidas restrictivas a los movimientos transfronterizos, aun cuando tenga conocimiento de la existencia de nueva información; el Protocolo en ese caso, le crea una facultad, pero no una obligación de revisión y eventual adecuación de las medidas en base a la información disponible.

El tratado de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, no cuenta entre sus normas, disposiciones relativas a la revisión de las medidas que puedan ser adoptadas por las Partes Contratantes en la gestión del acuerdo. Pueden formularse similares apreciaciones a las hechas en el caso del Convenio de Diversidad Biológica, toda vez que pesa sobre las Partes Contratantes la responsabilidad de velar por la conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.

B.2.2) El proceso de toma de decisión en el Codex Alimentarius

La Organización del Codex Alimentarius creó el llamado “Manual de procedimiento de la Comisión del Codex Alimentarius” el cual contiene normas relativas al análisis de riesgos en general; dadas las particularidades que presentan los alimentos genéticamente modificados, se han consensuado normas especiales que vienen a complementar las normas tradicionales del Codex Alimentarius. En el año 2008 se modificaron estas normas especiales, dando por resultado las hoy vigentes que constituyen un marco para la realización de análisis de riesgos en relación con aspectos nutricionales y de inocuidad de los alimentos obtenidos por medios biotecnológicos modernos⁴²⁶. El análisis de riesgos para el Codex Alimentarius comprende tres actividades, a saber, la evaluación de riesgos, la gestión de riesgos y la comunicación de riesgos. Es importante destacar que la norma general establece que “entre la evaluación de los riesgos y su gestión debe existir una separación funcional a fin de garantizar la integridad científica de la evaluación de riesgos, evitar la confusión entre las funciones que deben desempeñar los evaluadores de riesgos y los encargados de la gestión de los mismos, y atenuar cualquier conflicto de intereses”⁴²⁷.

Las normas generales del Codex Alimentarius predicen que antes del inicio del proceso de análisis de riesgos, es el momento de fijar los estándares políticos de cada una de las Partes Contratantes, es lo que se denomina “política de evaluación de riesgos”⁴²⁸ la cual está a cargo de los gestores de riesgo y es anterior al inicio de la evaluación de riesgos. Este procedimiento tiene por objetivo garantizar un proceso de evaluación de riesgos sistemático, completo, imparcial y transparente, toda vez que cada uno de los miembros fija sus estándares políticos de protección de la salud sin conocer los resultados de la evaluación de riesgos que se formulara con posterioridad.

⁴²⁶ El Codex Alimentarius toma la definición de “biotecnología moderna” del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología.

⁴²⁷ CODEX ALIMENTARIUS, Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias, Manual de Procedimientos Edición 18, Año 2008, p. 69 párrafo 9.

⁴²⁸ CODEX ALIMENTARIUS, Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias... *op. cit.*, p. 69 párrafo 13.

La evaluación de riesgos de los alimentos obtenidos por medios biotecnológicos modernos es un procedimiento enteramente científico, exento tanto de valoraciones socio-económicas, éticas o políticas, como de análisis de las implicancias medioambientales que deben ser objeto de otro tipo de evaluación. El proceso reglado por el Codex Alimentarius incluye una evaluación general que debe comprender cuatro fases, es decir, “identificación de los peligros, caracterización de los peligros, evaluación de la exposición y caracterización de los riesgos”⁴²⁹ y una evaluación especial relativa a la inocuidad, que tiene por objeto “determinar si existe algún peligro o preocupación nutricional o de otra índole relacionada a la inocuidad (...) la evaluación de la inocuidad debe incluir una comparación entre el alimento obtenido por medios biotecnológicos modernos y su homólogo convencional (...) cuando la evaluación de inocuidad identifique un peligro nuevo o alterado, nutricional o de otra índole, relacionado con la inocuidad, el riesgo asociado al mismo debe caracterizarse a fin de determinar su relevancia para la salud humana”⁴³⁰. De esta manera encontramos dos elementos diferenciados, el primero es el peligro como objeto de búsqueda en abstracto, indeterminado en sus características y efectos. El segundo elemento es el “riesgo” el cual se constituye como la materialización del peligro, el cual además, ha sido categorizado por sus características y efectos concretos expresados en una función de probabilidad.

Tal como manifestamos anteriormente, la evaluación al ser íntegramente científica⁴³¹ debe seguir un método estructurado e integrado que se aplica caso por caso basados en sólidos principios científicos, usando métodos y técnicas, apropiados, de calidad y, cuando proceda, cantidad suficientes para poder sostener un examen científico. Asimismo, la evaluación de riesgos debe tomar en cuenta todos los datos científicos disponibles e informaciones derivadas de diferentes procedimientos de ensayo, siempre y cuando dichos procedimientos sean científicamente fundados y los parámetros que se miden sean comparables.

En el caso que existan “limitaciones o incertidumbres”⁴³² en la evaluación de riesgos, estas deberán considerarse explícitamente y determinar cuantitativamente, en la medida en que esto sea científicamente factible, el grado de importancia de la incertidumbre en relación a la evaluación del riesgo. Asimismo, deben hacerse constar las “opiniones minoritarias”⁴³³ que surjan en el marco de la evaluación de riesgos. De este modo se asegura o al menos se aproxima a la afirmación que la evaluación de riesgos no es meramente un procedimiento formal, sino que persigue el descubrimiento de la verdad real sobre las características del alimento y sus potenciales efectos sobre su salud.

En el seno de la Comisión del Codex Alimentarius se ha dictado las Directrices para la Realización de la Evaluación de Inocuidad de los Alimentos Derivados de Plantas de

⁴²⁹ CODEX ALIMENTARIUS, Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias... *op. cit.*, p. 70 párrafo 19.

⁴³⁰ CODEX ALIMENTARIUS, Principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medio biotecnológicos modernos, CAC/GL 44-2003, párrafo 10.

⁴³¹ CODEX ALIMENTARIUS, Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias, *op. cit.*, p. 70 párrafo 20 y Principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medio biotecnológicos... *op. cit.*, párrafo 12 y ss.

⁴³² CODEX ALIMENTARIUS, Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias, *op. cit.*, p. 70 párrafo 23.

⁴³³ CODEX ALIMENTARIUS, Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias, *op. cit.*, p. 70 párrafo 25.

AND Recombinante⁴³⁴, Directrices para la Realización de la Evaluación de Inocuidad de Alimentos Obtenidos de Microorganismos de ADN Recombinante⁴³⁵ y Directrices para la Realización de la Evaluación de la Inocuidad de los Alimentos Obtenidos de Animales de ADN Recombinante⁴³⁶, las cuales contienen normas específicas de evaluación de riesgos -detalles técnicos- teniendo en cuenta las particularidades de los objetos analizados, pero que remiten en cuestión de gestión del riesgo y comunicación de riesgos a los Principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medio biotecnológicos modernos, que estamos analizando.

El paso que sigue lo constituye la “Gestión de Riesgos” la cual se constituye como la respuesta “proporcional”⁴³⁷ a los riesgos identificados en la evaluación de riesgos formulada⁴³⁸. En el caso que la evaluación de riesgos se caracterice por sus limitaciones fruto de la “incertidumbre”⁴³⁹, de igual modo se habilita al gestor de los riesgos a tenerla en cuenta y tomar las medidas apropiadas para controlar la situación. En este caso el Codex Alimentarius enuncia algunas medidas que se pueden incluir, tales como “el etiquetado de alimentos, las condiciones para aprobar su comercialización y la vigilancia tras la puesta en el mercado (...) para lo cual pueden crearse métodos de rastreo”⁴⁴⁰. Al momento de elegir la medida de gestión del riesgo se pueden tener en cuenta otros factores legítimos pertinentes en materia de salud y de prácticas comerciales leales, pero el examen de otros factores no debe afectar al fundamento científico del análisis de riesgos, ni tampoco crear trabas injustificadas al comercio⁴⁴¹.

Tanto las normas generales como las especiales para alimentos obtenidos por medio de la biotecnología, expresan que pueden existir diferentes medidas de gestión del riesgo que obtienen el mismo resultado, en tal caso, las normas generales establecen que “a la hora de elegir entre varias opciones de gestión de riesgos que sean igualmente eficaces para proteger la salud del consumidor (..) se deben tratar de tener en cuenta las repercusiones que podrían tener esas medidas en el comercio entre sus Estados Miembros y optar por medidas que no limiten el comercio más de lo necesario”⁴⁴².

La tercera actividad del proceso, no puede ser considerado una etapa, pues no respeta un orden de sucesión, sino que es transversal a toda la dinámica; esta es la “comunicación del riesgo” caracterizada como la difusión entre las partes interesadas, a saber, el gobierno, la industria, las instituciones académicas, los medios de información y los consumidores, de todos los estudios y resultados vinculados a la evaluación y gestión

⁴³⁴ Ver documento CAC/GL 45-2003.

⁴³⁵ Ver documento CAC/GL 46-2003.

⁴³⁶ Ver documento CAC/GL 68-2008.

⁴³⁷ CODEX ALIMENTARIUS, Principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medio biotecnológicos modernos... *op. cit.*, párrafo 16.

⁴³⁸ Las decisiones de gestión de riesgos siempre se deben basar en una evaluación de riesgos que tenga en cuenta, existe entre ellas una relación de causa-efecto. No pueden existir medidas de gestión para riesgos inexistentes..

⁴³⁹ CODEX ALIMENTARIUS, Principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medio biotecnológicos modernos... *op. cit.*, párrafo 18.

⁴⁴⁰ CODEX ALIMENTARIUS, Principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medio biotecnológicos modernos... *op. cit.*, párrafos 19 y 21.

⁴⁴¹ Es interesante destacar que la tanto Las Declaraciones de principios referentes a la función que desempeña la ciencia y la medida en que se tienen en cuenta otros factores y Las Declaraciones de principios relativos a la función de la evaluación de riesgos respecto de la inocuidad de los alimentos, resaltan la necesidad que las medidas de gestión de riesgos sean compatibles con las obligaciones nacidas en el seno de la Organización Mundial del Comercio, en especial, en los acuerdos TBT y SPS.

⁴⁴² CODEX ALIMENTARIUS, Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias... *op. cit.*, p. 71 párrafo 34.

del riesgo⁴⁴³.

Las normas del Codex Alimentarius incluyen un elemento importantísimo que se sustenta en la propia dinámica de la biotecnología en particular y de la ciencia en general, al considerar que tanto la evaluación como la gestión de los riesgos deben ser reconsideradas y revisadas cada vez que se vayan añadiendo nuevos instrumentos, técnicas, investigaciones que puedan resultar en un cambio de las consideraciones formuladas en base a instrumentos, técnicas, investigaciones desactualizados⁴⁴⁴. La revisión de las medidas con base a nuevos estudios es el límite objetivo a la discrecionalidad de las autoridades públicas que se materializa en contextos de incertidumbre científica.

Un elemento que las normas del Codex Alimentarius resaltan constantemente es la necesidad de *coherencia* entre las normas nacionales, es decir, los niveles de control o estándares de protección de la salud, no pueden variar dependiendo si se tratan de alimentos convencionales y alimentos obtenidos por la biotecnología, en la medida que sean análogos, también se deberán evitar diferencias injustificadas en el grado de protección de la salud de los consumidores al tratar riesgos similares en situaciones diferentes⁴⁴⁵. Este elemento de coherencia exigido por el Codex Alimentarius debe ser tenido en cuenta, pues es por la única organización que es recogido.

B.2.3) El proceso de toma de decisión en la Organización Mundial del Comercio

El análisis del proceso de toma de decisiones en el seno de la Organización Mundial de Comercio ha sido analizado detalladamente en el capítulo primero de esta primera parte del trabajo, al cual remitimos al lector para su revisión en profundidad, no obstante, a continuación presentaremos de modo sintético el proceso a fin de demostrar que en el seno de la Organización Mundial del Comercio se respeta a grandes rasgos el esquema lógico de etapas que conforma el proceso de toma de decisión, aunque podemos encontrar diferencias en el orden de éstas.

El Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* determinó⁴⁴⁶ que con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del acuerdo SPS, los Miembros están obligados a asegurarse de que sus medidas sanitarias se basen en una evaluación de los riesgos. La obligación de basar una medida sanitaria en una evaluación del riesgo puede considerarse una aplicación concreta de las obligaciones básicas establecidas en el párrafo 2 del artículo 2 del acuerdo SPS, que estipula que “los Miembros se asegurarán que cualquier medida sanitaria (...) sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes ...”

La “evaluación de riesgos” implica un examen científico de datos y estudios fácticos, y

⁴⁴³ CODEX ALIMENTARIUS, Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias... *op. cit.*, p. 72 párrafos 37 y ss y Principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medio biotecnológicos modernos... *op. cit.*, párrafo 22.

⁴⁴⁴ CODEX ALIMENTARIUS, Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias... *op. cit.*, p. 72 párrafo 36 y Principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medio biotecnológicos modernos... *op. cit.*, párrafo 30.

⁴⁴⁵ CODEX ALIMENTARIUS, Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias... *op. cit.*, p. 70 párrafo 27 y Principios para el análisis de riesgos de alimentos obtenidos por medio biotecnológicos modernos... *op. cit.*, párrafo 25.

⁴⁴⁶ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, párrafo 8.96.

no un proceso de política general que implique la formulación de juicios sociales de valor por organismos políticos.⁴⁴⁷ El análisis de los datos se realiza sobre los testimonios científicos disponibles en el momento que se realiza dicha evaluación, con exclusión de toda información posterior⁴⁴⁸ que pueda haber surgido al momento de interponer una impugnación en contra de la medida nacional, objeto de controversia. Lo importante es el contenido científico y técnico de los informes y estudios que se analizan y no su condición administrativa (es decir si son o no informes y estudios gubernamentales)⁴⁴⁹

En los asuntos *Comunidades Europeas – Hormonas y Australia – Salmón* el Órgano de Apelación define el concepto de evaluación del riesgo y distingue sus categorías en los siguientes términos.⁴⁵⁰ Existen dos definiciones de “evaluación del riesgo” que figuran en el párrafo 4 del Anexo A del acuerdo SPS, las cuales se aplican a diferentes casos. Existe una estrecha relación entre la definición de “medida sanitaria” que figura en el párrafo 1 a) y la primera definición de “evaluación del riesgo” contenida en el párrafo 4, así como entre la definición de “medida sanitaria” del párrafo 1 b) y la segunda definición de “evaluación del riesgo” del párrafo 4. El primer conjunto de definiciones se refiere a los riesgos derivados de la entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades. El segundo se refiere a los riesgos derivados de sustancias específicas presentes en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos.

En el asunto *Australia – Salmón* se estableció⁴⁵¹ que la medida impugnada se correspondía a la definición de “medida sanitaria” del párrafo 1 a)⁴⁵² y la evaluación del riesgo debe ser formulada en los términos de la primera definición del párrafo 4 del Anexo A, es decir una “evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas ...”

En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* se trataba de una “medida sanitaria” en los términos del párrafo 1 b)⁴⁵³ y que la evaluación del riesgo tenía que concordar con la segunda definición del párrafo 4 del Anexo A. En el asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, el Grupo Especial comenta que a diferencia de lo que ocurre con la definición de evaluación del riesgo de la primera cláusula del párrafo 4 del Anexo A, la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio proporciona escasas orientaciones sobre el sentido de conceptos fundamentales de la definición facilitada en la segunda cláusula. El Órgano de Apelación se ha limitado a observar a este respecto que la primera cláusula es sustancialmente diferente de la segunda, y que ésta última requiere “solamente” la evaluación de los “posibles” efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales derivados de la presencia de determinadas sustancias en los productos alimenticios, en tanto que la primera exige una evaluación de la “probabilidad” de entrada, radicación o propagación de una plaga o enfermedad, así

⁴⁴⁷ *Ibid*, párrafo 8.97.

⁴⁴⁸ Asunto *Japón – Manzanas* – Apelación, párrafo 215.

⁴⁴⁹ Asunto *Australia – Salmón*, párrafo 8.136.

⁴⁵⁰ *Ibid*, párrafo 8.68.

⁴⁵¹ *Ibid*, párrafo 8.69 y ss.

⁴⁵² Párrafo 1 a) del Anexo A del acuerdo SPS “para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades”.

⁴⁵³ Párrafo 1 b) del Anexo A del acuerdo SPS “para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos”.

como de las consecuencias biológicas y económicas conexas⁴⁵⁴

Tal como expresamos al iniciar esta descripción del procedimiento, una vez efectuada la evaluación del riesgo, se inicia una segunda etapa denominada gestión del riesgo en la cual operan las valoraciones políticas y sociales⁴⁵⁵ que se traducirán, en primer lugar, en la definición de un “nivel adecuado de protección sanitaria” y como reflejo de éste una “medida sanitaria” idónea para la consecución del nivel predeterminado.

En torno al concepto de “nivel adecuado de protección sanitaria” se han desatado interpretaciones contradictorias que han sido despejadas por la actuación “jurisprudencial”. En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* se determinó⁴⁵⁶ que el establecimiento de un “nivel adecuado de protección sanitaria” por un Miembro constituye un acto soberano, por cuanto se trata, como establece la definición del párrafo 5 del Anexo A del acuerdo SPS del nivel de protección “que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria ...” No obstante, hay que señalar que los Miembros han convenido en observar, al ejercer el derecho soberano de establecer sus niveles adecuados de protección, lo dispuesto en el acuerdo SPS y en especial en los párrafos 4 y 5 de su artículo 5. Además, los Miembros han acordado atenerse a las disposiciones de los párrafos 1 a 3 y 6 del artículo 5⁴⁵⁷ al elegir una medida destinada a lograr ese nivel adecuado de protección.

En el asunto *Australia – Salmón*, Canadá, como parte demandante, alegaba que Australia había violado el párrafo 5 del artículo 5 del acuerdo SPS porque no había determinado expresamente el nivel adecuado de protección sanitaria que perseguía su norma interna. En este asunto, el Grupo Especial resolvió que habiendo visto el párrafo 5 del Anexo A del acuerdo SPS⁴⁵⁸ en el cual se define el concepto “nivel adecuado de protección sanitaria” se observa que el acuerdo SPS no contiene ninguna disposición que imponga expresamente una obligación a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio de identificar o cuantificar ese nivel, por lo que considera, en cambio, que cualquier medida sanitaria aplicada a determinada situación refleja en sí misma y alcanza determinado nivel de protección con respecto a esa situación, y que este nivel de protección -implícito en la medida sanitaria escogida por un Miembro- puede presumirse que es, como mínimo, tan alto como el nivel de protección considerado adecuado por ese Miembro⁴⁵⁹.

Una vez determinado el nivel adecuado de protección sanitario, sea explícita o implícitamente, la parte contratante creará y aplicará una norma de Derecho interno que tenga por fin perseguir un interés legítimo como es la protección de la vida o la salud de las personas, los animales y los vegetales, a un nivel adecuado, fruto de un acto soberano, el cual puede ser elevado, medio o bajo. Con relación al nivel de adecuación, los órganos de la Organización Mundial del Comercio no pueden entrar a valorarlos,

⁴⁵⁴ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, párrafo 7.3048.

⁴⁵⁵ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, párrafo 8.100.

⁴⁵⁶ *Ibid*, párrafo 8.167.

⁴⁵⁷ 1) Basar las medidas en una evaluación de riesgo, 2) fundada en testimonios científicos existentes y métodos pertinentes, 3) teniendo en cuenta el posible perjuicio económico y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos, 6) que las medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.

⁴⁵⁸ Nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria: Nivel de protección que estima adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio.

⁴⁵⁹ Asunto *Australia – Salmón*, párrafo 8.105.

pues como expresamos recién, este se constituye como un acto soberano, no obstante las medidas adoptadas deberán sustentar una serie de condiciones nacidas de las obligaciones internacionales asumidas en el seno de la Organización Mundial del Comercio.

Con relación a esta norma creada y aplicada por un Miembro, pueden darse tres situaciones características que implicarán soluciones diferentes.

La primera es que la “medida sanitaria” sea conforme a las disposiciones de una organización internacional, en especial aquellas señaladas por el acuerdo SPS, a saber: Codex Alimentarius, IOE, y IPPC. En estos casos, al igual de los que sucede en el acuerdo TBT, la medida gozará de una presunción de compatibilidad con las disposiciones Organización Mundial del Comercio.

Esta presunción puede ser calificada de *iurus tantum*, pues admite prueba en contrario. El reclamante tendrá la obligación de probar *prima facie* la existencia de una incompatibilidad de la medida sanitaria con relación a las obligaciones surgidas del acuerdo SPS y una vez acreditada esta circunstancia, implica un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el Miembro aplicador⁴⁶⁰

La segunda es que la “medida sanitaria” no sea conforme a las disposiciones de una organización internacional, tanto porque, la medida sanitaria nacional responde a un nivel adecuado de protección sanitario mayor al que se conseguiría aplicando una norma internacional o porque no existe norma internacional en la materia, en tal caso, el requisito que se evaluará es que la medida este basada en una evaluación del riesgo fundada en principios científicos. El Órgano de Apelación en el asunto *Japón – Productos Agrícolas* estableció⁴⁶¹ que el párrafo 1 del artículo 5, cuando se lee dentro del contexto como debe ser, conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 2 del acuerdo SPS e inspirado por él, exige que los resultados de la evaluación del riesgo justifiquen suficientemente -es decir, apoyen razonablemente- la medida sanitaria o fitosanitaria que está en juego. El requisito de que una medida sanitaria o fitosanitaria “se base en” una evaluación del riesgo es un requisito sustantivo de que exista una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo.

El Órgano de Apelación prosigue agregando que los Miembros pueden introducir o mantener una medida sanitaria que se traduzca en un mayor nivel de protección del que podría lograrse mediante la introducción de una medida basada en una norma internacional pertinente, *inter alia*, “si existe una justificación científica” y la medida no es incompatible con ninguna otra disposición del acuerdo SPS. En el asunto *Comunidad Europea – Hormonas* el Órgano de Apelación había definido “justificación científica” como un “examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes del presente acuerdo” y en el asunto *Japón - Productos Agrícolas* agregó a la definición la necesidad de que “exista una relación racional entre la medida sanitaria objeto de litigio y la información científica disponible”⁴⁶²

La tercer posibilidad implica que la medida sanitaria es tomada a partir de la inexistencia de testimonios científicos pertinentes. Este es el único supuesto según el Grupo Especial interviniente en el asunto *Australia – Salmón*, en el cual los Miembros,

⁴⁶⁰ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, párrafo 8.58.

⁴⁶¹ Asunto *Japón – Productos Agrícolas – Apelación*, párrafo 76.

⁴⁶² *Ibid*, párrafo 79.

amparándose en las disposiciones del párrafo 7 del artículo 5 podrán establecer medidas sanitarias provisionales sin basarlas en una evaluación del riesgo fundada en principios científicos. No obstante, no podemos dejar de comentar que parte de la doctrina sostiene que la base para la aplicación del párrafo 7 se da en aquellas circunstancias en donde no hay pruebas confiables sobre la materia en disputa, lo que implica que la prueba científica es insuficiente, pero esta se conforma de evaluaciones cuantitativas y cualitativas.⁴⁶³ En el contexto de este artículo tiene cabida la aplicación de la precaución o cautela, no obstante, como veremos a continuación, la precaución podrá ser utilizada como justificación de las medidas adoptadas dentro de algunos límites específicos propios de la Organización Mundial del Comercio.

En el asunto *Japón – Productos Agrícolas*, el Órgano de Apelación afirmó que el párrafo 7 del artículo 5 establece cuatro requisitos que han de satisfacerse para adoptar y mantener una medida fitosanitaria provisional. Esos requisitos son los siguientes:

a) que la medida se imponga con respecto a una situación en la que “los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”; Serán insuficientes si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos⁴⁶⁴

b) que la medida se adopte “sobre la base de la información pertinente de que se disponga”;

c) que el Miembro que adopte la medida “trate de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”; y

d) que el Miembro que adopte la medida “revise en consecuencia la medida (...) en un plazo razonable”. Lo que se entiende por “plazo razonable” es preciso determinarlo caso por caso y está en función de las circunstancias específicas de cada caso, especialmente de la dificultad de obtener la información adicional necesaria para el examen y las características de las medidas sanitarias provisionales.⁴⁶⁵

Fue en el asunto *Japón – Productos agrícolas*, cuando se establecieron las condiciones de aplicación del artículo 5.7 del acuerdo SPS y como última responsabilidad de la parte que adopta una medida sin fundamento en una evaluación de riesgos, es decir, amparada en la precaución o cautela, se le imponen las obligaciones de a) “tratar de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo” y b) “revisar la medida (...) en un plazo razonable”

Estas dos obligaciones implican para la parte que adopta una medida, la necesidad de mantener una actitud activa frente a la incertidumbre que dio origen a su medida de precaución, toda vez que una medida que inicialmente fue legítima, puede transformarse en ilegítima si se comprueba una actitud permisiva al mantenimiento de una situación de excepcionalidad, recordemos que la aplicación del artículo 5.7 del acuerdo SPS encarna una situación extraordinaria, en la cual por la imposibilidad de realizar una evaluación de riesgos se permite la adopción de medidas sin fundamento científico, por lo tanto, se requiere el constante empeño del gestor de riesgos para superar la situación de excepcionalidad y encarrilar la gestión hacia la normalidad, so pena de transformar la medida en arbitraria o injustificable.

⁴⁶³ ATLEE, L., *op. cit.*, p. 18.

⁴⁶⁴ Asunto *Japón – Manzanas* – Apelación, párrafo 179.

⁴⁶⁵ *Ibid*, párrafo 93.

Puede concluirse en consecuencia, que las Partes Contratantes que adoptan medidas de precaución o cautela, tienen la obligación de tratar de obtener información adicional, lo cual no implica solamente destinar recursos propios para la investigación y el desarrollo, lo cual puede ser un límite material y financiero de muchos países en vías de desarrollo o menos desarrollados, sino que es posible recurrir a los estudios realizados por otras Partes Contratantes, por organizaciones internacionales, por universidades y demás centros de investigación en la materia; ni el tratado ni la jurisprudencia ponen condiciones al origen de la información científica.

Asimismo, las Partes Contratantes tiene la obligación de revisar la medida en base a la información con la que disponen, es decir, pueden recrearse los siguientes escenarios, que la incertidumbre de pruebas científicas, por lo tanto la medida de precaución o cautela se mantiene, toda vez que “la precaución no puede ser reducida a la gestión de una crisis o una urgencia”⁴⁶⁶ o puede darse que si la información recogida permite la formulación de una evaluación de riesgos, esta debe ser materializada y en base a sus resultados debe revisarse la medida de precaución o cautela, la cual podría mantenerse en el caso que la evaluación de riesgos aportara pruebas del peligro, pero su naturaleza ya no sería de precaución o cautela, sino que la medida tendría un fundamento científico o deberá desmantelarse en caso de que la evaluación despeje dudas sobre la incertidumbre que había dado origen a la medida de precaución o cautela.

El Órgano de Apelación reitera⁴⁶⁷ en el asunto *Japón - Manzanas* que estos cuatro requisitos son “claramente acumulativos por naturaleza” y que “cuando uno de esos cuatro requisitos no se cumpla, la medida objeto de litigio será incompatible con el párrafo 7 del artículo 5”

El último punto que analizaremos se vincula a las características restrictivas de la medida:

- a) si la medida sanitaria aplicada encarna la posibilidad menos restrictiva del comercio o si existen otras posibilidades menos perjudiciales para el comercio internacional,
- b) si la medida implica distinciones arbitrarias o injustificables y si tales distinciones tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional.

En el primer caso, fue el Órgano de Apelación en el asunto *Japón – Productos Agrícolas*, el cual expreso⁴⁶⁸ los elementos necesarios para determinar cuándo una medida entraña un grado de restricción del comercio mayor del requerido. Esta situación se configura cuando existe otra medida sanitaria o fitosanitaria

- 1) sea razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica;
- 2) se consiga el nivel adecuado de protección de los Miembros; y
- 3) sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada.

⁴⁶⁶ NOIVILLE, C., "Principe de precaution et organisation mondiale du commerce, le cas du commerce alimentaire" en *Journal de Droit International*, Nro. 2, Año 2000, p. 274.

⁴⁶⁷ Asunto *Japón – Manzanas* – Apelación, párrafo 176.

⁴⁶⁸ Asunto *Japón – Productos Agrícolas* – Apelación, párrafo 95.

En el asunto *Australia – Salmón*, el Órgano de Apelación agrega que estos elementos son acumulativos.

En el segundo caso, el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* estableció⁴⁶⁹ que para configurar una violación al párrafo 5 del artículo 5, es decir el segundo de los casos que nos encontramos analizando, deben probarse tres elementos acumulativos.

- 1) Que el Miembro haya adoptado un nivel de protección sanitario propio contra los riesgos para la vida o la salud humanas en varias situaciones diferentes,
- 2) Demostrar que estos niveles de protección presentan diferencias arbitrarias o injustificables en su tratamiento de situaciones diferentes,
- 3) Las diferencias arbitrarias o injustificables produzcan discriminación o una restricción encubierta al comercio internacional.

Tal como expresamos al principio de este análisis, hemos probado que cada uno de los regímenes internacionales contempla en sus esquemas normativos las etapas del proceso de toma de decisión, aunque se encuentren algunas diferencias tales como la ubicación de la “elección del nivel de aceptación de riesgos” que en el caso del Codex Alimentarius constituye una instancia anterior al inicio de la “evaluación de riesgos” y en el caso de la Organización Mundial del Comercio, si bien se estima que constituye lógicamente una fase inicial, se reconoce que en la práctica se materializa con posterioridad a la “evaluación del riesgo” y al establecimiento de la medida en concreto. No obstante, esta diferencia de la secuencia de etapas no es la causa de las discordancias o inconsistencias normativas. A nuestro entender, y siguiendo la lógica que buscamos probar, la inconsistencia proviene de la divergencia en la racionalidad que guía los procesos legislativos y de formación de los regímenes internacionales, que se torna visible en la determinación del contenido conceptual de un valor como es la precaución o la cautela. La divergencia doctrinal en torno al contenido de valor señalado nos permite comprender la razón de fondo de la inconsistencia normativa.

B.3- Consideraciones Transversales

B.3.1- El Debate conceptual relativo a la “precaución”

Tal como manifestamos oportunamente, la precaución o cautela parece constituirse como el eje nodal sobre el cual giran la mayoría de los desacuerdos en materia de biotecnología; su naturaleza, contenido, aplicabilidad, oportunidad, son aspectos a resolver pendientes de la cooperación internacional. Algunos autores establecen que el principio de precaución es un principio transversal en el Derecho internacional relacionado a la biotecnología en general, e implica una cierta lógica o cosmovisión sobre la realidad. Se constituye como una posición de prudencia frente al exitismo de la ciencia, pues predica que en situaciones donde la evidencia científica sobre los daños no existe o cuando el estado de los estudios científicos no es suficientes para determinar los daños, es posible adoptar una posición de precaución y no seguir avanzando; implica detenerse a reflexionar; esperar para avanzar después con seguridad. Como sintetiza TROUCHE, “El principio de precaución nace ante la necesidad de actuar antes de que los daños se produzcan, implica tener en cuenta la incertidumbre científica para responder, sin que esa incertidumbre signifique un obstáculo para la adopción de

⁴⁶⁹ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* – Apelación, párrafo 105.

medidas preventivas⁴⁷⁰ sin embargo transita por un estrecho camino a cuyos lados se materializan consecuencias totalmente diversas, la expresión de la elección de altos niveles de protección de la salud y el medio ambiente o la adopción de medidas proteccionistas.

El debate conceptual que se traba en torno a la precaución ronda alrededor de su propia naturaleza: Es un principio de Derecho internacional⁴⁷¹ o un principio interpretativo de “*soft law*”⁴⁷² o una costumbre internacional⁴⁷³ o por el otro lado es un instrumento para formular políticas, creada para responder a catástrofes e incertidumbre en combinación⁴⁷⁴ o sólo una aproximación o un enfoque jurídico y político de este debate en el ámbito internacional⁴⁷⁵, pero sea lo que sea, parece denotar una construcción en estado embrionario⁴⁷⁶ es decir emergente y aun no consolidado⁴⁷⁷.

La propia Corte Internacional de Justicia en el asunto “Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay” prefirió no calificar a la precaución como un “principio” sino que sólo se refirió a esta utilizando el término “aproximación”, para decir además que no existe convención alguna que establezca que a partir de ésta perspectiva se pueda inducir la reversión de la carga de la prueba.⁴⁷⁸ Esta omisión es resaltada en el voto particular del juez Cançado Trindade quien manifestó no comprender por que la Corte dejó pasar una oportunidad única para reconocer y afirmar la existencia de este principio de precaución esencial para el Derecho Ambiental y que ayudaría a la consolidación del Derecho Internacional contemporáneo. Finalmente, el juez Cançado Trindade manifiesta que la Corte ha preferido no entrar en el tema, sin saber, a su consideración, cuales son las razones que la han llevado a ello.⁴⁷⁹

Esta indefinición también está presente en la doctrina que aún no logra identificar su verdadera naturaleza, en tanto, los sujetos de Derecho internacional interesados en su consolidación continúan fortaleciendo su estructura con el fin de que interactúe en la

⁴⁷⁰ TROUCHE, A., "Le principe de Précaution, entre unité et diversité: Étude comparative des systèmes communautaire et Organisation Mondiale du Commerce" en *Cahiers de Droit Européen*, Bruxelles, 2008 Nro. 3.4 p. 286.

⁴⁷¹ DI BENEDETTO, S., *op. cit.*, p. 352. TROUWBORST, A., *op. cit.*; HOHMANN, H., *op. cit.*

⁴⁷² MARTIN-BIDOU P., *op. cit.*, p. 658.

⁴⁷³ BROWN y DAUD, consideran que el Principio de Precaución devendrá con el paso del tiempo en una costumbre internacional, fruto también de la influencia que ejercerá el Protocolo de Cartagena sobre la escena internacional. Ver. BROWN, S. y DAUD H., *op. cit.*, p. 116. Por otra parte, MARR estima que “El enfoque de precaución ha evolucionado dentro de lo que es la ley del comercio internacional. Está creciendo la “opinión juris” de los estados y un gran número de comisiones internacionales han aplicado el principio de precaución y conservación de sus estrategias. (...) En relación a lo mencionado anteriormente, a las prácticas y a la “opinión juris” es posible afirmar que el principio de precaución esta evolucionando hacia una norma consuetudinaria de del Derecho internacional Ver MARR, S., *op. cit.*, p. 827. Por otra parte no podemos dejar de mencionar que esta postura es resistida por los Estados Unidos que sistemáticamente niegan su status como Derecho internacional Consuetudinario Ver BRUNNÉE, J., *op. cit.*, p. 11. Ver también CAMERON, V.J., *op. cit.*, pp. 270 y ss; FREESTONE, D., *op. cit.*, pp. 135-164; TROUWBORST, A., *op. cit.*, GULLETT, W., *op. cit.*, p. 52., STEWAR, T. y JOHANSON, D., *op. cit.*, p. 40, SEIN, A. y MAHMUD, N., *op. cit.*, p. 69; CHRISTOFOROU, T., *op. cit.*, Capítulo 16.

⁴⁷⁴ BOISSON DE CHAZOURNES, *The Precautionary Principle... op. cit.*, p. 10.

⁴⁷⁵ WARD, H., *op. cit.*, p. 220; GÜNDLING, V.L., *op. cit.*, pp. 23-30; BODANSKY, D., *op. cit.*, pp. 413-417, AGUILAR, S. y JORDAN, *op. cit.*, p. 78; SHAW, S. y SCHWARTZ, R., *op. cit.*, p. 6.

⁴⁷⁶ DUPUY, P.M., *op. cit.*, pp. 95-111.

⁴⁷⁷ JIMENEZ DE PARGA y MASEDA, P., *op. cit.*, p. 16, SHAW, S. y SCHWARTZ, R., *op. cit.*, p. 5.

⁴⁷⁸ Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, párrafo 164.

⁴⁷⁹ Opinión Separada del Juez Cançado Trindade en Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, párrafo 113.

arena internacional sólidamente. Las medidas de precaución son fuertemente disputadas como resultado de la aplicación del Derecho internacional, pero aún se mantienen poco claras y poco se sabe de sus consecuencias,⁴⁸⁰ y esto se nota en el enfrentamiento que existe entre aquellas posiciones ambientalistas que consideran que constituye la base de la acción legal para hacer frente a la actividad humana que es probable que tenga efectos negativos sobre la naturaleza, y aquellas otras que afirman que el principio limita la actividad humana.⁴⁸¹

Nosotros lo llamaremos “principio” por ser forma más común de denominarlo, no obstante, ello no implica la aceptación por nuestra parte de esta naturaleza jurídica.

El debate sobre la naturaleza, interpretación y aplicación de la precaución se enmarca en discusiones mayores que se suscitan en el ámbito internacional y que opera de modo transversal a varias disciplinas. Una de estas discusiones se vincula a la cuestión de las “preocupaciones no comerciales” o la “multifuncionalidad de la agricultura” en el seno del acuerdo de Agricultura de la Organización Mundial del Comercio con la intención de relacionar las cuestiones comerciales a temas ambientales, sociales y culturales que puedan ser afectados por las decisiones adoptadas en el primer campo. No obstante, es menester agregar que el principio de precaución, goza de los mismos atributos que la reflexión general “cierta flexibilidad, que podría conducir a la incertidumbre que se transforma en una nueva cortina de humo para el proteccionismo agrícola”⁴⁸²

Otra discusión que circunda al principio de precaución centra su análisis en el rol de la ciencia, en este marco BECK estipula que “la ciencia ha abandonado su fundamento en la lógica experimental y han contraído un matrimonio polígamo con la economía, la política y la ética”⁴⁸³ Este matrimonio se plasma en una crisis ecológica, como sucesión de peligros provocados por la industria, externalizados por la economía, individualizados por el sistema legal, legitimados por la ciencia y minimizados por la política.⁴⁸⁴ Así, le toca a la sociedad reclamar por una mínima protección ante el riesgo, para lo cual el principio de precaución es un instrumento eficiente, pues “el principio de precaución es el paradigma que actúa como elemento puente entre los nuevos riesgos y las nuevas formas de gobernanza.”⁴⁸⁵

Para algunos autores una de las causas de tanta complejidad deviene del hecho que no ha sido posible desarrollar un significado unitario del principio de precaución a causa de la heterogeneidad de los contextos jurídicos en el que está previsto (...) lo que contribuye a generar una imagen de vaguedad y ambigüedad⁴⁸⁶, siendo una de las principales dificultades para la construcción de una costumbre internacional⁴⁸⁷ Mientras que son muchos los defensores de este principio, no están de acuerdo en una definición común del término, una definición común, no cubre lo que cada país hace con este principio. Por lo tanto la misma cantidad de definiciones dadas a este principio

⁴⁸⁰ MARR, S., *op. cit.*, p. 816.

⁴⁸¹ *Ibid*, p. 820.

⁴⁸² SMITH, F. “Multifunctionality and non-trade concerns in the agriculture negotiations” en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3 Nro. 4, Año 2000, p. 707; AGUILAR, S. y JORDAN, A., *op. cit.*, 78.

⁴⁸³ BECK, U., *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 35.

⁴⁸⁴ BECK, U., *Politics of risk society* en FRANKLIN, J. (editor) *The politics of risk society*, Polity Press, Londres, 1998.

⁴⁸⁵ DI MASSO TARDITTI, M., *Gestión política del riesgo: reflexiones en torno a la regulación europea y catalana del OMG*, Universidad Autónoma de Barcelona, Paper 89, Año 2008, p. 42.

⁴⁸⁶ DI BENEDETTO, S., *op. cit.*, p. 323.

⁴⁸⁷ GULLETT, W., *op. cit.*, 438.

promueve la incertidumbre sobre el significado jurídico y práctico del principio de precaución.⁴⁸⁸ En cambio para otros doctrinarios, el principal problema de la precaución, como instrumento político, no estriba solo en su imprecisión, sino en que opera de forma contraria a todas las rutinas e inercias político-institucionales establecidas.

Se caracteriza por ser un principio anticipativo, consensual ya que requiere del diálogo entre las partes afectadas, contradictorio al principio de causalidad ya que invierte la carga de la prueba y considera a una variedad de factores como causantes, despreocupado de la evidencia científica ya que se apoya en riesgos de alta probabilidad pero que no han ocurrido e interdisciplinarios para tratar un tema desde múltiples enfoques y con una perspectiva a largo plazo⁴⁸⁹. Por mi parte considero que el mayor problema que enfrenta la definición del principio de precaución radica en la cantidad de materias que lo abordan y tratan de explicarlo parcialmente con la convicción de hacerlo globalmente. Todos los sectores que lo analizan son conscientes del período embrionario por el que atraviesa y persiguen con garra darle la impronta más conveniente a los intereses que defienden, por lo tanto, el resultado será determinado por el peso relativo de los actores intervinientes en el proceso de construcción.

Hay coincidencia tanto en la doctrina como en la normativa sobre cuales son los elementos que lo conforman. Estos son dos y pueden ser distinguidos: primero, la incertidumbre científica y segundo, la amenaza de daño grave e irreversible

a- Incertidumbre

Se refiere a situaciones en las cuales no existe evidencia sobre la seguridad de una actividad o sustancia; cuando ésta no está completa o cuando no está disponible⁴⁹⁰ El principio opera en aquellos casos en que los científicos creen en la existencia de un determinado riesgo aunque su evidencia no esté probada científicamente (no se puede cuantificar, describir, medir o afirmar)⁴⁹¹ pero al menos exista en la opinión minoritaria de la comunidad de científicos⁴⁹² La doctrina toma este aspecto (incertidumbre científica) como un carácter innovador de la precaución respecto al tradicional planteamiento de la política ambiental, según el cual era necesario tener un resultado científico cierto sobre los riesgos en cuestión antes de adoptar una medida destinada a evitarlos (...) esta evolución se resume como el paso de la prevención a la precaución⁴⁹³

⁴⁸⁸ WALKER, V. y HICKEY, J., "Refining the Precautionary Principle in International Environmental Law" en *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 3, Año 1995, pp. 424-425 en MOTAAL, D.A., "Is the World Trade Organization Anti-Precaution?" en *Journal of World Trade*, Vol. 39, Nro. 3, Año 2005, p. 485, SHAW, S. y SCHWARTZ, R., *op. cit.*, p. 4. , SEIFERT, F., "Divided We Stand..." *op. cit.*, p. 14.

⁴⁸⁹ AGUILAR, S. y JORDAN, A., *op. cit.*, p. 66.

⁴⁹⁰ HERRERA HIZAGUIRRE, J.A., "El principio precautorio en la era de los OGM: incertidumbre y conflicto internacional" en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Núm. 12-13, Año 2005, p. 3.

⁴⁹¹ MC NELIS, N., "EU Communication..." *op. cit.*, p. 545; RAFFENSPERGER, C., TICKNER, J., JACKSON, W., *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Island Press, Washington, 1999, KATZ, D., *op. cit.*, p. 956, MARTIN-BIDOU P., *op. cit.*, p. 647, SHAW, S. y SCHWARTZ, R., *op. cit.*, p. 3, COLYER, D., "The Role of Science in Trade Agreements" en *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 7 Nro. 1, Año 2006, p. 90.

⁴⁹² MC NELIS, N., "EU Communication..." *op. cit.*, p. 547, En este sentido DI BENEDETTO estima que este segmento de la comunidad científica debe ser evaluado tanto cuantitativamente (número de investigadores que consideran el riesgo) como cualitativamente (prestigio de los investigadores y sus publicaciones) Ver DI BENEDETTO, S., *op. cit.*, p. 342.

⁴⁹³ DI BENEDETTO, S., *op. cit.*, p. 324, BOISSON DE CHAZOURNES, L., *Le principe de précaution: nature, contenum limites*, en LEBEN, C. y VERHOEVEN, J., *Le principe de precaution. Aspects de droit international et communautaire*, Editions Pantheon Assas, Paris, 2002, p. 80.

como la adopción de un relativismo socio-ambiental que contempla las necesidades inter-temporales de generaciones futuras⁴⁹⁴ La rápida evolución de la innovación determina una incertidumbre sustancial que difícilmente pueda encontrar una sola respuesta realizando controles científicos que requieran largos tiempos de elaboración para no permanecer cristalizados en un déficit cognoscitivo.⁴⁹⁵

No obstante, aún cuando luego de una primera vista, el término aparece sencillo, su aplicación hace surgir nuevas preguntas, toda vez que “el término incertidumbre científica tiende a sugerir que debe existir evidencia científica de un riesgo, sin embargo ésta no tiene que ser concluyente.”⁴⁹⁶ Sin embargo, muy pocas definiciones establecen cuan inconclusa debe ser la evidencia científica para servir de base para la acción de precaución, aunque la mayoría de los expertos afirman que debe haber alguna base científica para las medidas de precaución.

S útil destacar como MOTAAL presenta una síntesis de las diversas posiciones doctrinales y expone “una de las interpretaciones del concepto de incertidumbre científica y de la forma en que el principio de precaución debe ser aplicado que más ha ganado terreno es el que considera que los gobiernos deberían tener el derecho de actuar en base a la opinión de la minoría científica, en la formulación de políticas sobre el riesgo a la salud o al medio ambiente”⁴⁹⁷. Sin embargo, algunos han expresado dudas sobre el indicador de la “minoría científica” para la incertidumbre científica. Por ejemplo, BOISSON DE CHAZOURNES ha desafiado la noción de que la minoría científica siempre es igual a “ciencia incierta” y que la ciencia dominante es igual a “certeza científica”. Por lo tanto, el criterio de la “ciencia de las minorías” puede ser un disparador imperfecto para la aplicación del principio de precaución⁴⁹⁸.

Según MOTAAL “otra interpretación sobre la incertidumbre científica que el artículo discute es que, el “riesgo” es diferente a la “incertidumbre”. Y para la mayoría de los proponentes de este principio, la precaución debería estar fundada en la incertidumbre y no en el riesgo.⁴⁹⁹ Lo que quiere decir que, de acuerdo a SUSTEIN, “la acción de precaución debería ser utilizada cuando no se puede hacer una propia evaluación de riesgo debido a la inhabilidad de asignar probabilidades a diferentes resultados potenciales, llevando al regulador por el lado más seguro.”⁵⁰⁰

En conclusión esto demuestra la dificultad que existe para definir el concepto de “incertidumbre científica”, el cual es el corazón del principio de precaución. La mayoría de los tratados medioambientales dan lugar una especulación sobre el significado del término y de su forma de aplicación en la práctica. Mientras parece haber consenso en el hecho de que la acción de precaución debe estar basada en algún tipo de fundamento científico, y no en temores infundados o no investigados; parece no haber consenso en lo que el fundamento científico debe parecer.

⁴⁹⁴ JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P., op. cit., p. 13.

⁴⁹⁵ ROSSI DAL POZZO, F, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 72.

⁴⁹⁶ MOTAAL, D.A., "Is the World Trade Organization Anti-Precaution?..." op. cit., p. 485.

⁴⁹⁷ MOTAAL, D.A., "Is the World Trade Organization Anti-Precaution?..." op. cit., p. 487

⁴⁹⁸ BOISSON DE CHAZOURNES, L., *Faire entrer le doute dans le droit - Biotech Forum: Le principe de Précaution pour mieux gérer les incertitudes*, Programme prioritaire Biotechnologie du fonds nationale suisse de la recherche scientifique, 2001.

⁴⁹⁹ MOTAAL, D.A., "Is the World Trade Organization Anti-Precaution?..." op. cit., p. 487.

⁵⁰⁰ SUNSTEIN, C., "Beyond the Precautionary Principle" en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, Nro. 3, Año 2003, p. 1033.

b- Amenaza de daño

Es la probabilidad que efectos adversos se produzcan⁵⁰¹, Aún cuando no hay consenso sobre los niveles de daño que se requiere para activar el principio precautorio, porque el nivel de daño aceptable es una apreciación relativa⁵⁰² y sujeta a la consideración de cada Estado, algunas formulaciones de este principio requieren que el perjuicio sea grave e irreversible⁵⁰³. La gravedad depende del valor jurídico que se cuestiona y la irreversibilidad supone la imposibilidad de invertir un proceso causal en curso o de remover los efectos de una actual⁵⁰⁴. El debate podría continuar en definir si los adjetivos del daño son condiciones acumulativas u operan con independencia una de la otra⁵⁰⁵. Asimismo MOTAAL agrega que del mismo modo que sucede en la definición de incertidumbre científica, la definición de daño adolece de los mismos problemas, toda vez que los diferentes acuerdos medioambientales establecen diferentes niveles de amenaza o peligro necesarios, lo cual lleva hacia una falta de uniformidad en cuanto a dicho nivel a través de los diferentes tratados.⁵⁰⁶

La doctrina debate sobre la existencia de un tercer elemento constitutivo del principio de precaución, al que algunos denominan “necesidad y deber de actuar”⁵⁰⁷ por el cual las instituciones deben tomar medidas protectoras sin tener que esperar hasta que la realidad y seriedad de esos riesgos se hagan completamente evidentes⁵⁰⁸ Este es lo que se conoce como modelo de precaución obligado y reconoce en el principio un carácter normativo superando aquellas posiciones que sólo lo confinan a un plano político⁵⁰⁹.

En cambio, existe otra posición doctrinal que considera que el principio de precaución, no obliga a los Estado a actuar en contexto de incertidumbre, sino que los faculta a actuar, no generando un contenido normativo obligatorio, sino que más bien funciona como un paradigma de orientación para la actuación estatal⁵¹⁰ Este segundo modelo es anticipativo, pero opera en función de un análisis costo-beneficios y conforme a las capacidades⁵¹¹. Sin embargo un tercera opinión doctrinaria, sintetiza las dos anteriores expresando que ambas tienen en común la “incertidumbre científica” en sus definiciones, por lo tanto no son contradictorias, sino que al principio de precaución debe reconocérsele una función interpretativa, de este modo es plausible superar el problema que enfrenta la construcción de una definición unitaria.⁵¹²

⁵⁰¹ MARTIN-BIDOU P., *op. cit.*, p. 647.

⁵⁰² *Ibid*, p. 650.

⁵⁰³ HERRERA HIZAGUIRRE, J.A., *op. cit.*, p. 3; BOISSON DE CHAZOURNES, L., *op. cit.*, pp. 76-78, JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P., *op. cit.*, p. 15; KATZ, D. *op. cit.*, 956, SHAW, S. y SCHWARTZ, R., *op. cit.*, p. 3.

⁵⁰⁴ DI BENEDETTO, S., *op. cit.*, p. 342.

⁵⁰⁵ *Ibid*, p. 343.

⁵⁰⁶ MOTAAL, D.A., "Is the World Trade Organization Anti-Precaution?..." *op. cit.*, 489.

⁵⁰⁷ HERRERA HIZAGUIRRE, J.A., *op. cit.*, p. 3.

⁵⁰⁸ MC NELIS, N. The role of the judge in the EU and the WTO en *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Nro. 1, Año 2001, p. 192; JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P., *op. cit.*, p. 15.

⁵⁰⁹ DI BENEDETTO, S., *op. cit.*, p. 325;

⁵¹⁰ MARCEAU, V.G. *Le principe de précaution et les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce*, en LEBEN, C. y VERHOEVEN, J., *op. cit.*, pp. 131-149, CAMERON, J., *op. cit.*, p. 116; CAZALA, J., *Principe de précaution et procédure devant le juge international*, en LEBEN, C. y VERHOEVEN, J. *op. cit.*, pp. 151-192, GODARD, O. *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, 1997, p. 25; BASSAN, F. *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Roma, 2004, p. 164.

⁵¹¹ JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P., *op. cit.*, p. 15.

⁵¹² DI BENEDETTO, S., *op. cit.* p. 327.

Aun cuando nos encontremos dentro de uno u otro modelo, podemos debatir sobre los límites de las medidas de precaución. Algunos sostienen que estas deben ser proporcionadas, no-discriminatorias, consistentes, tomadas luego de un análisis costo-beneficio y un estudio científico apropiado⁵¹³ en cambio otros sostienen que dado que principio de precaución este elimina la probabilidad de riesgo -como base de la gestión de riesgo y aspira a lograr una situación de riesgo cero, los principios de proporcionalidad y cálculo de costos beneficios tan usados en la gestión del riesgo carecen de eficacia en el marco de la precaución.⁵¹⁴ Esta última posición a su vez es contestada por algunos doctrinarios que estiman que una aplicación selectiva del principio de precaución, lleva a aplicar prohibiciones por el desconocimiento de los posibles daños en la salud y el ambiente, pero también ignora los probables beneficios sobre la salud y el ambiente podría significar la aprobación de una actividad o sustancia⁵¹⁵ En este sentido, parte de la doctrina sostiene que debería hablarse de una nueva versión del principio de precaución que incluya como requisito previo, no sólo la evaluación de riesgos, sino también de beneficios y que sólo luego de la obtención de un resultado negativo, pueda aplicarse la medida de precaución.⁵¹⁶

Un segundo problema que plantea el principio deviene de la interpretación que se hace sobre él. La más tradicional predica que las actividades y sustancias que puedan dañar el ambiente deben ser reguladas cuando no, prohibidas, aun cuando no sean conclusivas las evidencias del daño que puedan causar al ambiente. La visión más progresiva resuelve por invertir la carga de la prueba hacia quien alega que la actividad o sustancia que defiende, no causará daño ambiental.⁵¹⁷

En el nivel básico, los Estados tienen el deber de no causar daños graves o sensibles a otros Estados o a espacios comunes. A lo largo de la evolución del derecho ambiental internacional, ha habido discrepancias acerca de las obligaciones de los Estados en la cuestión. En un principio se sostuvo que hay obligación de prevenir el daño sólo si los daños ocasionados fuesen reales o graves y con probabilidad de que se repitan. Luego se reconoció que la obligación también se plantea cuando hay un riesgo conocido para los otros estados. Sin embargo, las dificultades surgen a partir de los argumentos de los Estados para no tomar medidas de prevención a menos que haya claras y convincentes pruebas científicas de daño real o potencial. Fue esta preocupación sumada a la comprensión de que graves o irreversibles daños al medio ambiente podían acontecer antes de que las causas fueran entendidas, lo que condujo al desarrollo del principio de precaución.⁵¹⁸

La premisa básica del principio de precaución es "institucionalizar la precaución" donde hay riesgo de daño significativo. Esto ha generado una diversidad de enfoques, y por consiguiente, el estatuto del principio en el derecho ambiental internacional es muy discutido. A medida que se hace más universal y constantemente aplicado por los Estados y dentro de los tratados, es más probable que sea reconocido por los tribunales, que se han mostrado reacios a confiar ciegamente en el mismo.⁵¹⁹

A pesar de que principio se encuentra bien argumentado, la aplicación resultante del

⁵¹³ MC NELIS, N., "EU Communication..." *op. cit.*, p. 547

⁵¹⁴ AGUILAR, S. y JORDAN, A., *op. cit.*, pp. 68 y ss.

⁵¹⁵ GOKLANY, I., *Applying the Precautionary Principle to Genetically Modified Crops*, Center for Studies of American Business, Policy Study Nro. 157, Washington, 2000, p. 25

⁵¹⁶ KATS, D., *op. cit.* p. 978; LAIDLAW, A.K., *op. cit.*, p. 437.

⁵¹⁷ MARR, S., *op. cit.*, p. 821.

⁵¹⁸ BIRNIE, P. y BOYLE, A., *op. cit.*, pp. 115 y ss.

⁵¹⁹ BROWN, S. y DAUD H., *op. cit.*, p. 113.

mismo aún está plagada de obstáculos y debates liderados mayormente por el Grupo de Miami (que insiste en que no se interrumpa el comercio y en la consistencia del mismo con el marco de la Organización Mundial del Comercio) y la UE (que exigen mayor regulación en cuanto a los organismos vivos modificados). Si bien ambas partes consideran que sus disposiciones son incompatibles, el efecto jurídico real de las mismas todavía es desconocido, y las decisiones en materia del principio estarán, en última instancia, en manos de la interpretación de los tribunales.⁵²⁰

Este debate no es menor, sobre todo cuando pensamos que de su respuesta dependen, consecuencias millonarias sobre el comercio de organismos genéticamente modificados, y/o daños ambientales a mediano plazo nunca vistos y/o transformaciones genéticas impensadas o ninguna de todas las opciones catastróficas que podemos imaginar. Lo que no podemos negar es que la precaución está gestando en la arena internacional algún tipo de contenedor jurídico que la presente de manera consolidada como instrumento de regulación de las relaciones internacionales y que esta construcción no es desinteresada, sino que los sujetos de Derecho internacional, respondiendo a sus intereses nacionales o regionales operan de manera sostenida para dotar a la precaución de la estructura jurídica más apropiada a sus necesidades.

B.3.2- Del “conflicto conceptual” a la “inconsistencia normativa”

a- Nivel de protección

Otro de los temas que pueden cuestionar la compatibilidad entre las normas de Derecho internacional del medio ambiente y las normas de Derecho internacional económico, es el referido a los estándares de protección y la elección de las medidas para cumplir con ellos.

En el seno de la Organización Mundial del Comercio y de igual manera lo plantean las normas del Codex Alimentarius, se reconoce el derecho soberano de las Partes Contratantes a determinar los niveles de protección del medio ambiente, la salud o los derechos de los consumidores, el cual puede ser alto y en el seno de la Organización Mundial del Comercio hasta se llega a reconocer que las partes pueden pretender aplicar una política de “riesgo cero”⁵²¹ pero como bien hemos visto, estas organizaciones estiman que esta fase es una etapa que debe o al menos debería operacionalizarse antes de la evaluación de riesgos, pues implica una elección de política interna, en cambio, la evaluación de riesgos es posterior y científica. La determinación ex-ante de los niveles de protección, garantiza en cierta manera, la transparencia ex-post, en la elección de las políticas de gestión de riesgo, porque es obligatorio que exista una clara coherencia entre el nivel de protección, el riesgo determinado en la evaluación de riesgos y la medida de gestión adoptada.

Las normas de la Organización Mundial del Comercio ordenan que las Partes Contratantes cuenten con ciertas limitaciones sustantivas al momento de elegir una medida de protección de un interés legítimo, esto es, la medida no deberá restringir más de lo necesario el comercio internacional, para lo cual se han desarrollado dos exámenes obligatorios: la necesidad y la proporcionalidad de la medida.

⁵²⁰ *Ibid*, p. 115.

⁵²¹ LAMY, P., El lugar y la función (del derecho) de la OMC en el orden jurídico internacional, Intervención ante la Sociedad Europea de Derecho Internacional, Paris, 2006, disponible en http://www.wto.org/spanish/news_s/sppl_s/sppl26_s.htm

En cambio cuando analizamos las normas medioambientales, nos encontramos con una realidad sustancialmente diferente. En los tres tratados vistos se establece que el objetivo a alcanzar por medio de las acciones internas o coordinadas internacionalmente es, en general, “reducir al mínimo” o “evitar” los efectos adversos, y en el caso del Protocolo de Cartagena, en el artículo destinado a gestión del riesgo y medidas de logística comercial, se impone el objetivo de “evitar” los efectos adversos. Lo primero que estamos en condiciones de predicar es que los Estados han coordinado en materia de medioambiente -biodiversidad y comercio de productos biotecnológicos- un estándar mínimo de nivel de protección, que en la práctica opera como un estándar de protección elevado, porque si la medida de gestión debe reducir al mínimo o evitar el efecto adverso, es correcto inducir que el nivel de protección es alto o el nivel de tolerancia a los efectos adversos es bajo, tan bajo, que la medida debe reducirlos al mínimo o evitarlos.

Pero hasta aquí el problema no es mayor, porque si comparamos estas normas con las de Organización Mundial del Comercio, la elección de los niveles de protección es un derecho soberano de las Partes Contratantes y en los tratados medioambientales analizados, las partes han operacionalizado un derecho soberano. La dificultad se podría presentar al momento de la gestión del riesgo, es decir, al momento de la elección de la medida interna.

En cuanto a la relación de la medida interna con el principio de precaución, remitimos a lo analizado precedentemente, pero en el caso que no nos encontremos en un contexto de aplicación de aquel principio, la dificultad deviene cuando debemos equilibrar los derechos que pueden colisionar. En el caso de Organización Mundial del Comercio como ya hemos manifestado, las Partes Contratantes tienen la obligación de tomar la medida menos restrictiva al comercio que les permita conseguir el nivel de protección propuesto, pero en el caso de los tratados medioambientales, esta obligación no existe⁵²², por lo tanto las Partes Contratantes podrían elegir entre un cúmulo de medidas posibles para el cumplimiento del fin propuesto, una medida más restrictiva al comercio de lo necesario para proteger el medio ambiente como interés legítimo.

Las referencias al criterio de necesidad que existen en los tratados de medio ambiente, no entrarían en conflicto con las normas Organización Mundial del Comercio toda vez que para ésta son admisibles tanto las medidas que contribuyen al logro del objetivo legítimo perseguido, como aquellas que se presentan indispensables para llegar a la meta propuesta, sin embargo, la diferencia es que los tratados medioambientales cuentan con una meta de protección elevada y no contemplan excepciones o atenuantes al cumplimiento del fin propuesto, es decir, no incluyen objetivos legítimos para exepcionar el cumplimiento de sus normas; en cambio, los tratados comerciales, aun consagrando una meta elevada -la liberalización total del comercio- incluyen excepciones como aquellas enumeradas en los artículos XX y XXI del GATT.

La única referencia que las normas del Protocolo de Cartagena incluyen sobre otros tratados internacionales en materia de adopción de medidas, lo hacen al momento de tratar la logística de comercio de productos biotecnológicos al ordenar que deben tenerse en cuenta las normas y los estándares internacionales pertinentes al momento de regular internamente la manipulación, envase y transporte de los organismos vivos modificados. Está en una clara referencia a las normas del Codex Alimentarius que tienen por objetivo elaborar este tipo de reglas de comportamiento.

⁵²² ZARILLI, S., *Legal Frameworks...* op. cit. en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law...* op cit., p. 247.

El único modo de permitir el ingreso de un límite a la elección de medidas más restrictivas de los necesario al comercio internacional es por vía del artículos que mencionan que las normas de la CDB y Cartagena y ITPGRs no modifican los derechos y las obligaciones que provienen de otros tratados internacionales, por lo tanto el punto de acuerdo sería adoptar una medida que más proteja al medio ambiente y menos restrinja el comercio.

b- Evaluación del riesgo

Algunos autores consideran que existen dos tipo de evaluación del riesgo: una “convencional” y una “basada en un enfoque preventivo” la diferencia implica que la primera considerar a esta etapa sólo como una instancia de análisis cuanti-cualitativo del peligro y el riesgo y reconoce a la precaución o cautela como una herramienta pertinente para la definición de la gestión del riesgo; la segunda, por contrario reconoce la aplicación de la precaución o cautela en esta primera fase y no como un instrumento de gestión de riesgos.⁵²³

Esta diferencia surge por dos vertientes, la primera emerge necesariamente de la propia conceptualización que se formula en torno de la precaución o cautela. En la medida que la consideremos un principio o una costumbre internacional, su esfera de influencia abarcará todo el proceso de toma de decisión, en cambio si no encontramos en la corriente que sólo considera a la precaución o cautela un enfoque o instrumento para la definición de políticas públicas, ésta se encontrará exenta de este momento.

La segunda de las razones que justifican la distinción entre estas dos posibilidades nace de la propia conceptualización de la etapa de evaluación de riesgos, porque los primeros consideran que en este primer momento sólo deben ser analizadas cuestiones científicas, toda vez que la evaluación es un proceso que conduce a la determinación de la posibilidad y de la probabilidad del riesgo a partir de los datos recogidos por medio del método científico, en cambio la segunda posición estima que ninguna etapa puede ser librada a la actuación científica aislada de la valoración política, en consecuencia, los elementos científicos deben ser contextualizados conjuntamente a criterios políticos que ayudan a determinar un concepto de riesgo de naturaleza mixta y composición científico-política.

c- Gestión del riesgo

En el caso de la gestión del riesgo se materializan supuestos similares a los que analizamos en el punto anterior, es decir, una divergencia de posiciones en torno a la propia conceptualización de la etapa. Por una parte, algunos consideran que si bien en esta fase confluyen los elementos políticos que intervienen para ponderar los resultados científicos obtenidos en la etapa anterior, es decir que éste es el momento en que podría recurrirse a la precaución como instrumento para la elección de la medida destinada a la gestión del riesgo que ha sido previamente determinado en la fase de evaluación del riesgo, otros consideran que la gestión del riesgo no debe mantener una relación de medio-fin con los datos científicos, porque esta instancia también esta revestida de elementos meta-científicos como son las consideraciones socio-económicas que principalmente han sido recogidas en los acuerdos de Derecho internacional del medio

⁵²³ ZARRILLI, S., *International Trade in GMOs and GM products: National and Multilateral Legal Frameworks*, Study Series Nro. 29, UNCTAD, 2005, p. 4, CHRISTOFOROU, T., *op. cit.*, en TICKNER, J.A. (editor), *Precaution, Environmental Science... op. cit.*, p. 246.

ambiente, como ya analizamos precedentemente.

El debate en la actualidad pasa por determinar las relaciones de la ciencia con la política, el rol de la primera en la limitación de la segunda o a la inversa, la primacía de la segunda por sobre el dogmatismo de la primera. Asimismo, y con un tinte menos filosófico, también puede considerarse que la materia del debate radica fundamentalmente en la definición del poder relativo de las potencias en el espacio comercial, en general, y biotecnológico, en particular, no obstante parte de la doctrina sostiene que aun cuando han sido incorporadas cuestiones socio-económicas en el proceso de evaluación del riesgo, estas han significado variaciones menores, toda vez que la supremacía del riesgo físico sigue sosteniendo al régimen del Protocolo de Cartagena.⁵²⁴

d- Revisión de medidas

En el caso de los tratados de medio ambiente, con especial referencia al Protocolo de Cartagena, presenta una redacción curiosa; el artículo 12 del Protocolo de Cartagena, hace referencia a que la parte de importación “podrá revisar la medida...” lo cual implica una facultad, no una obligación de revisar y eventualmente, modificar la medida cuando exista nueva información o hayan cambiado las circunstancias de valoración. La única obligación que tiene la parte de importación es responder a una solicitud de la parte de exportación que haya solicitado la revisión y/o modificación de la medida, debiendo dar sus argumentos para el mantenimiento o la modificación, pero en el caso que la parte de exportación no haya solicitado la revisión o modificación, la parte de importación no tiene la obligación de revisar periódicamente sus medidas restrictivas a los movimientos transfronterizos, aun cuando tenga conocimiento de la existencia de nueva información; el Protocolo en ese caso, crea una facultad, pero no una obligación de revisión y eventual adecuación de las medidas en base a la información disponible.

Esto demuestra un nuevo punto de fricción entre las normas multilaterales de comercio y las normas ambientales del Protocolo de Cartagena, por las diferentes obligaciones que uno y otro imponen en cuanto al constante proceso de seguimiento o monitorización de la relación existente entre información científica – evaluación de riesgos – medida de precaución o cautela. Como bien expresa ZARILLI, los importadores en el marco del Protocolo de Cartagena no están obligados a recoger información necesaria para formular una evaluación de riesgo y la medida restrictiva del comercio puede ser sostenida sin límite de tiempo; en contraste, el acuerdo SPS obliga a las Partes Contratantes a recoger información científica necesaria para realizar una evaluación del riesgo y revisar las medidas restrictivas del comercio en períodos de tiempo razonables⁵²⁵ REDWELL por su parte agrega que esta posibilidad constituye en teoría una medida restrictiva al comercio que debe ser limitada por las propias disposiciones del Protocolo que reconocen que no afectarán derechos ni obligaciones contempladas en otros tratados⁵²⁶

e- Precaución o cautela

El punto de conflicto que queremos resaltar se apoya en la valoración de la precaución o

⁵²⁴ SEIFERT, F. "The Transatlantic Conflict over Biotechnology and the Hegemony of Physical Risk", en *Yearbook of the Institute for Advanced Studies on Science, Technology & Society*, Año 2005, pp. 376 y ss en SEIFERT, F., "Divided We Stand..." *op. cit.*, p. 13.

⁵²⁵ ZARILLI, S., *Legal Frameworks...* *op. cit.* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law...* *op. cit.*, p. 245.

⁵²⁶ REDGWELL, C., *Biotechnology, Biodiversity...* *op. cit.* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law...* *op. cit.*, p. 74.

cautela, toda vez que de acuerdo a la amplitud que se le otorgue, resultará en diferentes ámbitos de aplicación y por lo tanto, en diferentes consecuencias jurídicas. Como hemos analizado, este concepto a partir de las divergencias que hemos manifestado, no casuales sino que decididamente apoyadas por actores internacionales contrapuestos, ha sido recogido desde sus diferentes apreciaciones en los tratados que analizamos, dando como resultado la emergencia de inconsistencias o contradicciones de Derecho internacional.

Como se puede observar en el seno de la Organización Mundial del Comercio la precaución o cautela, no es reconocida como principio general de Derecho internacional, ni mucho menos como una costumbre internacional, sino que solamente se le ha dado el apelativo de “aproximación” o “enfoque”; aunque tampoco podemos dejar de resaltar que, a nuestro modo de ver, nos encontramos frente a un proceso suficientemente dinámico como para descartar un cambio de postura doctrinal en el seno de la Organización Mundial del Comercio. Esta dinámica es clara cuando comparamos lo expuesto en el informe del asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, donde el Órgano de Apelación fue totalmente categórico en denominar a la cautela o precaución, como un “enfoque” sin embargo en el asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, el Grupo Especial en una actitud diferente optó por no valorar la naturaleza jurídica de la precaución o cautela, afirmando que es un concepto en proceso de cristalización, es decir, el Grupo Especial, aun pudiendo mantener la afirmación categórica del Órgano de Apelación, optó por el silencio, poniendo de manifiesto que el estado del arte ha cambiado lo suficiente como para sostener una afirmación como la que formuló el Órgano de Apelación en su momento.

No obstante, aun cuando puedan pronosticarse cambios, la interpretación vigente en nuestros días muestra una Organización Mundial del Comercio que interpreta y aplica de manera restrictiva a la precaución o cautela, dándole lugar, sólo cuando sea aplicable el artículo 5.7 del acuerdo SPS, es decir cuando existe un estado de incertidumbre por insuficiencia de pruebas científicas, concepto que debe distinguirse de la incertidumbre científica, que se materializa por la existencia de opiniones científicas divergentes o minoritarias.

La Organización Mundial del Comercio tiene un apego extremo a la evaluación científica de riesgos. TROUCHE estima que “la Organización Mundial del Comercio no estimula el nacimiento del principio de precaución -como lo catalizó el juez comunitario- pues el imperativo de la evaluación del riesgo no disminuye por la presencia de incertidumbre científica, los riesgos alegados por una de las partes debe ser fundado en un evaluación de riesgos. Una medida de precaución fundada en un riesgo no probado científicamente será incompatible con el acuerdo SPS”⁵²⁷

En el caso de que existan opiniones científicas minoritarias, éstas estarán apoyadas en las pruebas científicas que analizan en el proceso de evaluación de riesgos y esto permitiría justificar un medida fitosanitaria, pero sólo en el caso que no sea posible la realización de una evaluación del riesgo por no contar con pruebas para analizar y evaluar, se permite la aplicación de una enfoque de precaución o cautela en el supuesto mencionado. Como predica NGO “El artículo 5.7 del acuerdo SPS es una forma minimalista de tomar en consideración el principio de precaución, dadas las cuatro condiciones acumulativas que impone el artículo”⁵²⁸

⁵²⁷ TROUCHE, A. *op. cit.*, p. 303.

⁵²⁸ NGO, M., "La conciliation entre les impératifs de sécurité alimentaire et la liberté de commerce dans l'accord SPS" en *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 21, Nro. 1, Año 2007, p. 38. Las

El problema evidente resulta cuando observamos la interpretación de la precaución o cautela en el seno de los tratados medioambientales, en especial el Protocolo de Cartagena, donde se ha optado por una interpretación y aplicación amplia del concepto que analizamos. La CDB hace mención a la “falta de pruebas inequívocas” situándonos en un contexto en el que pueden existir dudas o posiciones no unánimes, o para ser más precisos, se da un contexto de “pruebas equívocas” en cuanto a los efectos adversos, pero siempre el principio de precaución implica, a nuestro entender, el conocimiento de todo el estado del arte al momento de la toma de decisión.

En cambio, el Protocolo de Cartagena, permite la asistencia del principio de precaución en un contexto más amplio, justificado la aplicación de medidas amparadas en la precaución o cautela por “falta de información” o “conocimientos científicos pertinentes” creando dos situaciones bien diferentes: 1) que la información científica exista y quien toma la decisión la desconoce y 2) que la información científica no exista. Reiterando lo manifestado precedentemente, la precaución o cautela es llevada al máximo extremo de interpretación y aplicación, lo que hace colisionar necesariamente las normas de los tratados medioambientales con las de comercio internacional. Para PAVONI, el Protocolo de Cartagena y la legislación comunitaria europea, como antecedente, demuestran la evolución de la precaución desde ser considerada un principio puramente interpretativo, a ser un principio normativo, pues ha sido operacionalizado a través del régimen medioambiental consagrando derechos y obligaciones⁵²⁹

Esta aproximación de los tratados medioambientales responde a una cultura más europeísta⁵³⁰ y esto queda de manifiesto al conocer el modo de interpretar y aplicar la precaución o cautela en el espacio comunitario europeo.

Asimismo, la prueba contundente de la afirmación anterior la encontramos en el Dictamen 2/00 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el cual se expresó “tal como resulta de su génesis, de su finalidad y de sus disposiciones, el Protocolo es un acuerdo multilateral en el ámbito del medio ambiente que se basa en el principio de cautela (artículo 1 del Protocolo). Su finalidad medioambiental, claramente subrayada por su preámbulo, se debe en gran parte a la iniciativa de la Comunidad y de sus Estados Miembros, puesto que durante las negociaciones la Comisión -al igual que todos los Estados Miembros- hizo constantemente hincapié en este objetivo.

El Tribunal continúa diciendo: dos elementos en concreto ponen de manifiesto la importancia del Protocolo para la protección del medio ambiente. Por una parte, reconoce expresamente, quizá por primera vez en un acuerdo internacional, la necesidad de una regulación específica de los Organismos Vivos Modificados, y admite que estos productos, por razones de protección del medio ambiente, no se pueden tratar como cualquier otro producto. Por otra parte, el Protocolo aplica de manera muy concreta el

cuatro condiciones acumulativas son: a) que la medida se imponga con respecto a una situación en la que “los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”; b) que la medida se adopte “sobre la base de la información pertinente de que se disponga”; c) que el Miembro que adopte la medida “trate de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”; y d) que el Miembro que adopte la medida “revise en consecuencia la medida (...) en un plazo razonable”.

⁵²⁹ PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 44

⁵³⁰ PAVONI manifiesta en este sentido que la legislación de Unión Europea, claramente refleja una lógica de la precaución. Ver PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 42.

principio de cautela, uno de los principios básicos de la política comunitaria en el ámbito del medio ambiente, con el fin de determinar el alcance exacto de las obligaciones de los países importadores.

Así, tanto el artículo 10, apartado 6, como el artículo 11, apartado 8, disponen que “el hecho de que no se tenga certeza científica (...) sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica (...) no impedirá a la parte de importación (...) adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate”. Debe subrayarse que, según queda formulado en estas disposiciones, el principio de cautela justifica que se deniegue la autorización de importación “a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos”

Finalmente el tribunal concluye manifestando, de este modo, el Protocolo adopta (...) la versión “permisiva” de este principio, típica de los acuerdos sobre la protección del medio ambiente, en lugar de la versión “restrictiva”, que se encuentra en algunos acuerdos comerciales y en particular en el artículo 5, apartado 7, del acuerdo SPS. Esta última disposición tiene por objeto limitar las condiciones en las que un miembro puede recurrir al principio de cautela para restringir la importación de productos.

A nuestro entender, consideramos que esta última manifestación adjetiva de “permisiva” y “restrictiva” para calificar los enfoques de la Organización Mundial del Comercio y del Protocolo de Cartagena, son suficientes para asegurar que estos tratados divergen en este punto, lo cual puede implicar en la práctica una descoordinación importante al momento que una Parte Contratante de ambos tratados opte por una medida que sea incompatible a ambos acuerdos internacionales. Tal como lo manifiesta PAVONI, “la característica del Protocolo de Cartagena en relación al principio de precaución, es que las Partes Contratantes pueden tomar medidas restrictivas del comercio, aún cuando estas medidas sean potencialmente inconsistentes con las normas de la Organización Mundial del Comercio.”⁵³¹ En igual sentido se expresa REDWELL quien sostiene que la flexibilidad de las reglas bajo el Protocolo de Cartagena sugiere que este representa un tratado basado en el unilateralismo ambiental y es un prototipo de mínima armonización legislativa entre las Partes Contratantes⁵³²

C- La tercera fase: La controversia sobre el etiquetado de productos biotecnológicos

C.1- Introducción

Una cuestión que despierta controversias en materia de biotecnología, se vincula a la cuestión del etiquetado de los productos biotecnológicos y quizás despierta asimismo el interrogante de cual puede ser su importancia, toda vez que al lado de otros temas de aparente mayor importancia, como la propiedad de los recursos genéticos, la biopiratería, la patentabilidad de las modificaciones genéticas, los derechos humanos y la propiedad intelectual de los pueblos originarios, la precaución como rector de los procesos de toma de decisión, parecería que el etiquetado es una cuestión menor; no obstante, en contraposición a lo que un lector novato pueda considerar, el etiquetado representa mucho más que una forma de individualizar un producto dentro del

⁵³¹ PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 42.

⁵³² REDWELL, C., *Biotechnology, Biodiversity... op. cit.* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 70.

mercado; implica la materialización de una racionalidad en el modo de legislar tanto en el ámbito interno, como en el espacio internacional, de acuerdo al rol que se le asigna a la ciencia en la sociedad.

Al igual que en muchas de las cuestiones que hemos abordado previamente, en el etiquetado podremos encontrar regulaciones que siguen una “racionalidad científica”, implicando la elección de políticas que persiguen una maximización del progreso tecnológico, respetando ciertos estándares científicos⁵³³ y por otra parte podemos descubrir una “racionalidad social” a partir de la cual la ciencia y la tecnología lejos de ser el motor de la sociedad, se constituyen como una actividad a regular que debe contribuir al crecimiento, pero siempre manteniendo un equilibrio entre las preferencias de todos los actores involucrados, asegurando la precaución tecnológica y el control del impacto que esta pueda significar a la sociedad⁵³⁴

El debate atraviesa muchas disciplinas, incluyendo las ciencias biológicas, políticas y económicas, las cuales son invocadas tanto por propulsores como por detractores, en la tarea de desentrañar de las mismas argumentos que sostengan sus posiciones.⁵³⁵ Estas dos racionalidades se constituyen como la base filosófica a partir de la cual se estructuran sistemas legislativos antagónicos en los cuales los primeros se focalizarán sobre la relevancia de un organismo o producto final, analizando la composición de este y sus características intrínsecas; en cambio, los segundos harán hincapié no sólo en el resultado definitivo, sino también en el proceso de producción y en las técnicas utilizadas en la creación del organismo y/o del producto.

Encontraremos sistemas de *etiquetado voluntario*, los cuales dejan en manos del productor la elección de identificar el organismo o producto. Algunos autores sugieren que el etiquetado voluntario puede aumentar la credibilidad en las industrias y la aceptación por parte de los consumidores.⁵³⁶ Asimismo, otros expresan que el etiquetado voluntario permite que los consumidores que están dispuestos a pagar más por alimentos libre de OGM lo puedan hacer sin perjudicar a otros consumidores que no están dispuestos a hacerlo, por lo tanto el etiquetado voluntario es más eficiente pues sería lo más parecido a un sistema político representativo, donde el mercado está dividido entre lo que están dispuestos a pagar más y aquellos que prefieren no hacerlo.⁵³⁷ Otros autores predicán del etiquetado voluntario la bondad de permitir a los productores la posibilidad de comunicarse con los consumidores, expresando la presencia o ausencia de OGM en los alimentos, de un modo libre.⁵³⁸ Otras razones para sostener una norma voluntaria es dejar en manos del industrial esta posibilidad a fin que la disponga en la medida que los beneficios superen los costos de implementación, pues suele ser costoso el trabajo de segregación de los organismos GM de aquellos No-GM⁵³⁹

⁵³³ GRANT, I. y KERR, W., "Genetically Modified Organisms at the World Trade Organization: A harvest of trouble" en *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nro 6, Año 2003, p. 1088.

⁵³⁴ GRANT, I. y KERR, W., "Genetically Modified Organisms..." *op. cit.*, p. 1088.

⁵³⁵ EKANEM, E. y MAFUYAI-EKANEM, M., *op. cit.*, pp. 65-70.

⁵³⁶ BROW, J.L. y PING, Y., "Consumer perception of risk associated with eating genetically engineered soybean is less in the presence of a perceived consumer benefit" en *Journal of the American Dietetic Association*, Vol. 103, Año 2003, pp. 208-214.

⁵³⁷ CARTER, C., y GRUÈRE, G., "Mandatory Labeling of Genetically Modified Foods: Does it really provide consumer choice?" en *AgBioForum*, Vol. 6, Nro. 1&2, Año 2003a, pp. 68-70.

⁵³⁸ CASWELL, J., "Should use of genetically Modified organisms be labeled?" en *AgBioForum* Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, p. 22-24.

⁵³⁹ CASWELL, J., "Labeling Policy for GMOs: To each his own?" en *AgBioForum* Vol. 3, Nro. 1, Año 2000, p. 53-57.

También podemos encontrar sistemas normativos que receptan disposiciones de *etiquetado obligatorio*, los cuales penalizan la comercialización de los organismos y productos sin haber sido identificados como la legislación lo ordena. El principal argumento de los promotores de esta opción es el “*derecho de los consumidores a saber*” qué es lo que están comiendo.⁵⁴⁰ El etiquetado obligatorio se focaliza en la soberanía de los consumidores pues cuentan con la información total⁵⁴¹ que les permite tomar decisiones económicas eficientes balanceando precio, utilidad y riesgos.⁵⁴² Este sistema puede ser elegido por los gobiernos si estiman que las prácticas privadas son insuficientes en la comunicación con los consumidores o para evitar el fraude en el etiquetado.⁵⁴³

Hay sistemas normativos que preestablecen *umbrales* a partir de los cuales nace la obligación de etiquetar, en consecuencia a *contrario sensu*, si la presencia de organismos genéticamente modificados es inferior al umbral prefijado, la obligación no se materializa. No obstante, estos umbrales pueden ser elevados, como es el caso de Japón (5%), bajos, como es el caso de la Unión Europea (0,9%) y en algunas circunstancias, inexistentes, ya que la legislación consagra normas de tolerancia “cero”, y ordena el etiquetado de los organismos y/o productos ante la mínima presencia de estos, tal es el caso chino. Estos umbrales serán más o menos efectivos dependiendo de la tecnología que dispongan los Estados a fin de determinar la presencia real de trazas en los productos alimenticios.

Es posible encontrar dos visiones enfrentadas sobre *la naturaleza* de los organismos genéticamente modificados. En efecto, algunos Estados utilizan criterios de “*familiaridad*” o “*equivalencia sustancial*” para comparar a los OGM con los organismos y/o productos tradicionales paralelos, estimando que sólo será necesario etiquetar los organismos o productos en la medida que estos sean diferentes de los tradicionales en una medida significativa, por ejemplo si ha variado la composición o las propiedades nutricionales, pues sólo si se actualiza esta situación se le brinda al consumidor información relevante. La información debe ser simple, importante y consistente, no generando en el consumidor una alarma innecesaria.⁵⁴⁴ Los partidarios de esta postura se inclinan por una identidad reglamentaria derogable sólo con pruebas científicas contrarias, cuya producción debe ser asumida por aquellos que deseen impedir el uso de productos y organismos modificados genéticamente⁵⁴⁵ En cambio, otros Estados los consideran “*nuevos alimentos*” para los cuales los criterios recién citados no constituyen una prueba de su homogeneidad y mucho menos de su inocuidad con relación a los paralelos tradicionales.

La categoría anterior se relaciona con la visión acerca de si los organismos y productos

⁵⁴⁰ CARTER, C., "International Approaches to the Labeling of Genetically Modified Foods" en *Update: Agricultural and Resource Economics* – University of California Giannini Foundation, Vol 6, Nro 1, Año 2002, p. 2-10; CARTER, C. y GRUÈRE, G., "International approaches to the labeling of Genetically Modified Foods" en *Agricultural Marketing Resource Center*, University of California, March 2003b, p. 2; EINSIEDEL, E., "Consumer and GM Food Labels: Providing information or Sowing Confusion?" en *AgBioForum* 3 (4) 2000 p. 231-235 y ARHTER, J., QUTUB, M., BURNHAM, N. y AKHTAR, M., "Genetically Modified foods: Health and Safety Issues" en *Annals of Saudi Medicine*, Vol. 21 Nros. 3 y 4, Año 2001.

⁵⁴¹ CASWELL, J., "Should use of..." *op. cit.*, p. 23.

⁵⁴² PHILLIPS, P. y GRANT, I., "GMO Labeling: Threat or opportunity?" en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, p. 25-30.

⁵⁴³ CASWELL, J., "Labeling Policy for GMOs:..." *op. cit.*, p. 54.

⁵⁴⁴ HOBAN, T., "Trends in consumer attitudes about agricultural biotechnology" en *AgBioForum*, Vol 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 3-7.

⁵⁴⁵ ROSSI DAL POZZO, F., *op. cit.*, p. 83.

genéticamente modificados deber ser evaluados por su composición como *productos* o por el *proceso* mediante el cual fueron obtenidos. Los promotores de la primera idea sostienen que los organismos deben ser evaluados por composición físico-química, propiedad nutricional y seguridad, sin importar el proceso por medio del cual se logró este resultado; sin embargo, entre los segundos encontramos el argumento que sostiene que el proceso es una de las características fundamentales de un producto y además es posible que el cambio introducido sea imposible de localizar en el producto una vez que se ha finalizado el proceso de producción, no obstante, el consumidor puede tener algún tipo de oposición al proceso,⁵⁴⁶ por ejemplo los vegetarianos coinciden en que muchas veces algunas verduras han sido modificadas introduciéndoles proteínas o material genético animal que posteriormente no es identificable⁵⁴⁷

En cuanto a *los objetivos* que persigue el etiquetado podríamos determinar dos propósitos. El *primero* se constituye como una sub-área del “*acceso a la información*” de parte de los consumidores, a partir del momento que el etiquetado es el instrumento o herramienta con la cual los consumidores conocen una característica del organismo y/o producto que se les ofrece, pudiendo ejercitar el derecho a saber, elegir, utilizar o consumir con conocimiento de causa. Este es uno de los principales principios en la protección de los derechos de los consumidores, en virtud que los mismos pueden ejercitar sus elecciones respetando sus preferencias económicas, religiosas, éticas, morales o de salud.⁵⁴⁸ Dentro de este marco es donde encontramos el “derecho a saber”, especialmente vinculado a las propiedades nutricionales, uso, funciones y aplicaciones de un organismo o producto, al efecto de permitir elecciones más saludables y nutritivas⁵⁴⁹. Asimismo, algunos autores pueden justificar dentro de esta categoría la demanda de información por parte del consumidor como actor en el debate público sobre los beneficios o riesgos de los Organismos Genéticamente Modificados, por lo que el etiquetado tendría una función educativa⁵⁵⁰, aunque otros sostienen que más importante que la determinación de las palabras que se incluyen en una etiqueta es saber si el consumidor está en condiciones de comprender su significado,⁵⁵¹ sobre todo teniendo en cuenta los bajos niveles de conocimiento público, debería hacer hincapié en más educación que en políticas de identificación y segregación.⁵⁵²

El *segundo* de los propósitos que puede perseguir el etiquetado de organismos o productos genéticamente modificados radica en la materialización de un instrumento de “*gestión de riesgo*” con posterioridad a la comercialización del organismo o producto genéticamente modificado. La información que las etiquetas puede proveer a los consumidores, en primer lugar puede advertir sobre potenciales efectos dañinos sobre la salud o las implicancias ambientales de estos organismos o productos.⁵⁵³ Asimismo, el etiquetado sería el instrumento para identificar un producto y retirarlo del mercado en

⁵⁴⁶ PHILLIPS, P. y GRANT, I., “GMO labelling...” *op. cit.*, p. 28; CHESS, C., “Fearing Fear: Communication about Agricultural Biotechnology” en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 17-21; MARCHALL, K., “What's in a label” en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 35-37.

⁵⁴⁷ ARHTER, J., QUTUB, M., BURNHAM, N. y AKHTAR, M., *op. cit.*, Editorial.

⁵⁴⁸ FAO – Commission on genetic resources for food and agriculture, *The role of law in realising the potential and avoiding the risks of modern biotechnology*, Background Study Paper Nro. 19, Año 2002. p. 16; STILWELL, M. y VAN DYKE, B., *An Activist's Handbook on Genetically Modified Organisms and the WTO*, Center of international Environmental Law, Second Edition, Año 1999, p. 7 y EINSIEDEL, E., *op. cit.*, p. 232.

⁵⁴⁹ UNNVEHR, L. y HASLER, C., “Health claims and labeling regulation: How will consumer learn about functional foods?” en *AgBioForum*, Vol. 3, Nro. 1, Año 2000, pp. 10-13.

⁵⁵⁰ STILWELL, M. y VAN DYKE, B., *op. cit.*, p. 7.

⁵⁵¹ MARCHALL, K., *op. cit.*, p. 36.

⁵⁵² HOBAN, T., *op. cit.*, p. 6 y EINSIEDEL, E., *op. cit.*, p. 234.

⁵⁵³ FAO – Commission on genetic resources for food and agriculture, *op. cit.*, p. 42.

caso de actualizarse un daño no previsto, minimizando de este modo, cualquier perjuicio sobre la salud de los consumidores o el medio ambiente. El etiquetado en este caso responde al principio de precaución⁵⁵⁴ consagrado en múltiples declaraciones y tratados internacionales⁵⁵⁵, el cual no implica su invocación y aplicación arbitraria. En este sentido, algunos autores expresan que los gobiernos tienen la responsabilidad de tomar medidas efectivas para prevenir las amenazas sobre el medio ambiente, sobre todo cuando la evidencia científica es incompleta o no conclusiva, para lo cual el etiquetado de los organismos y productos genéticamente modificados se constituye como una respuesta comprensiva, visto que permite la remoción del mercado en casos inesperados. El etiquetado es una herramienta fundamental del principio de precaución⁵⁵⁶

No obstante los propósitos que puedan ser perseguidos por el etiquetado de organismos o productos genéticamente modificados, la otra cara de esta misma moneda, es la prevención de que la etiqueta incluya alegaciones que sean falsas o engañosas, inductivas al error del consumidor, determinando un comportamiento económico, que en otras circunstancias, si dispusiera de información correcta, no elegiría.

El temor sobre un posible efecto distorsivo del etiquetado es sostenido por diversos autores, para quienes el etiquetado implica advertir sobre riesgos vinculados a la seguridad de los alimentos que no existen, lo cual invita al fraude por no poder ser posible la identificación de estos riesgos.⁵⁵⁷ Asimismo, la política de etiquetado significa una elevación de los costos industriales derivado de la segregación y verificación de la producción⁵⁵⁸ que termina por perjudicar a los consumidores que deben pagar más por estos productos y actúa como una importante barrera al comercio internacional,⁵⁵⁹ no asegurando necesariamente una mayor y mejor información al consumidor, pues este puede verse sugestionado por la etiqueta e inducido a una gran confusión reduciendo la eficiencia económica del instrumento⁵⁶⁰ ya que mucho depende de la capacidad del consumidor de interpretar la información suministrada. La gran confusión a la que puede verse sometido un consumidor radica en que el etiquetado de los organismos genéticamente modificados -en sus múltiples posibilidades: “puede contener OGM”, “contiene OGM”, “no contiene OGM”, producido a partir de OGM”⁵⁶¹- no informa al consumidor de las diferencias existentes entre los organismos genéticamente modificados de primera y segunda generación⁵⁶², sino que aplica una definición que engloba todos los tipos y categorías, ni tampoco informa sobre las diferencias entre

⁵⁵⁴ Ver el debate en torno al concepto de la “precaución” que desarrollamos en la el capítulo 2 de la Primera Parte de este trabajo.

⁵⁵⁵ Este principio ha sido contemplado en el principio 15 de la Declaración sobre Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro de 1992, como así también el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre seguridad en la Biotecnología.

⁵⁵⁶ STILWELL, M. y VAN DYKE, B. *op. cit.*, p. 7.

⁵⁵⁷ CARTER, C. y GRUERE, G., “International Approaches to the labelling...” *op. cit.*, p. 2.

⁵⁵⁸ CASWELL, J. “Should use of genetically...” *op. cit.*, p. 22 y CARTER, C. y GRUERE, G. “Mandatory labelling...” *op. cit.*, p. 68.

⁵⁵⁹ CARTER, C. y GRUERE, G., “Mandatory labelling...” *op. cit.*, p. 68.

⁵⁶⁰ RAAB, C. y GROBE, D., “Labeling Genetically Engineered Food: The consumer Right to Know?” en *AgBioForum*, Vol. 6, Nro. 4, Año 2003, pp. 155-161 y CARTER, C. y GRUERE, G., “Mandatory labelling...” *op. cit.*, p. 70.

⁵⁶¹ EINSIEDEL, E., *op. cit.*, p. 233.

⁵⁶² La primera generación de OGM sólo implicó beneficios al productor en la medida que aumentaron sus rindes por ser las semillas mas resistentes a los agroquímicos o aptas para ser cultivadas en condiciones climatológicas adversas, en cambio, los de segunda generación implican un beneficio para el consumidor, toda vez que fueron mejorados en sus condiciones nutricionales, por ejemplo aumentando los niveles vitamínicos del arroz Ver ROSSI DAL POZZO, F., *op. cit.*, p. 65.

organismos genéticamente modificados y tradicionales, lo cual dificulta una elección racional.⁵⁶³

El problema internacional del etiquetado no radica en la diversidad de las legislaciones en si mismas, sino que estas encarnan supuestos antagónicos que deben ser compatibilizados de acuerdo a las obligaciones internacionales vinculantes y vigentes que regulan, sobre asimismo, cuestiones que aparentemente encarnan diferentes racionalidades, el comercio internacional y la protección del medio ambiente.

En este contexto analizaremos el contenido de las normas del Protocolo de Cartagena, de la Organización Mundial del Comercio y del Codex Alimentarius que regulan las condiciones bajo las cuales las Partes Contratantes podrían disponer internamente sistemas normativos que tuvieran por objeto la individualización de los organismos y/o productos genéticamente modificados mediante su etiquetado. Descubriremos como la finalidad de la norma que impone el etiquetado, vinculará los regímenes suministrándolos los elementos para analizar las potenciales inconsistencias normativas, toda vez que, si el objeto perseguido por el etiquetado dispuesto por el Protocolo de Cartagena responde a una finalidad sanitaria, el marco de referencia para la comparación estará dado por el acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias (SPS), por el cual si un país basa sus medidas en normas internacionales (Codex Alimentarius), estas gozarán de una presunción de legalidad, no obstante las Partes Contratantes de la Organización Mundial del Comercio no están obligadas a actuar en este sentido exclusivamente, sino que pueden tomar otros caminos, siempre que gocen de una justificación científica⁵⁶⁴.

El acuerdo SPS hace un fuerte hincapié en la “justificación científica”, que es mencionado en los artículos 3.3 y 5.7 e interpretado por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en el sentido de que no implica ni incluye meramente el riesgo teórico, ya que si sirve como fundamento para la restricción del comercio, el riesgo debe ser posible y probable. Asimismo, el acuerdo SPS fomenta a las Partes Contratantes a procurar la construcción de estándares, guías y recomendaciones a fin de armonizar las directrices de acción en materia sanitaria, otorgando un peso fundamental a la actuación de la Comisión del Codex Alimentarius, como punto focal en la materia⁵⁶⁵

Si los requerimientos de etiquetado no se basan en cuestiones sanitarias, sino que sustentan pretensiones éticas, religiosas, económicas etc. estas disposiciones serán reguladas por el acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT), debiendo observar las dos principales obligaciones que impone este acuerdo, a saber: la no discriminación entre productos similares y que la disposición no se constituya como una medida más restrictiva de lo necesario para la protección de un objetivo legítimo⁵⁶⁶

⁵⁶³ CARLSSON, F., FRYKBLUM, P. y LAGERKVIST, C-J, *Consumer benefits of label and bans on genetically modified food – An experimental analysis using choice experiments* - working paper in economics Nro. 129 – University of Gothenburg, 2004 p. 2 y MOSCHINI, G.C. y LAPAN, H., “Labelling regulations and segregation of first and second generation Genetically Modified Product: Innovation incentives and welfare effects” en *Agricultural Marketing Resource Centre – Centre for Agricultural and Rural Development – Iowa State University*, 2005, p. 2.

⁵⁶⁴ KELCH, D., SIMONE, M. y MADELL, M., “Biotechnology in agriculture confronts agreements in the WTO” en *Agriculture in the WTO/WRS*, Vol. 4, Año 1998, pp. 34-35.

⁵⁶⁵ APPLETON, A., “The Labeling of GMO products pursuant to international rules” en *New York University Environmental Law Journal*, Año 2000, pp. 566-578.

⁵⁶⁶ *Ibid.* pp. 574 y ss.

C.2- El etiquetado en materia de biotecnología en el Derecho internacional

C.2.1 El etiquetado en el Derecho internacional del medio ambiente

En el ámbito del Protocolo de Cartagena, la “gestión del riesgo” no sólo incluye medidas a nivel doméstico, sino que han sido establecidas medidas colectivas o de cooperación tales como a) la determinación conjunta de aquellos organismos vivos que puedan tener efectos adversos, b) la definición de medidas colectivas para su tratamiento y c) la información inmediata cuando se ha determinado una liberación de un organismo vivo modificado que pueda tener efectos adversos sobre la diversidad biológica o la salud humana y que conduzca o pueda conducir a un movimiento transfronterizo involuntario⁵⁶⁷.

Asimismo, otro de los puntos relativos a la logística del movimiento transfronterizo de los organismos vivos modificados, se vincula a las condiciones bajo las cuales deben ser manipulados, envasados y transportados, definiendo que todas estas acciones deben ser hechas en condiciones de seguridad, teniendo en cuenta las normas y los estándares internacionales pertinentes. Si bien el Protocolo declara que la Conferencia de las Partes en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de éste, determinará mayores precisiones, el instrumento crea obligaciones claras, precisas e incondicionales, tales como:

- a) Los organismos vivos modificados destinados a uso directo como alimento humano o animal, o para procesamiento, deben contar con una leyenda que claramente *identifique* que “*pueden llegar a contener*” organismos vivos modificados y que no están destinados para su introducción intencional en el medio.
- b) Los organismos vivos modificados destinados para uso confinado deben contener una leyenda que *indique* claramente *su condición de organismos vivos modificados* y su destino, como asimismo, sus condiciones de tratamiento.
- c) Los organismos vivos modificados destinados a su introducción intencional en el medio ambiente de la Parte de importación y cualquier otro organismo vivo modificado contemplado en el Protocolo debe estar *identificado claramente como organismo vivo modificado*; especificando la identidad y los rasgos y/o características pertinentes, los requisitos para su manipulación, almacenamiento, transporte y uso seguros.

La práctica de la organización demuestra que este punto es verdaderamente conflictivo, pues a pesar que en total se han formulado diez encuentros de las Partes Contratantes⁵⁶⁸,

⁵⁶⁷ Los puntos a) y b) se corresponden al artículo 16 in fine y la opción c) al artículo 17 del Protocolo de Cartagena.

⁵⁶⁸ ICCP 1, Montpellier, 11 - 15 Diciembre de 2000 - I/5 Handling, transport, packaging and identification; ICCP 2, Nairobi, 1 - 5 Octubre de 2001 - II/10 Handling, packaging, transport and identification; ICCP 3, La Haya, 22 - 26 Abril de 2002 - III/6 Handling, transport, packaging and identification (Article 18); COP-MOP 1, Kuala Lumpur, 23 - 27 Febrero de 2004 - BS-I/6 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms (Article 18); COP-MOP 3, Curitiba, 13 - 17 Marzo de 2006; BS-III/8 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraphs 2 (b) and 2 (c) of Article 18, BS-III/9 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraph 3 of Article 18; BS-III/10 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraph 2 (a) of Article 18; COP-MOP 4, Bonn, 12 - 16 Mayo de 2008 - BS-IV/8 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraphs 2(b) and (c) of Article 18; BS-IV/9 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraph 2(a) of Article 18, BS-IV/10 Handling, transport, packaging and identification of living modified organisms: paragraph 3 of

adoptando diferentes denominaciones, en las cuales se ha materializado las siguientes conclusiones. En el primer encuentro del Comité Intergubernamental, antes de la entrada en vigencia del Protocolo, se solicita que todas las partes envíen información sobre las normas que tienen y las prácticas que siguen sobre el tema. En la segunda reunión del Comité Intergubernamental, solicitan a las partes que envíen sus puntos de vistas sobre cuáles son las normas que deberían dictarse en relación al Artículo 18. 2 (a) y que comiencen a preparar sus comentarios sobre los puntos (b) y (c) del mismo artículo. En la reunión siguiente, se toma nota de las diversos puntos de vista sobre cómo proceder en el párrafo 2 (a) al punto que se ha tornado imposible superar las diferencias entre las partes, en cambio, en cuanto a los párrafos 2 (b) y (c) se llega a un acuerdo sobre cuales deben ser las recomendaciones a elevar a la Reunión de las Partes.

La primera Reunión de las Partes, tomó nota de los problemas para definir los detalles pormenorizados que exige la segunda proposición del párrafo 2 (a) del artículo 18, no obstante, reconociendo que las medidas que adoptaba serían provisorias, hasta que la dificultad antes señalada fuera resuelta. La Reunión de las Partes estableció que las Partes del Protocolo comenzaran a utilizar los sistemas de documentación existentes o sus prácticas comerciales, para requerir la clara identificación de los OVM destinados al uso como alimento para los seres humanos o piensos para los animales, o para ser procesados. Asimismo, debe indentificarse los embarques que “pueden contener” OVM con el fin señalado recientemente y que no están destinados a ser introducidos intencionalmente en el medio ambiente. La documentación que acompaña a los OVM debe contener datos de contacto del exportador, del importador y alguna autoridad competente designada por el gobierno. Se incentiva a trabajar en un código único para identificar a los OVM y finalmente se solicita que las Partes compartan sus experiencias en la aplicación de estas medidas.

Estas medidas no fueron suficientes, pues la próxima vez que la Reunión de las Partes trata el tema observa que han sido limitadas las experiencias comunicadas a la Secretaría, aun cuando existen normas claras en el ámbito de Naciones Unidas para el transporte de sustancias peligrosas y aún sido reconocido el derecho de cada una de las Partes a tomar las medidas domésticas que estime apropiado, en consecuencia, reitera el pedido a las Partes de enviar sus experiencias en la aplicación de las medidas que hayan adoptado

En un evento preparatorio a la cuarta Reunión de las Partes, se reconoce nuevamente la complejidad del asunto, la existencias de múltiples foros en los que se abordaba el tema, la imposibilidad de continuar multiplicando esfuerzos, la existencia de reglas que podrían ser adaptadas, por lo tanto se solicita a las Partes que identifiquen que reglas podrían ser adaptadas y cual creen que es el espacio más adecuado para la discusión del tema que los convoca.

Las próximas cuatro reuniones siguieron enunciando los mismos problemas de falta de acuerdo entre los países exportadores y los importadores. Se amplió el campo de trabajo hacia métodos de detección de OVM, a crear capacidad en los países en vías de desarrollo y se continúa requiriendo la cooperación entre las Partes para resolver el diferendo, cooperación que puede ser materializada en el ámbito de la Comisión del Codex Alimentarius o de la Organización Internacional de Estandarización. Hasta el día de la fecha, la Reunión de las Partes del Protocolo de Cartagena no ha llegado a una definición sobre el contenido de la información que debe acompañar a los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados.

C.2.2 El etiquetado en el Codex Alimentarius

En los apartados anteriores hemos analizado como tanto las normas del Derecho internacional ambiental, en concreto el Protocolo de Cartagena, como las normas de la Organización Mundial del Comercio, toman de referencias cuerpos estandarizantes como el Codex Alimentarius, atribuyendo a este la difícil tarea de normalizar relaciones tortuosas emergentes de las complejas racionalidades que gobiernan sendos regímenes internacionales. A continuación analizaremos el contenido de las disposiciones del Codex Alimentarius a fin de determinar la posibilidad de armonizar la cuestión relativa al etiquetado de productos biotecnológicos.

Las normas del Codex Alimentarius tienen por propósito garantizar que los consumidores reciban productos que cumplan con niveles mínimos aceptables de calidad, sean seguros y no presenten un peligro para la salud, no obstante, además de normas específicas, el Codex Alimentarius incluye también instrumentos de asesoramiento, tales como declaraciones de principio, códigos de prácticas, directrices y códigos de prácticas tecnológicas. Otra de las funciones del Codex Alimentarius es facilitar el comercio internacional de alimentos a través de la elaboración y la armonización de definiciones y requisitos para los alimentos.⁵⁶⁹ En este sentido, el Codex Alimentarius ha sido reconocido como una organización internacional de estandarización, cuyas disposiciones son aplicables en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, más concretamente, al acuerdo SPS.

Dentro del Codex Alimentarius existen diferentes comités específicos, entre los que podemos encontrar al Comité del Codex Alimentarius sobre Etiquetado de los Alimentos (CCFL). El CCFL comenzó a examinar las repercusiones de la biotecnología en el etiquetado de los alimentos al principio de la década de 1990, con objeto de formular recomendaciones apropiadas para el etiquetado de los alimentos obtenidos mediante ciertas técnicas de modificación genética/ingeniería genética. El tema ha figurado en el programa de cada una de las reuniones posteriores del CCFL, pero hasta el momento no se ha llegado a un consenso sobre las directrices o recomendaciones que se han de aprobar.

Ha habido diversos intentos y mecanismos entre reuniones para superar las dificultades encontradas. Muy recientemente, dado que sigue habiendo un apoyo considerable a la continuación del trabajo sobre este tema, el CCFL acordó, en su 34ª reunión celebrada en diciembre de 2006, establecer un Grupo de Trabajo físico para examinar todas las cuestiones pertinentes, a fin de identificar los principales problemas, y aprovechar la experiencia de los países que habían introducido la reglamentación pertinente.

El CCFL en su 35ª reunión encomendó a Estados Unidos, Canadá y Nigeria, la elaboración de un documento que analice si de las disposiciones existentes en las diferentes normas, declaraciones de principio, códigos de prácticas, directrices y códigos de prácticas tecnológicas, es posible extraer directrices aplicables al etiquetado de organismos genéticamente modificados. Estos tres países confeccionaron el informe solicitado y fue puesto a consideración de las Partes Contratantes en la reunión de Ghana de enero de 2008.

⁵⁶⁹ BUCKINGHAM, D., "The labeling of GM Foods – The link between Codex Alimentarius and the WTO" en *AgBioForum* Vol. 3, Nro. 4, Año 2000, pp. 209-212.

El informe⁵⁷⁰ base formulaba las siguientes consideraciones:

En primer lugar se analizan las mayores preocupaciones de los países en cuanto etiquetado de organismos genéticamente modificados entre los cuales se encuentran cuatro tópicos:

a) Presencia de alérgenos: una de las principales preocupaciones de los países con relación a los alimentos derivados de la biotecnología es el riesgo potencial de que las tecnologías de modificación genética introduzcan nuevos alérgenos o alteren los niveles de alérgenos ya existentes. Algunos países estiman que los alimentos deberían ser sometidos a una evaluación integral de inocuidad, incluyendo la evaluación de alergenicidad potencial, para determinar la inocuidad y la capacidad de comercialización del alimento.

b) Diferencias significativas en la composición, características, propiedades nutricionales o uso para el que se destina: Los alimentos derivados de la biotecnología moderna pueden tener características físicas, químicas, o funcionales diferentes en comparación a sus contrapartes convencionales respecto de las cuales los consumidores deben ser conscientes. Varios países han manifestado que cuando los cambios de la identidad básica de los alimentos son significativos, por lo que el nombre tradicional ya no describe adecuadamente al alimento, es necesario un nuevo nombre modificado para describir adecuadamente a este.

c) Proteger a los consumidores de informaciones falsas y engañosas de etiquetado: El tercer interés de las partes, es la protección de los consumidores de las posibles declaraciones falsas o engañosas. Los países han expresado la necesidad de asegurar que los consumidores estén protegidos en contra del fraude, el engaño y las declaraciones de propiedades que no estén sustentadas. El etiquetado falso y engañoso puede relacionarse a la inocuidad, las características significativas de composición o de nutrición, o valor económico de los alimentos.

d) Etiquetado relacionado a las preferencias de los consumidores: Es la última de las preocupaciones de las partes, responder a las preferencias de los consumidores, en la medida que requieren algún tipo de información que facilite sus procesos decisorios. Asimismo, se ha expresado que las disposiciones de etiquetado no pueden reemplazar la necesidad de revisión exhaustiva de la inocuidad de estos alimentos

El paso siguiente de los Estados Unidos, Canadá y Nigeria, fue revisar el plexo normativo del Codex Alimentarius y concluir sobre su aplicabilidad al etiquetado de Biotecnología. Este análisis dio los siguientes resultados.

Los textos existentes en el ámbito del Codex Alimentarius que prevén normas y directrices para el etiquetado de los alimentos se aplican por igual a los alimentos derivados de la biotecnología moderna. Además, la Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados incluye una disposición específica para los Alimentos genéticamente modificados (Sección 4.2.2) que requiere la declaración de alérgenos transferidos de algunos alimentos y ingredientes conocidos como causantes de hipersensibilidad cuando se encuentran presente en un alimento genéticamente modificados. Asimismo, cuando no hay suficiente garantía sobre su uso seguro por

⁵⁷⁰ CODEX ALIMENTARIUS, Grupo de Trabajo sobre etiquetado de alimentos e ingredientes alimentarios obtenidos por ciertas técnicas de modificación genética/ingeniería genética, Doc. CL 2007/38-FL, Octubre de 2007.

medio de una declaración en la etiqueta de la presencia del alérgeno, la Sección 4.2.2 recomienda que el alimento no debería comercializarse.

Las Secciones 3.1 y 3.2 de la Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados requieren que todos los alimentos preenvasados, lo que incluye aquellos obtenidos por medio de biotecnología moderna, sean descritos o presentados de una manera verídica y no engañosa. Además, estos principios no permiten que los alimentos sean descritos o presentados de una manera que sea susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto a su naturaleza en ningún aspecto o probable de confundirlo con otro producto similar. Cuando el alimento genéticamente modificado tiene características físicas, químicas, o funcionales significativamente diferentes en comparación a su contraparte convencional, el etiquetado de dicho alimento genéticamente modificado debe declarar estas diferencias de manera apropiada para asegurar que el alimento se describa o presente de una manera que provea a los consumidores informaciones verídicas y non-engañosas

Similarmente, las disposiciones de etiquetado obligatorio respecto al nombre de los alimentos en las Secciones 4.1.1 y 4.1.2 requieren que todos los alimentos preenvasados, que incluyen aquellos obtenidos por medio de biotecnología moderna, sean identificados por un nombre y por palabras calificadoras que describan de manera exacta y adecuada la verdadera naturaleza de los alimentos y eviten engañar o confundir al consumidor. Consistentemente con estas disposiciones, cuando las características físicas, químicas o funcionales de un alimento GM/GE son significativamente diferentes en comparación a su contraparte convencional, puede ser necesario tener que modificar o calificar el nombre tradicional de tal alimento con palabras o frases adicionales que describan la verdadera naturaleza del alimento y para evitar engañar o confundir al consumidor.

Las directrices de etiquetado del Codex Alimentarius no requieren un etiquetado adicional de los alimentos genéticamente modificados a no ser que tales alimentos sean significativamente diferentes de sus contrapartes convencionales. Sin embargo, las directrices de etiquetado del Codex Alimentarius incluyen disposiciones para incluir en el etiquetado declaraciones de propiedades voluntarias, verídicas y no engañosas que puedan ser usadas para satisfacer algunas preferencias de los consumidores. Específicamente, Sección 7.1 de la Norma General del Codex Alimentarius para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados y las Secciones 1.2, 1.3, 2, 3.3, 3.5, 4.1, 5.1 (iii), 5.1 (v), 5.1 (vi) (b), y 5.1 (vi) (d) de las Directrices Generales del Codex Alimentarius sobre Declaraciones de Propiedades incluye las disposiciones pertinentes.

La definición de una “declaración de propiedades” incluye referencias relacionadas a la producción de un alimento. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de estas directrices cubre claramente cualquier declaración de etiquetado relacionada al método de producción de un alimento, incluyendo los alimentos GM/GE. En otras oportunidades el Codex Alimentarius ha considerado disposiciones de etiquetado de método de producción, tales como “Halal”⁵⁷¹ y “Orgánico” para responder al deseo de los consumidores de informaciones específicas sobre un alimento y para facilitar prácticas justas de comercio, sin embargo, tales consideraciones involucraron disposiciones de etiquetado voluntario, pero no disposiciones de etiquetado obligatorio.

⁵⁷¹ Específicamente, la Sección 5.1 de las Directrices Generales del Codex Alimentarius sobre Declaraciones de Propiedades indica que: “Podrá declararse la preparación ritual o religiosa de un alimento (ejemplo, Halal, Kosher), siempre que se ajuste a las exigencias de las autoridades religiosas o del ritual competente.”

Una declaración voluntaria de etiquetado relacionada a los alimentos GM/GE debería ser evaluada respecto a lo apropiada que sea de acuerdo a estas disposiciones del Codex Alimentarius; por ejemplo:

- a) La declaración de propiedades es verídica y no engañosa o falaz;
- b) La declaración de propiedades no es susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto a su naturaleza.
- c) La persona que comercializa los alimentos deberá ser capaz de justificar la declaración de propiedades que se haga;
- d) La declaración de propiedades queda prohibida si no puede ser sustentada;
- e) La declaración de propiedades queda prohibida si puede generar dudas sobre la inocuidad de alimentos similares o despertar o explotar temores en el consumidor;
- f) La declaración de propiedades debe realizarse en concordancia con las prácticas nacionales del país donde se venden los alimentos; y
- g) Si la declaración de propiedades sugiere que el alimento tiene características especiales cuando todos los alimentos tales poseen las mismas características, este hecho debería ser obvio en la declaración de propiedades.

La Sección 1.3 de las Directrices Generales del Codex Alimentarius sobre Declaraciones de Propiedades indica que la persona que comercia los alimentos por una parte debe ser capaz de justificar la declaración de propiedades que se realice en el etiquetado de tales alimentos y por la otra la Sección 3.3 prohíbe el uso de una declaración que no pueda ser sustentada.

El Codex Alimentarius no basa sus disposiciones obligatorias de etiquetado solamente en la demanda del consumidor. El Codex Alimentarius reserva el etiquetado obligatorio para informaciones específicamente sobre los alimentos en sí y recomienda que cualquier etiquetado voluntario adicional no sea falso, engañoso o falaz. Las disposiciones de etiquetado obligatorio del Codex Alimentarius aseguran que los consumidores sean adecuadamente informados para permitir el uso inocuo y apropiado de los alimentos. Estas disposiciones obligatorias aseguran la diseminación a los consumidores de informaciones verídicas y no engañosas respecto a la inocuidad y a otras características significativas de los alimentos, permitiendo así la toma de decisiones informadas por parte de los consumidores en base de sus necesidades nutricionales y saludables, y al uso de los alimentos.

Los textos del Codex Alimentarius también incluyen disposiciones de etiquetado voluntario a utilizarse como una manera de proporcionar a los consumidores informaciones claras, pertinentes, y exactas para cumplir con las necesidades del consumidor y del mercado que están basadas en preferencias personales. Los textos existentes proveen orientaciones sobre cómo asegurar que tales declaraciones voluntarias de etiquetado no estén en conflicto con el principio fundamental del etiquetado, que previene que un alimento sea presentado en una manera que sea engañosa o susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto a su naturaleza en ningún aspecto. De esta manera, los consumidores son protegidos en el mercado del fraude, el engaño, y las declaraciones de propiedades no sustentadas, y se aseguran las prácticas comerciales equitativas.

Además, en 1996, respecto al etiquetado de alimentos GM/GE, el Comité Ejecutivo “subrayó que si bien los consumidores podían reclamar el derecho a saber si un alimento se había preparado o no por esos medios, ese derecho a saber estaba mal definido y era variable, por lo que no podía ser utilizado por el Codex Alimentarius

como base primordial para adoptar una decisión sobre el etiquetado apropiado. El Comité Ejecutivo tomó nota de que siempre cabía la posibilidad de un etiquetado voluntario.”⁵⁷²

Las declaraciones de etiquetado que declaran simplemente si un alimento es o no producido utilizando GM/GE no ofrecen ninguna información sobre lo aceptable que sean dichos alimentos del punto de vista religioso o sobre la presencia o ausencia de ingredientes derivados de fuentes consideradas inaceptables bajo ciertas preferencias religiosas.

El etiquetado de los alimentos constituye el principal medio de comunicación entre los productores y vendedores de alimentos, por una parte, y por otra sus compradores y consumidores. Los alimentos en el mercado deberían ser considerados inocuos. Los alimentos no inocuos no deberían ser comercializados, sin embargo, el etiquetado no es un mecanismo para evadir los requisitos de inocuidad. No obstante, aun cuando no el Codex Alimentarius no ha llegado a un consenso con relación al modo específico de etiquetar los productos derivados de la Biotecnología, si lo ha hecho en cuenta a los modos de evaluar la inocuidad de estos, adoptando varios textos que abordan específicamente el tema. Los Principios del Codex Alimentarius para el Análisis de Riesgo y las Directrices para las Evaluaciones de Inocuidad Alimentaria de Alimentos Derivados de la Biotecnología Moderna incluyen:

“Principios del Codex Alimentarius para el Análisis de Riesgos de Alimentos Obtenidos por Métodos Biotecnológicos Modernos”⁵⁷³, cuyo propósito es ofrecer un marco para la realización de análisis de riesgos en relación con aspectos nutricionales y de inocuidad de los alimentos obtenidos por medio de la biotecnología moderna. Estos principios recomiendan que “Debe llevarse a cabo una evaluación de inocuidad del alimento, siguiendo un método estructurado e integrado que se aplicará caso por caso, con anterioridad a su salida al mercado”⁵⁷⁴ y que “Las medidas de gestión de riesgos pueden incluir, según sea apropiado, el etiquetado de alimentos, las condiciones para aprobar su comercialización y la vigilancia tras la puesta en el mercado”⁵⁷⁵.

“Directrices para la Realización de la Evaluación de Inocuidad de Alimentos Obtenidos de Plantas de ADN Recombinante”⁵⁷⁶, que abordan aspectos de inocuidad y nutricionales de los alimentos de origen vegetal derivados de la biotecnología moderna. Estas Directrices toman en cuenta tanto los efectos intencionales como los no intencionales y describen el enfoque recomendado para emprender evaluaciones de inocuidad de alimentos derivados de plantas de ADN recombinante cuando existe una contraparte convencional, e identifica datos e informaciones que son generalmente aplicables para realizar tales evaluaciones. También incluyen un Anexo reseñando la evaluación de una posible alergenidad.

“Las Directrices para la Realización de la Evaluación de la Inocuidad de los Alimentos Obtenidos de Microorganismos de ADN Recombinante”⁵⁷⁷, que abordan aspectos de inocuidad y nutrición de alimentos que han sido producidos por medio de microorganismos de ADN recombinante. Estas Directrices describen el enfoque

⁵⁷² Documento ALINORM 97/3, párrafo 29.

⁵⁷³ Documento CAC/GL 44-2003.

⁵⁷⁴ Documento CAC/GL 44-2003 párrafo 12.

⁵⁷⁵ Documento CAC/GL 44-2003 párrafo 19.

⁵⁷⁶ Documento CAC/GL 45-2003.

⁵⁷⁷ Documento CAC/GL 46-2003.

recomendado para emprender evaluaciones de inocuidad de los alimentos producidos usando microorganismos de ADN recombinante, comparándolos a una contraparte convencional. También incluye un Anexo reseñando la evaluación de una posible alergenicidad.

Este documento fue comentado por algunos de los países miembros; comentarios que podríamos categorizar en los siguientes términos: Aquellos países que estiman que las reglas existentes en el Codex Alimentarius, son aplicables tanto a los alimentos tradicionales, como a los alimentos genéticamente modificados y que además estas reglas resuelven las mayores inquietudes de los países y aquellos países que estiman que las reglas existentes en el Codex Alimentarius son insuficientes por falta de especificidad para resolver las inquietudes de los países, por lo tanto, se requiere la elaboración de nuevas directrices. Entre los primeros encontramos a Australia⁵⁷⁸, Canadá⁵⁷⁹, México⁵⁸⁰ y los Estados Unidos⁵⁸¹. Entre los segundos se presentan las Comunidades Europeas⁵⁸², Japón⁵⁸³, Noruega⁵⁸⁴, Costa Rica⁵⁸⁵ y Ghana⁵⁸⁶. Con posiciones intermedias encontramos a Brasil⁵⁸⁷, quien propone la enmienda de las normas existentes a fin de dotarlas de especialidad y con una posición sorprendente, se encuentra Nueva Zelanda⁵⁸⁸, quien manifestó que luego de más de diez años de negociaciones sin avances, estas deberían ser suspendidas hasta que la Comisión vislumbre mejores condiciones para llegar al consenso.

Al día de la fecha este grupo de trabajo ha formulado el proyecto recién presentado que será tratado próximamente en la reunión del Comité del Codex Alimentarius sobre Etiquetado de los Alimentos, no obstante, no es previsible que se pueda llegar a un consenso sobre el mismo. Esta afirmación se funda en el hecho que en la última reunión del grupo de trabajo, las partes intervinientes, ni siquiera llegaron a un acuerdo con relación al preámbulo de las directrices, no llegando a discutir el contenido de las mismas.

Asimismo, dentro de la estructura del CCFL existen dos tramites los cuales desde hace años no logran el consenso necesario para su promulgación. El primero se refiere a una enmienda a la norma sobre etiquetado de alimentos preenvasados que definiría los conceptos de “alimentos e ingredientes alimentarios obtenidos por medio de ciertas técnicas de modificación genética/ingeniería genética”, “organismo”, “organismo genéticamente modificado/sometido a la ingeniería genética”, “biotecnología moderna”. Este proyecto de enmienda se encuentra en el estadio 7, sólo restando la aprobación por consenso del mismo, la cual es retrasada desde hace varios períodos de sesiones. El segundo proceso, se refiere a un ante-proyecto de directrices para el etiquetado de alimentos e ingredientes alimentarios obtenidos por ciertas técnicas de modificación genética / ingeniería genética: disposiciones de etiquetado, el cual se encuentra lejos de la posibilidad de aprobación.

⁵⁷⁸ Informe CX/FL 08/36/8 del Comité del Codex Alimentarius sobre Etiquetado de Alimentos p. 28.

⁵⁷⁹ Informe CX/FL 08/36/8 p. 41.

⁵⁸⁰ Informe CX/FL 08/36/8 p. 56.

⁵⁸¹ Informe CX/FL 08/36/8 p. 66.

⁵⁸² Informe CX/FL 08/36/8 p. 46.

⁵⁸³ Informe CX/FL 08/36/8 p. 49.

⁵⁸⁴ Informe CX/FL 08/36/8 p. 62.

⁵⁸⁵ Informe CX/FL 08/36/8 p. 43.

⁵⁸⁶ Informe CX/FL 08/36/8 p. 47.

⁵⁸⁷ Informe CX/FL 08/36/8 p. 31.

⁵⁸⁸ Informe CX/FL 08/36/8 p. 58.

En consecuencia, hemos presentado los esfuerzos realizados en el seno del Codex Alimentarius para llegar a la formulación de algún tipo de directriz que armonice el rumbo de las legislaciones en materia de etiquetado de organismos genéticamente modificados, no logrando hacer ver la luz a un punto de encuentro cercano, lo cual arroja por resultado que las partes no puedan apelar a estándares internacionales al efecto de legitimar sus posiciones legislativas. Recordemos como manifestamos en la introducción de este trabajo que la base del disenso radica en posiciones filosóficas antagónicas entre las principales potencias comerciales, las cuales difícilmente puedan superarse sin que alguna renuncie a sus principios básicos. Por lo tanto, las discordancias reseñadas en el propio seno de la Conferencia de las Partes del Protocolo de Cartagena, que remiten al Codex Alimentarius como espacio para la superación de sus antinomias, no es más que una fórmula política para delegar la resolución de una diferencia a un espacio técnico en el que también se ventilarán los postulados políticos de cada una de las partes.

Como resalta MOTAAL⁵⁸⁹, este falta de consenso en el seno del Codex Alimentarius se ha hecho patente sobre todo luego de la conclusión de la Ronda Uruguay, a partir de la incorporación en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio de referencias a las organizaciones internacionales de estandarización, lo cual ha dificultado el trabajo de estas por la politización de espacios caracterizados por la construcción de consensos científicos. Este hecho fue patente por primera vez cuando en el Codex Alimentarius se recurrió a la toma de decisión por voto, -en la determinación del nivel máximo permitido de residuos de hormonas para el crecimiento- evadiendo la metodología tradicional del consenso.

Actualmente, en el seno del Codex Alimentarius es más factible observar con claridad las posiciones políticas de las partes, por ejemplo la Unión Europea mostró prácticamente el mismo modelo de comportamiento estratégico desarrollado a nivel interno, procurando la acogida del Principio de Precaución e implícitamente el derecho del consumidor de escoger o no los productos biotecnológicos, promoviendo su etiquetaje y la capacidad de rastreo.⁵⁹⁰ y por otra parte a los Estados Unidos buscando compensar el peso de los europeos para evitar que en el seno del Codex Alimentarius se adopten posiciones con un sesgo europeísta.⁵⁹¹

Finalmente, como indica MACKENZIE, el etiquetado de OGM es un buen ejemplo de la complejidad del proceso de elaboración de normas por parte del Codex Alimentarius, demostrando cómo pequeñas cuestiones técnicas pueden transformarse en temas de política pública, que encarnan diferencias sociales, culturales y políticas y cómo un estándar internacional puede crear claramente ganadores y perdedores en la arena internacional⁵⁹²

Si tendríamos que describir cual es el hilo conductor de toda la doctrina al momento de describir la actualidad del Codex Alimentarius, sin dudas centraríamos nuestra atención en la politización de un órgano tradicionalmente técnico y su ralentización en la toma de decisiones como efecto de lo señalado anteriormente. Por lo tanto, aun cuando tanto el régimen de comercio, como el régimen ambiental, remitan al seno del Codex Alimentarius como espacio de cooperación, es difícil esperar que pueda lograrse a corto

⁵⁸⁹ MOTAAL, D.A., "The multilateral Scientific Consensus..." *op. cit.*, p. 866.

⁵⁹⁰ SEIFERT, F., "Divided We Stand..." *op. cit.*, p. 20 y ss.

⁵⁹¹ LAIDLAW, A., *op. cit.*, p. 447.

⁵⁹² MACKENZIE, A., "The process of developing labeling standar for GM Foods in the Codex Alimentarius" en *AgBioForum*, Vol. 3, Nro. 4, Año 2000 pp. 203-208.

plazo un acuerdo en materia de biotecnología.

C.2.3 El etiquetado en la Organización Mundial del Comercio

En este sentido, si el objeto perseguido por el etiquetado responde a una finalidad sanitaria, el marco de referencia estará dado por el acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias (SPS)⁵⁹³, por el cual si un país basa sus medidas en las normas internacionales dictadas en el marco del Codex Alimentarius⁵⁹⁴, IOE⁵⁹⁵, y IPPC⁵⁹⁶, estas gozarán de una presunción de legalidad al ser considerados por la organización como científicamente justificados⁵⁹⁷, no obstante las Partes Contratantes de la Organización Mundial del Comercio no están obligadas a actuar en este sentido exclusivamente, sino que pueden tomar otros caminos, sea porque no existen normas internacionales de estandarización o porque las Partes Contratantes eligen niveles de protección mayores a los reconocidos y protegidos por las organizaciones internacionales mencionadas por el acuerdo. En ambos casos las medidas adoptadas deberán gozar siempre de una justificación científica⁵⁹⁸.

Cuando un miembro pretende aplicar una medida interna de contenido sanitario o fitosanitario, debe seguir un procedimiento que se inicia con la “evaluación del riesgo”⁵⁹⁹, siendo este un examen de carácter científico, no político. Una vez evaluados los riesgos, es decir una vez que estos han sido identificados y a su vez ha sido definida la posibilidad y probabilidad de que se materialicen –no basta la existencia del riesgo teórico-, los Miembros pasan a una etapa posterior que se denomina gestión del riesgo, en la cual a partir de juicios sociales de valor habrán de decidir si pueden aceptar dichos riesgos. Al hacerlo, los Miembros establecen su “nivel adecuado de protección sanitaria”⁶⁰⁰ y en consecuencia los Miembros determinan y aplican una norma sanitaria

⁵⁹³ Fue formulado durante la Ronda Uruguay, con el objeto de dotarlo de normas específicas diferentes a las del TBT, aunque podríamos predicar de las mismas que son una *lex specialis* del TBT. Son medidas sanitarias o fitosanitarias aquellas cuyo fin es la protección de las personas, los animales o las plantas, para asegurar un consumo no nocivo de los productos objeto de regulación, no obstante, al igual que en el campo del TBT, las mismas pueden ser aplicadas como instrumentos obstaculizadores del comercio en los términos ya referidos precedentemente.

⁵⁹⁴ El Codex Alimentarius fue fundado en 1963 bajo el auspicio de la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), con el objetivo de establecer parámetros para los controles nacionales basados en el criterio de protección de la salud de los consumidores y prácticas leales del comercio.

⁵⁹⁵ La Organización Mundial de la Sanidad Animal, fue fundada en 1924 con el objetivo, entre otros, de garantizar la seguridad de las medidas sanitarias, relacionadas a los animales, en su vinculación al comercio internacional.

⁵⁹⁶ La Convención Internacional de Protección Fitosanitaria fue fundada en 1952, bajo los auspicios de la FAO con el objetivo de asegurar una acción común y efectiva en la prevención de pestes en plantas y productos fitológicos, y promover medidas de control apropiado.

⁵⁹⁷ MOTAAL, D. A., “The Multilateral Scientific Consensus...” *op. cit.*, p. 858.

⁵⁹⁸ KELCH, D.; SIMONE, M. y MADELL, M. L., *op. cit.*, pp. 34-35.

⁵⁹⁹ En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, (párrafo 8.97), el Grupo Especial estableció que la “evaluación de riesgos” implica un examen científico de datos y estudios fácticos, y no un proceso de política general que implique la formulación de juicios sociales de valor por organismos políticos. En *Japón – Manzanas*, (párrafo 215) el Órgano de Apelación agregó que el análisis de los datos se realiza sobre los testimonios científicos disponibles en el momento que se realiza dicha evaluación, con exclusión de toda información posterior, que pueda haber surgido al momento de interponer una impugnación en contra de la medida nacional, objeto de controversia. Finalmente, en *Australia – Salmón* (párrafo 8.136) el Grupo especial manifiesta que lo importante es el contenido científico y técnico de los informes y estudios que se analizan y no su condición administrativa (es decir si son o no informes y estudios gubernamentales).

⁶⁰⁰ En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* (párrafo 8.167) el Grupo Especial determinó que es un acto soberano y en el asunto *Australia – Salmón* (párrafo 8.105) el Grupo especial agregó que esta

o fitosanitaria conforme al nivel adecuado de protección sanitaria elegido y basada en la evaluación del riesgo formulada⁶⁰¹.

Otra posibilidad es que la medida sanitaria es tomada a partir de la inexistencia de testimonios científicos pertinentes, por lo tanto no es posible formular una evaluación del riesgo. En este caso, deben configurarse cuatro requisitos, a saber: a) que la medida se imponga con respecto a una situación en la que “los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”; b) que la medida se adopte “sobre la base de la información pertinente de que se disponga”; c) que el Miembro que adopte la medida “trate de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”; y d) que el Miembro que adopte la medida “revise en consecuencia la medida (...) en un plazo razonable”⁶⁰²

En cualquiera de los casos, la medida debe encarnar la posibilidad menos restrictiva del comercio y evitar distinciones arbitrarias o injustificables que den por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional.

Si los requerimientos de etiquetado no se basan en cuestiones sanitarias, sino que sustentan pretensiones éticas, religiosas, económicas etc. estas disposiciones serán reguladas por el acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT)⁶⁰³, debiendo observar, como indica APPLETON⁶⁰⁴, las dos principales obligaciones que impone este acuerdo, a saber: la no discriminación entre “productos similares”⁶⁰⁵ y que la disposición no se constituya como una medida más restrictiva de lo necesario⁶⁰⁶ para la

determinación puede ser implícita o explícita, pues se observa que el acuerdo SPS no contiene ninguna disposición que imponga expresamente una obligación a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio de identificar o cuantificar ese nivel.

⁶⁰¹ En el asunto *Japón – Productos Agrícolas* (párrafo 76) el Órgano de Apelación estableció que el requisito de que una medida sanitaria o fitosanitaria “se base en” una evaluación del riesgo es un requisito sustantivo de que exista una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo.

⁶⁰² En el asunto *Japón - Manzanas* (párrafo 176) el Órgano de Apelación establece que estos cuatro requisitos son “claramente acumulativos por naturaleza” y que “cuando uno de esos cuatro requisitos no se cumpla, la medida objeto de litigio será incompatible con el acuerdo SPS”.

⁶⁰³ Fue enunciado y aprobado por primera vez en el año 1979, durante la Ronda de Tokio, bajo el nombre de “código de standardización”. Posteriormente, fue restringido al objeto de regular estándares, regulaciones técnicas y certificaciones implementadas por las Partes Contratantes. Este acuerdo fue negociado oportunamente a fin de colocar en mano de todas las partes el derecho de controlar el *telos* de las medidas dispuestas por las contrapartes, pues, si bien siempre es alegado el fin de corregir ciertas externalidades e imperfecciones del mercado, como es la información asimétrica o el poder de mercado, en muchas otras ocasiones, el fin perseguido no es otro que la obstaculización del comercio.

⁶⁰⁴ APPLETON, A. E., “The labeling of GMO...” *op. cit.*, pp. 574 y ss.

⁶⁰⁵ En el asunto *Comunidades Europeas – Amianto* (párrafo 85) el Órgano de Apelación expresó “Al examinar la “similitud” de estos dos grupos de productos, el Grupo Especial (...) aplicó cuatro criterios generales para analizar la “similitud”: i) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; ii) los usos finales de los productos; iii) los gustos y hábitos de los consumidores, y iv) la clasificación arancelaria de los productos.”

⁶⁰⁶ En el asunto *Corea - Carne Bovina* (párrafos 161 y ss.), el Órgano de Apelación destacó que la palabra “necesaria” (...) no se limita a lo que es “indispensable”. El Órgano de Apelación añadió lo siguiente: Las medidas que son indispensables o de absoluta necesidad o inevitables para lograr la observancia cumplen sin duda las prescripciones del acuerdo (...) pero otras medidas también pueden quedar comprendidas en el ámbito de esa excepción. La palabra “necesaria”, se refiere, a nuestro juicio, a una variedad de grados de necesidad. En un extremo de este continuo, “necesarias” se entiende como “indispensables”; en el otro extremo, en el sentido de “que contribuyen a”. En el asunto *Comunidades Europeas – Amianto* (párrafo 164) el Órgano de Apelación expresó que una medida es calificada como necesaria, cuando no existe una alternativa que esté razonablemente al alcance de las partes, es decir, cuando el Miembro que ha dispuesto la medida no tenía razonablemente a su alcance otra medida compatible con el acuerdo General, o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, para alcanzar sus objetivos de política sanitaria. En el

protección de un objetivo legítimo,⁶⁰⁷ o que en su aplicación constituyan una discriminación arbitraria e injustificada o una restricción encubierta del comercio internacional. Por otra parte, en el caso que sea necesario adoptar reglamentos técnicos y existan o sea inminente el dictado de normas internacionales en la materia, las Partes Contratantes deberán basar sus medidas en estas⁶⁰⁸, salvo que la parte contratante las estime ineficaz e inapropiada⁶⁰⁹.

C.2.3.1 Implicancias del Asunto “Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos” sobre el etiquetado de los productos biotecnológicos.

Por la propia calificación efectuada por el Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, sabemos que una medida de etiquetado que por su a) finalidad -proteger la salud y la vida-; b) forma jurídica -reglamento, ley, directiva, procedimiento- y c) naturaleza -prescriptiva- se constituye en una medida sanitaria en los términos del acuerdo SPS.

Si analizamos la posición del Grupo Especial con relación a la primera cuestión – necesidad de evaluación de riesgo-, en el asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, los demandados afirman que todas y cada una de las medidas de salvaguardia en litigio en la presente diferencia se basan en el principio de precaución o cautela, a lo que el Grupo Especial recordó que aunque un Miembro siga un enfoque de precaución o cautela, es necesario que sus medidas sanitarias se “basen en” (es decir, estén “suficientemente justificadas” o “razonablemente apoyadas” por) una evaluación del riesgo, o para decirlo de otro modo, es necesario que ese enfoque se aplique de

asunto *Brasil - Neumáticos Recauchutados* (párrafo 210) el Órgano de Apelación agrega que para poder calificar una medida como necesaria no es preciso que su contribución al logro del objetivo debe ser importante, no meramente marginal ni insignificante.

⁶⁰⁷ El artículo 2.2. del acuerdo TBT establece que entre los objetivos legítimos se incluyen los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Si bien el párrafo 2 del artículo 2 del acuerdo TBT enuncia una serie de objetivos legítimos que las Partes Contratantes pueden invocar como fin último de sus reglamentos técnicos, en la práctica se han suscitado discusiones en torno a la definición del carácter taxativo o enunciativo de este párrafo. Fue así como el Grupo Especial en el asunto *Comunidades Europeas – Sardinias* (párrafos 7.118 y ss) expresó que el párrafo 2 del artículo 2 del acuerdo TBT enumera ejemplos de objetivos legítimos, justificando esta apreciación a partir de la propia expresión del artículo “entre otros”, en consecuencia la lista es enunciativa y permite otros objetivos, no mencionados expresamente. Corresponde a las Partes Contratantes decidir cuales son corresponde a los Miembros decidir cuáles son los objetivos de política que desean perseguir y los niveles a los que desean perseguirlos. Si bien sólo los Miembros definen el objetivo que persiguen y sólo ellos están en condiciones de dar explicaciones acerca de estos, los Grupos Especiales, no obstante, necesitan determinar la legitimidad de esos objetivos. Observamos a este respecto que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Canadá - Patentes farmacéuticas* (párrafo 7.121), al definir la expresión “intereses legítimos”, declaró que debía definirse “como concepto normativo que exige la protección de intereses que son “justificables” en el sentido de que están apoyados por políticas públicas u otras normas sociales pertinentes.

⁶⁰⁸ En el asunto *Comunidades Europeas – Sardinias* (párrafo 7.78) el Grupo Especial determinó los Miembros deben utilizar la norma internacional “como base”, lo que significa que deben utilizar las normas internacionales como “elemento principal ... o principio fundamental” y no que deban ajustarse a esa norma internacional pertinente o cumplirla. El requisito de utilizar como base la norma internacional pertinente no impone una prescripción rígida de poner el reglamento técnico en conformidad con la norma internacional pertinente.

⁶⁰⁹ En el asunto *Comunidades Europeas – Sardinias* (párrafo 7.16) el Grupo Especial definió que un medio ineficaz significa un medio que no cumple la función necesaria para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, mientras que un medio es inapropiado cuando no es especialmente idóneo para el logro de ese objetivo.

manera compatible con los requisitos del párrafo 1 del artículo 5 del acuerdo SPS.⁶¹⁰

No obstante, las Comunidades Europeas expresaron que “basadas en” no significa “estén en conformidad con”. Este argumento fue contestado en los siguientes términos: la expresión “se basen en” significa “suficientemente justificadas por”, “razonablemente apoyadas por” o “relacionadas racionalmente con” y en el caso de la medida de salvaguardia nacional, no existe ninguna relación racional aparente entre esa medida, que impone una prohibición completa, y las evaluaciones del riesgo que constatan que no hay ninguna prueba de que la semilla prohibida represente para la salud de las personas o el medio ambiente un riesgo mayor que su homólogo convencional (no biotecnológico).⁶¹¹ En consecuencia, el Grupo Especial opinó⁶¹² que la medida de salvaguardia nacional no se basa en una evaluación del riesgo, como prescribe el párrafo 1 del artículo 5 del acuerdo SPS.

Visto que la primera cuestión no ha sido superada, el examen continuó por analizar la compatibilidad con las disposiciones del párrafo 7 del artículo 5 del mismo acuerdo y en caso afirmativo, el párrafo 1 no sería aplicable y la medida impugnada no sería incompatible a ninguna de las normas con las que se contrastó.

Las Comunidades Europeas expresaron que el concepto de “insuficiencia” del párrafo 7 del artículo 5 es “relacional” y debe por consiguiente referirse a las preocupaciones del legislador. Por lo tanto el Estado Miembro estimó que los testimonios científicos eran insuficientes pues no respondían al nivel de protección exigido por esta unidad estatal. A este argumento, los reclamantes adujeron que los testimonios científicos eran suficientes, pues habían permitido a las Comunidades Europeas formular una evaluación de riesgos por medio de la cual habían autorizado previamente la comercialización de estos productos en el territorio comunitario.

Lo cierto es que el Grupo Especial manifestó⁶¹³ que a su juicio, un Miembro importador no puede rechazar una evaluación del riesgo existente basándose en que esa evaluación del riesgo indica limitaciones o incertidumbres, en todo caso, esto dará lugar a la determinación de que medida ha de aplicarse para lograr su nivel adecuado de protección, pero no lo exime de la responsabilidad de basar sus medidas en una evaluación de riesgo, en consecuencia, el Grupo Especial expresa que no se cumple con los elementos exigidos por el párrafo 7 del artículo 5 del acuerdo SPS.⁶¹⁴

En consecuencia, las medidas de salvaguardia nacional no se basan en una evaluación del riesgo tal como exige el párrafo 1 del artículo 5 del acuerdo SPS, y no es compatible con las prescripciones del párrafo 7 del artículo 5 de dicho acuerdo. Por consiguiente, las Comunidades Europeas han actuado de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 1 del artículo 5 y con las prescripciones segunda y tercera del párrafo 2 del artículo 2 de dicho acuerdo.

Aun cuando las consideraciones anteriores pertenecen a un caso concreto, podemos retomar una declaración del Grupo Especial que parafrasea al propio Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, cuando expresó “el párrafo 1 del artículo 5 no insiste en que un Miembro que adopta una medida sanitaria

⁶¹⁰ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, (párrafo 7.3065).

⁶¹¹ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, (párrafo 7.3067).

⁶¹² Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, (párrafo 7.3069).

⁶¹³ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, (párrafo 7.3244).

⁶¹⁴ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, (párrafos 7.3260 y ss).

habrá realizado su propia evaluación del riesgo. Sólo exige que las medidas sanitarias y fitosanitarias “se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias (...)”. La medida sanitaria o fitosanitaria muy bien podría tener su justificación objetiva en una evaluación del riesgo realizada por otro Miembro o por una organización internacional”. Así pues, una medida sanitaria puede basarse en una evaluación del riesgo realizada por otro Miembro o por una organización internacional⁶¹⁵ por lo tanto, estamos en condiciones de afirmar que si las Comunidades Europeas, perfectamente podrían haber invocado una evaluación del riesgo propia o formulada por otros sujetos mencionados por el Órgano de Apelación, alegando para sí prueba a su favor producida por terceros y no lo hicieron, nos permite afirmar que de acuerdo a las reglas de la experiencia común y la sana crítica racional, contamos con una prueba indiciaria de la incompatibilidad de las normas nacionales que disponen medidas sanitarias de etiquetado de organismos y/o productos genéticamente modificados, toda vez que si las Comunidades Europeas, no han sido capaces de presentar una evaluación del riesgo propia, ni tampoco invocar una ajena, que pruebe la existencia de un riesgo a la salud o la vida de los consumidores por la inocuidad de los organismos genéticamente modificados, este riesgo real por la inocuidad de los organismos y productos estudiados no existe, en el presente, ni siquiera en sentido teórico, lo cual al no poder definir ni posibilidad ni probabilidad del riesgo, cualquier medida de etiquetado que tenga por finalidad la protección de la salud o la vida de los consumidores, debe ser presumida *iuris tantum*, sobre la base de esta prueba indiciaria, incompatible con las obligaciones emergidas del seno del acuerdo SPS.

C.3- Consideraciones Transversales

Luego de analizar esta tercera fase, llegamos a la conclusión que las disposiciones del Protocolo de Cartagena sobre etiquetado de los productos biotecnológicos tienen una finalidad sanitaria, toda vez que el propio objetivo del Protocolo es prevenir el impacto adverso sobre la biodiversidad que pueda surgir por los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados, en consecuencia, si los Miembros de éste disponen cualquier tipo de medida en el contexto normativo del Protocolo, se verán necesariamente enfrentado a las disposiciones del acuerdo SPS de la Organización Mundial del Comercio, para lo cual serán de aplicación directa las estrictas normas que requieren prueba científica de los riesgos invocados o presumidos.

Tal como manifestamos al inicio de esta fase, el etiquetado de los OGM involucra mucho más que una estrategia de marketing; materializa en sí, una racionalidad específica que significa atribuir un lugar y un rol a la ciencia como instrumento de progreso; no obstante, este lugar y rol posiblemente difieran en cada una de las realidades nacionales y configure un problema de Relaciones Internacionales, en general y de Derecho internacional, en particular, que requiera articular un sistema de relaciones que contribuya a resolver este tipo de diferencias.

Es probable que a nivel de la base de la sociedad puedan surgir inquietudes relativas a la legitimidad o conveniencia que sea una organización internacional -en el presente caso la Organización Mundial del Comercio- la instancia para resolver estas cuestiones, sobre todo por el hecho que involucran múltiples materias que exceden la cuestión comercial y que también han sido abordadas por regímenes paralelos como el ambiental.

No ha sido nuestra pretensión discutir sobre conceptos tales como legitimidad o conveniencia, pero es ineludible combinar estos elementos al momento de resolver si la

⁶¹⁵ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, (párrafo 7.3024).

política del régimen ambiental de etiquetado de OGM es compatible o no con el sistema multilateral de comercio.

La única exigencia requerida por el sistema multilateral de comercio es que la medida doméstica o colectiva en el marco del régimen ambiental se refleje como respuesta a un riesgo previamente determinado y se configure como una acción eficaz, necesaria y proporcional en un contexto de coalición de derechos. Estimamos que esta condición no puede ser considerada excesiva pues encarna consensos mínimos a nivel internacional con la finalidad de evitar las acciones particulares arbitrarias e injustificadas.

Nuevamente pudimos observar como la divergencia conceptual en torno a la precaución o cautela se apropia del debate y presiona en la arena internacional para que se produzca un cambio dentro del régimen de comercio y su relación con las consideraciones ambientales. Asimismo, no podemos dejar de mencionar que este debate se libra en muchos frentes, incluyendo los espacios tradicionalmente técnicos como el Codex Alimentarius, dentro del cual, dado su elevado grado de politización, por las repercusiones económicas, sociales, culturales y jurídicas de sus articulaciones, se encuentra bloqueado en cuestiones coyunturales de la política biotecnológica.

CONCLUSION DE LA PRIMERA PARTE: LA CLÁUSULA DE “APOYO MUTUO”: DE LA “COHERENCIA DECLARATIVA” A LA “INCONSISTENCIA SUSTANCIAL”

La relación entre el Derecho internacional del Medio Ambiente y la Organización Mundial del Comercio es descripta como una relación de apoyo mutuo, toda vez que por una parte, ambos regímenes persiguen el desarrollo sustentable, y otra parte, ninguno de los tratados pretende “cambiar el contenido de los derechos, ni de las obligaciones de las Partes conforme a lo estipulado por cualquier acuerdo internacional pre-existente”.

El concepto de “apoyo mutuo” despierta partidarios y escépticos dentro de la doctrina; en el primero de los casos algunos autores sostienen en cualquier conflicto futuro entre las normas de la Organización Mundial del Comercio y los acuerdos medioambientales, ninguno puede decirse prioritario en relación al otro y la mejor forma de evitar una situación del estilo, consiste en incluir una cláusula de conflicto o por lo menos contener referencias cruzadas en ambos tipos de acuerdos.⁶¹⁶

Otros por su parte, estiman que el nivel de inter-actividad gubernamental en la Organización Mundial del Comercio es tal, que las cuestiones de comercio y medio ambiente han sido fuente de generación de una importante discusión y debate, pero con frecuencia se reitera la creencia que “los objetivos de respaldar y salvaguardar al sistema multilateral de comercio como un sistema abierto y no discriminatorio y paralelamente, de actuar en pos de la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible, pueden y deben ser de apoyo mutuo”.⁶¹⁷ También se ha recurrido al principio de buena fe, desde el cual cabe presuponer que los Estados han negociado, firmado y ratificado los tratados internacionales, teniendo en cuenta sus obligaciones nacidas de otros tratados, por lo tanto, los tratados deben ser leídos de una manera acumulativa, en consecuencia, los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio deben ser interpretados con vista a eliminar los conflictos de normas, incluyendo los acuerdo de derecho ambiental.⁶¹⁸

Con una visión más factual y teniendo en cuenta todo lo dicho anteriormente, también se considera que la mayoría de las Partes Contratantes de la Organización Mundial del Comercio, son parte de los tratados de medio ambiente y derechos humanos, por lo tanto esta es una evidencia persuasiva para considerar la compatibilidad entre todos los tratados⁶¹⁹ toda vez que entre instrumentos de diferentes regímenes sólo existen meras tensiones que pueden ser solucionadas por medio de los principios generales de la interpretación (interpretación evolutiva, presunción en contra del conflicto, efectividad de los tratados)⁶²⁰

⁶¹⁶ SEIN, A. y MAHMOD, N., *op. cit.*, pp. 78/79.

⁶¹⁷ PEEL, J., “A GMO by Any Other Name...” *op. cit.*, p. 1021.

⁶¹⁸ ZARILLI, S., *Legal Frameworks...* *op. cit.* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law...* *op. cit.*, p. 249.

⁶¹⁹ FRANCONI, F., *Environment, Human Rights...* *op. cit.* en FRANCONI, F. (editor) *Environment, Human Rights...* *op. cit.*, Oxford, 2001, p. 22.

⁶²⁰ FRANCONI, F., *Environment, Human Rights...* *op. cit.*, p. 23-25 en FRANCONI, F. (editor) *Environment, Human Rights...* *op. cit.* En cuanto al principio de Interpretación evolutiva, se menciona el asunto Estados Unidos – Camarones en el cual se utiliza el criterio de interpretación evolutiva para describir la necesidad de reforzar la cooperación internacional en la conservación de especies naturales. Se hace referencia al concepto de “necesidad” como la referencia objetiva e imparcial para desentrañar si una medida es compatible con el Derecho internacional, para lo cual es necesario

Esta corriente optimista en algunos momentos parece habitar la conciencia de los Estados, sobre todo cuando observamos declaración del tipo “(...) Con miras a potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente, convenimos en celebrar negociaciones, sin prejuzgar su resultado, sobre la relación entre las normas vigentes de la Organización Mundial del Comercio y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (...).⁶²¹

No obstante, cuando analizamos algunos acuerdos medio ambientales, observamos que las partes signatarias introducen cláusulas de coexistencia de tales características que parecen procurar su fracaso, por ejemplo, en el caso del Protocolo de Cartagena, la redacción confunde la relación entre este y la Organización Mundial del Comercio.

En este sentido el preámbulo del Protocolo establece: “*Reconociendo* que los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible (...) *Destacando* que el presente Protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor, (...) *En el entendimiento* de que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales, (...)”

El primer párrafo anuncia que el acuerdo ambiental y los comerciales se apoyan mutuamente, pero el segundo y tercer párrafo se contradicen, su redacción es confusa, Mientras por un lado se establece que el Protocolo de Cartagena se aplicará en “apoyo mutuo” a otros acuerdos, incluyendo los acuerdo de la Organización Mundial del Comercio, entre los que se encuentra el referido a Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS), por el otro lado, declara que no se subordinará a otros acuerdos internacionales.

Durante el período de las sesiones de Montreal, las partes acordaron cambiar la ubicación de la cláusula de salvaguardia y llevarla desde la parte dispositiva hacia el preámbulo del Protocolo, situación que puede ser presumida como una señal que las partes intentaron darle menos fuerza. Debido a su ambigüedad, la cláusula de salvaguardia en el Protocolo ha sido interpretada en muchas maneras diferentes. Los Estados Unidos alegan que la cláusula de salvaguardia en el Protocolo “deja perfectamente claro que el tratado no altera, y respeta en su totalidad los derechos y obligaciones de los gobiernos en virtud de las normas de la Organización Mundial del Comercio. No obstante, en apoyo de este país, se refiere sólo al segundo párrafo de la cláusula de salvaguardia y eficazmente pasa por alto el tercero, el cual indica que el Protocolo no estará subordinada a otros acuerdos, significando que los Estados Unidos no pueden afirmar categóricamente que, las normas de la Organización Mundial del Comercio triunfan en el Protocolo. El resultado de la cláusula de salvaguardia en el Protocolo era que los Estados Unidos podrían aducir una victoria con la primera parte del párrafo y la Unión Europea también podría aducir la suya con relación a la tercera.

establecer estándares internacionales y en el caso de no existir, determinar niveles de protección actuando de buena fe y por último, el criterio de proporcionalidad que implica un balance entre los costos impuestos por la medida nacional y los beneficios que ella implica para la protección del medio ambiente y los derechos humanos, TARASOFKY, R., *op. cit.*; MARCEAU, G., “A call for coherence... *op. cit.*”, MARCEAU, G., “Conflict of norms... *op. cit.*”, PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 53/56.

⁶²¹ Declaración Ministerial de Doha, 20 de noviembre de 2001. Disponible en: www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm.

Para parte de la doctrina “dicha confusión no fue accidental, sino que esto permitió a las partes del Protocolo reclamar que el mismo reflejara sus puntos de vista, aunque no se haya llegado a un punto en común dentro de las negociaciones⁶²². “El lenguaje de “apoyo mutuo” para algunos es definido como un compromiso viable, sobre todo porque es visto como un lenguaje corrupto o conflictivo que simplemente refleja la inhabilidad para crear consenso en la interpretación de términos claves tales como la “precaución”⁶²³ Es evidente que esta cláusula es ambigua, da lugar a múltiples interpretaciones y por lo tanto es particularmente controversial, a su vez, por la posibilidad que existan cláusulas de salvaguardias paralelas⁶²⁴

A pesar de las formulas declarativas incluidas en los tratados anunciando la inexistencia de contradicciones sustanciales, no es posible ignorar la existencia de contradicciones o inconsistencias estructurales entre los regímenes, tal como las hemos expuesto y analizado en el capítulo 2 de la primera parte del trabajo, en consecuencia, continuar negando la relación compleja, y cuando no desarticulada, entre los diferentes regímenes, difícilmente pueda conducirnos a encontrar una solución probable a las controversias transversales que puedan emerger. En este sentido, parte de la doctrina califica a los problemas de reales y los atribuye a la rigidez de los regímenes.⁶²⁵

Es menester atender a las causas de la divergencia y en este sentido, como hemos sostenido en otras oportunidades, el problema radica no es los modos, en las formas, en los tiempos, sino que la divergencia es sustancial, de fondo, filosófica. En esta corriente, GRANT estipula que probablemente los regímenes de comercio y medio ambiente estén de acuerdo cuando los acuerdos medioambientales tengan un alcance estrecho⁶²⁶, pero cuando esto suceda a la inversa, el sistema de comercio entrará en conflicto, lo que generalmente sucede cuando existe un regulador regional (...) El motivo de la dificultad para la coordinación políticas internacionales radica en la contraposición de objetivos nacionales e internacionales (...) el problema de coordinación internacional de la política proviene de la superposición de paradigmas multilaterales⁶²⁷ esto nos permite suponer como expresa parte de la doctrina⁶²⁸, que cuando existe acuerdo entre los grande actores del sistema internacional, principalmente los Estados Unidos y la Unión Europea, por compartir idénticos intereses, el acuerdo es factible⁶²⁹.

Si trasladamos los puntos analizados al esquema del Protocolo de Cartagena, llegaremos a la conclusión que no existen puntos en común entre los grande actores, “en primer lugar, no es un acuerdo específico, sino que regula el comercio de todos los “organismos

⁶²² KERR, W., “Who Should Make the Rules of Trade?...” *op. cit.*, p. 168, REDGWELL, C., *Biotechnology, Biodiversity and Sustainable Development... op. cit.* en FRANCONI, F., y SCOVAZZI, T. (Editores), *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 71., HELLIO, H., *op. cit.* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores), *La circulation des concepts juridiques... op. cit.*, pp. 74 y ss., REDICK, T.P., *op. cit.*, p. 90.

⁶²³ *Ibid.*, p. 90.

⁶²⁴ PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 52.

⁶²⁵ MACMILLA, F., *WTO and the Environment*, Sweet and Maxwell, London, 2001, p. 42.

⁶²⁶ A fin de ejemplificar podemos observar la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas (CITES), el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que agotan la Capa de Ozono (Protocolo de Montreal) y el Convenio de Basilea sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos (Convenio de Basilea).

⁶²⁷ GRANT, I., “The WTO and Cartagena Protocol: International Policy Coordination or Conflict?” en *Current, Agriculture, Food and Resource Issues*, Nro. 4, Año 2003, pp. 117 y ss.

⁶²⁸ POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 15.

⁶²⁹ Los elementos enunciados “a) son muy específicos, b) existe acuerdo transatlántico con relación a los enfoques normativos” se manifiestan concretamente en los acuerdos citados en dos notas precedentes.

vivos modificados” y en segundo término, existen diferencias significativas tanto en los principios sistémicos, como en los marcos regulatorios que existen a ambos lados del atlántico”.⁶³⁰

El problema principal para considerar que los tratados referidos pueden ser considerados en “apoyo mutuo” emerge del hecho que el Protocolo de Cartagena es un tratado comercial de facto, y este tratado, al regular el uso de la biotecnología, busca influir sobre el medio ambiente incluyendo actores políticos, económicos y sociales dentro de las fases de negociación e implementación. Por lo tanto, a tenor de algunos autores “abrió una caja de Pandora al momento de la implementación ya que chocaban dos agendas completamente distintas (la ambiental y la comercial), lo cual hizo necesario una forma de buscar un punto de conexión entre ambas y así, algunos juristas, comenzaron a hablar de política ecológica o “ecológica”.⁶³¹

Para el caso del Convenio de Diversidad Biológica, observamos que su artículo 22 crea dos categorías de relaciones con otros tratados. La primera relación esta enunciada en inciso a) del artículo 22 y establece que las disposiciones del Convenio no afectarán los derechos ni las obligaciones derivados de cualquier otro acuerdo internacional, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro. Si bien en principio no se ha establecido ningún tipo de supremacía *a priori* entre los tratados que puedan colisionar, si se ha establecido una primacía *a posteriori* en la aplicación del Convenio de Diversidad Biológica, en el supuesto caso que su objeto de protección corra el riesgo de sufrir grave daño o estar en peligro si se prosigue con la aplicación de otros tratados internacionales. La segunda categoría, incluida en el inciso b) del artículo 22 que regula la relación con el Derecho del Mar, circunstancia en la cual otorga total primacía de aplicación *a priori* al Derecho del Mar, pues indica que el Convenio se aplicará con arreglo al Derecho del Mar.

El Protocolo de Cartagena de Seguridad de la Biotecnología, no contiene aparentemente dentro de su parte dispositiva, normas relativas a la relación con tratados fuera del bloque de Derecho internacional del medio ambiente, no obstante y más allá de las apreciaciones que hemos formulado con anterioridad, consideramos que es posible realizar una nueva relación, pues el Protocolo en su artículo 32 establece que salvo que en el Protocolo disponga otra cosa, las disposiciones del Convenio relativas a sus Protocolos se aplicarán al presente Protocolo. En este sentido, estimo que los comentarios formulados en el párrafo anterior, sobre el artículo 22 del Convenio de Diversidad Biológica -relación con otros tratados-, son aplicables al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, toda vez que este Protocolo tiene el mismo objetivo general que el Convenio, su particularidad radica en gestionar un aspecto especial o meramente logístico, pero siempre con el misma meta y por mandato del Convenio. No existe razón ni lógica para deducir que esta parte -entiéndase al Protocolo- cambiará las prioridades predeterminadas por el todo -entiéndase el convenio-.

Algún crítico a mis apreciaciones podría decir lo contrario, pues en los considerandos del Protocolo existen declaraciones de ambigua interpretación. Si hacemos referencia a las declaraciones contenidas en los considerandos previos a la parte dispositiva del Protocolo, a mi entender estas no son en ninguna parte contradictorias a lo predicado en el párrafo anterior a este. Las declaraciones expresan que las Partes Contratantes

⁶³⁰ GRANT, I. y KERR, W., “Genetically Modified Organisms...” *op. cit.*, p. 1091.

⁶³¹ HOBBS, A.L.; HOBBS, J.E.; KERR, W.A., *op. cit.*, p. 284

reconocen que los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible (...) destacan que el presente Protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor (...) y concluyen manifestando que en el entendimiento de que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales.

Todas estas expresiones contenidas en los considerandos del Protocolo hacen referencia a la cuestión de la supremacía de un tratado por sobre otro, declarando que al no instituirse por medio del Protocolo una supremacía de éste sobre el resto del cuadro de Derecho internacional, los derechos y obligaciones de todos los tratados permanecen en las mismas condiciones y no deviene una necesidad de adecuación de los derechos y las obligaciones contenidas en algunos tratados por una incompatibilidad jerárquica. Tampoco hay en Protocolo normas expresas sobre la primacía en la aplicación, no obstante, esto no significa que no existan, estas normas que ordenan la primacía en la aplicación de los tratados medioambientales sobre el resto del cuadro de Derecho internacional, está contenida en el Convenio de Diversidad Biológica y sus disposiciones se incorporan al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología por medio del artículo 32 de este último, por lo tanto a mi entender, las Partes Contratantes entienden que en caso de existir un conflicto de normas internacionales y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, optan por la aplicación prioritaria del Protocolo por sobre el resto de tratados internacionales.

De todas formas, aun cuando fuera viable la interpretación que acabamos de formular, esta prioridad en la aplicación auto-conferida por los tratados de derecho ambiental difícilmente tenga cabida en los órganos de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, toda vez que las propias normas del Entendimiento de Solución de Diferencias restringen *prima facie* el contenido de “derecho aplicable” a las normas contenidas en los “acuerdos abarcados” administrados por la Organización Mundial del Comercio, en consecuencia, la auto-atribución de primacía en la aplicación difícilmente pueda ser materializada frente a un procedimiento de solución de diferencias tramitado ante la Organización Mundial del Comercio.

A modo de conclusión de esta primera parte del trabajo, traemos a colación el pensamiento de SCOTT con relación a los conflictos normativos entre regímenes internacionales, cuando manifiesta que “para aquellos que buscan confort en el orden internacional, es conveniente anunciarles que el sistema no es un lugar preparado para ello, sino que está caracterizado por una multiplicidad regímenes legales superpuestos, con sus límites impugnados, sus enlaces constantemente bajo construcción y las jerarquías confusas, pero aún cuando todo pareciera oscuro, es precisamente en el terreno controvertido de la frontera donde las posibilidades de innovación toman forma”⁶³² Por lo tanto, habiendo dejado expuesto, en el caso de la biotecnología, los problemas normativos, pero sobre todo, filosófico-estructurales que diferencian los regímenes internacionales, nos preguntamos si existe un modo de resolver estas controversias internacionales transversales. Esta pregunta, eje de nuestro trabajo en su conjunto, seguirá presente en la segunda parte que en breve iniciaremos, pero colocando su atención en el concepto de régimen internacional, su origen, componentes y consecuencias sobre el sistema en su conjunto.

⁶³² SCOTT, J., “International Trade and environmental Governance: Relating Rules (and Standards) in the EU and the WTO” en *European Journal of International Law*, Vol. 15, Nro. 2, Año 2004, p. 354.

PARTE II: LA FRAGMENTACION DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA SOLUCION DE CONTROVERSIA TRANSVERSALES EN MATERIA DE BIOTECNOLOGIA

Introducción

Hace ya algunos años, el informe sobre Fragmentación de Derecho internacional de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas, atribuyó que la causa de la fragmentación es “una de las características de la reciente vida internacional, que los sociólogos han denominado “diferenciación funcional”, es decir, la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes, tanto a nivel nacional como internacional. Una paradoja bien conocida de la mundialización es que si bien ha conducido a una creciente uniformidad de la vida social en todo el mundo, también ha conducido a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas de acción social y estructuras especializadas y relativamente autónomas (...) La fragmentación del mundo social internacional ha alcanzado significado jurídico especialmente al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos⁶³³. Lo que antes aparecía regido por el “Derecho internacional general”, se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados como el “Derecho internacional económico”, el “Derecho internacional de los derechos humanos”, el “Derecho internacional ambiental”, el “derecho del mar”, el “derecho europeo”, “derecho de las inversiones” o el “Derecho internacional de los refugiados”, etc. cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones.

Los juristas internacionales denominan fragmentación al giro que se produce desde el estatus hacia el contrato, o de la forma a la función; la fragmentación se halla en relación con un cambio profundo en la organización de la fe y del poder (...) El primer paso consiste en pensar sobre los complejos de normas, no en términos de instituciones de Derecho público, sino como “regímenes” informales; es decir, en tanto que normas, prácticas y expectativas en el seno de específicas “áreas temáticas” definidas por la distribución de las tecnologías disponibles sobre el conocimiento de la producción. Mientras que la ley de las instituciones internacionales se halla centrada en la competencia formal, la representación y responsabilidad, la teoría de los regímenes es ampliamente funcional (...) son re-descripciones del mundo a través de nuevos lenguajes que dan poder a nuevos grupos⁶³⁴

En la doctrina internacionalista las aguas están divididas frente al fenómeno de la fragmentación, algunos “perciben al Derecho internacional como un orden jurídico unificado, por lo que podrían verse obligados a aplicar una presunción a favor de la aplicabilidad del Derecho internacional General (...) mientras que otros consideran que el Derecho internacional no es más que la suma total de los subsistemas vagamente relacionados entre sí tienden a defender una presunción en favor de la clausura de un régimen normativo particular.”⁶³⁵

El problema, a juicio de los juristas, consiste en que esa legislación y creación de

⁶³³ La Comisión de Derecho internacional cita en su informe los trabajos de FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*, pp. 999 a 1046 y BARNHOORN y WELLENS, K (editores), *op. cit.*

⁶³⁴ KOSKENNIEMI, M., “Formalismo, fragmentación y libertad. Temas Kantianos en el Derecho internacional actual” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nro. 15, Año 2008, p. 5.

⁶³⁵ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 483.

instituciones especializadas tiende a producirse con relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del Derecho internacional. El resultado son conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales desviadas y quizá la pérdida de una perspectiva general del derecho (...) aunque es indudable la realidad y la importancia de la fragmentación, tanto en el aspecto legislativo como en el institucional, los internacionalistas se han dividido en su evaluación del fenómeno.

Algunos han criticado contundentemente lo que consideran la erosión del Derecho internacional general, la aparición de jurisprudencia contradictoria, la búsqueda del foro más favorable o *forum shopping* y la pérdida de la seguridad jurídica y en cambio otros lo han considerado simplemente un problema técnico que ha surgido naturalmente con el aumento de la actividad jurídica internacional y que puede controlarse mediante la racionalización y la coordinación técnicas⁶³⁶

Lo cierto es que el fenómeno no escapa al análisis de la academia, desde donde se vislumbran nuevas formas de relación, así, OST y VAN DE KERCHOVE han observado acertadamente que: “de la crisis del modelo piramidal, progresivamente emerge un paradigma competidor, el del derecho en red, sin que desaparezcan por eso residuos importantes del primero”. Una tarea central, y cada vez más difícil del jurista consiste en la asignación de la autoridad dentro de un sistema compuesto por dos elementos: unidad jerárquica y las estructuras de red en diversas áreas temáticas.⁶³⁷

La fragmentación según la Comisión de Derecho internacional trae aparejados problemas institucionales “fragmentación institucional”⁶³⁸ y sustanciales “fragmentación sustantiva”⁶³⁹; los primero se remiten a las cuestiones de competencia que puedan surgir entre las diferentes instituciones creadas por los regímenes autónomos de Derecho internacional; este problema, la Comisión de Derecho internacional considera que debe ser resuelto por las propias instituciones, porque hay un problema mayor, al cual se abocará la Comisión de Derecho internacional que es resolver una cuestión sustancial “la división del derecho en “marcos” sumamente especializados que pretenden tener autonomía relativa entre sí y respecto del derecho general” y que pueden generar conflictos normativos.⁶⁴⁰

Esta fragmentación, en palabras de la Comisión de Derecho internacional, tiene consecuencias de diferentes tipos, negativas y positivas; “por una parte, la fragmentación crea el peligro de normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorias e incompatibles entre sí, pero por otra parte, refleja la rápida expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la diversificación de esos objetos y técnicas”⁶⁴¹ Esto es lo que algunos observan como “signos de vitalidad del Derecho internacional”⁶⁴² la prueba de la superación del

⁶³⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafos 7, 8 y 9.

⁶³⁷ OST, F. y VAN de KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Brussels, 2002, p. 14 citado por SIMMA, B y PULKOWSKI, D.; *op. cit.*, p. 484.

⁶³⁸ RODILES, A., *op. cit.*, p. 377.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 377.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 377.

⁶⁴¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 14.

⁶⁴² REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DIEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E. y PEREZ-PRAT DURBAN, L., *Derecho internacional... op. cit.*, p. 81; REMIRO

primitivismo del orden jurídico internacional⁶⁴³, aunque por otra parte reclaman la necesidad que “la práctica legal contemporánea cuente con la asignación de autoridad dentro de un complejo sistema de prescripciones legales”⁶⁴⁴.

No obstante no hay que perder de vista que cada complejo de normas o “régimen” llega con sus propios principios, su propia forma de pericia profesional y su propia “ética”, que no coincide necesariamente con la ética de la especialización vecina (...) y con la finalidad de que el nuevo derecho sea eficiente, incluye a veces nuevos tipos de cláusulas de tratados o prácticas de tratados que quizás no sean compatibles con el antiguo derecho general o el derecho de otra rama especializada.

Con mucha frecuencia surgen nuevas normas o regímenes precisamente a fin de apartarse de lo anteriormente dispuesto por el derecho general. Cuando esas desviaciones se producen o resultan generales y frecuentes, la que padece es la unidad del derecho. La dificultad es mayor cuando los problemas de coherencia surgen dentro de las mismas estructuras de un régimen especial, toda vez que, por ejemplo, como señala MATSUSHITA para el caso del derecho del comercio internacional “la relación entre los acuerdos de la OMC y otros acuerdos de comercio no son siempre pacíficos. A veces puede haber conflictos entre ellos. Esto es inevitable porque cada acuerdo de comercio es previsto y redactado dentro de un orden y con el fin de lograr un cierto objetivo político y estos objetivos que subyacen a los diferentes acuerdos comerciales que no son siempre los mismos.”⁶⁴⁵

Por su parte, TRACHTMAN afirma que “el sistema internacional general responde al problema de la coherencia en forma muy limitada. Dicho sistema es caracterizado por una legislación mundial descentralizada y una adjudicación mundial descentralizada. Este sistema no responde satisfactoriamente a la hora de resolver conflictos entre normas, cuando varían o cambian fuentes legislativas. Los conflictos entre normas son la cara legal de los conflictos entre valores diferentes. Se trata de un problema interfuncional de elección de derecho, entre Derechos que emergen en diferentes sectores del sistema jurídico internacional, de diferentes contextos funcionales e institucionales.”⁶⁴⁶

Una de las consecuencias de la fragmentación del Derecho internacional que despierta mayor interés, radica en la potencial creación de “conflicto” normativo, fruto de la falta de coherencia *inter* o *intra* regímenes, el cual es definido por la Comisión de Derecho internacional como una “situación en la que dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema”⁶⁴⁷ pero siendo fiel a las estipulaciones anteriores, la Comisión de Derecho internacional concluye que este problema se resuelve por medio de las técnicas tradicionales de interpretación y elección entre formulaciones de normas y significados alternativos que no pueden encajarse en el modelo de razonamiento lógico (...) y por medio de las máximas tales como la *lex specialis* o *lex posterior* o *lex superior* que también son aplicables al Derecho internacional. No obstante, la Comisión de Derecho internacional deja claro que “la distinción especial/general, o

BROTONS, “Entrevista a Antonio Remiro Brotons...” *op. cit.*, p. 25, RODILES, A., *op. cit.*, p. 389.

⁶⁴³ SALINAS ALCEGA, S. y TIRADO ROBLES, C., *op. cit.*, p. 43.

⁶⁴⁴ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 483.

⁶⁴⁵ MATSUSHITA, M., “Governance of International Trade Under World Trade Organization Agreements-Relationship between World Trade Organization Agreements and another Trade Agreements” en *Journal of World Trade*, Vol. 38, Nro. 2, Año 2004, p. 193.

⁶⁴⁶ TRACHTMAN, J. , “The Constitutions of the WTO” en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 3, Año 2006, p. 635.

⁶⁴⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 25.

anterior/posterior, o inferior/superior no funciona como técnica de solución de conflictos sino como pauta de interpretación que indica que lo especial se debe interpretar a la vista de lo general, de lo que solamente es una particularidad o una elaboración”⁶⁴⁸

Si bien este fenómeno de la fragmentación es claro, y lo hemos podido comprobar en concreto a lo largo de la primera parte de nuestro trabajo cuando analizamos las múltiples ópticas desde la cual se ha regulado a la biotecnología como nuestro objeto de estudio, despierta muchas preguntas que abarcan un amplio espectro de cuestiones.

En el *Capítulo 1: “Dos concepciones sobre la interpretación jurídica de la regulación multifasética de la Biotecnología”* transitaremos un camino que ostenta por fin dilucidar la estructura material del Derecho internacional: *Entre la “unidad histórica” y la “segmentación contemporánea”*, y desentrañar cuales son las causas de la fragmentación del Derecho internacional: *Entre la “diversificación casual” y “diversificación causal”*. En el *Capítulo 2: “Soluciones a los problemas emergentes de la fragmentación del Derecho internacional”* con una especial inquietud, abordaremos un estudio de las soluciones posibles a los conflictos normativos entre regímenes internacionales que colisionan: *Entre la “interpretación sistémica” y “aplicación contextual”*). En síntesis, el fenómeno de la fragmentación es visto por algunos como un riesgo para la coherencia del orden jurídico internacional, mientras que otros creen que es una oportunidad para responder a los nuevos desafíos globales.⁶⁴⁹

En esta sección de nuestro trabajo, el esfuerzo estará dirigido a resolver estas preguntas y defender desde una aproximación interdisciplinaria nuestras opciones, comprendiendo que el esclarecimiento de las causas de la fragmentación, pueden constituirse como un vector en la búsqueda de soluciones al problema real de aplicación del Derecho internacional y de resolución de las controversias transversales que se manifiestan a través del conflicto normativo, aunque en determinadas circunstancias, la función de resolver pacíficamente las diferencias podrían llevarnos a proponer soluciones alternativas que se atrevan a innovar cuando se ha llegado a la frontera del derecho.

Capítulo 1. DOS CONCEPCIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LA REGULACIÓN MULTIFASÉTICA DE LA BIOTECNOLOGÍA

1) Constitucionalismo jurídico

Uno de los elementos que ha llevado a la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas a estudiar el fenómeno de la fragmentación del Derecho internacional, ha sido el surgimiento y propagación de los denominados “regímenes autónomos” a los que han calificado de tres maneras: a) como un conjunto especial de normas secundarias que tienen primacía sobre las normas generales de responsabilidad; b) como un conjunto de normas primarias y secundarias que a menudo se llaman sistema o subsistema de normas que abordan un problema en particular, c) o lo comúnmente llamado “ramas del derecho”⁶⁵⁰

En todo caso, los elementos que distinguen a estos “regímenes autónomos” son: a) la relevancia del sesgo voluntarista y contractualista del Derecho internacional, b) su

⁶⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 28.

⁶⁴⁹ RODILES, A., *op. cit.*, p. 373.

⁶⁵⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, Párrafo 128.

vocación de especialidad que lo lleva a la modificación o exclusión del Derecho internacional general, c) la consagración de principios propios del sistema particular diferentes a los imperantes en el Derecho internacional general y d) a la consolidación de directrices y orientaciones propias⁶⁵¹. La consecuencia de este fenómeno ha sido el desplazamiento de la actividad del Derecho internacional hacia los regímenes especializados⁶⁵²

Es menester afirmar que la doctrina no es unánime en la aceptación de los regímenes autónomos, entre sus opositores podemos encontrar a parte de la doctrina francesa que sostiene que la existencia de regímenes autosuficientes es muy hipotética, dada su “debilidad conceptual” y a la recurrencia de éstos a la aplicación del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados como forma de integrar al Derecho internacional⁶⁵³

El debate teórico en torno de la unidad o fragmentación del Derecho internacional, no tiene por objeto sólo la disquisición intelectual, sino que busca reflexionar sobre los problemas que implica la diversificación del Derecho y la aplicación de las reglas generales, pues la pregunta clave consiste en determinar si la existencias de los denominados regímenes autónomos, los configuran como circuitos cerrados autosuficientes o si mantienen algún tipo de relación, y en su caso, que tipo de vínculo, con otros regímenes especiales y/o con el resto de las normas de Derecho internacional general.

La Comisión de Derecho internacional a lo largo de varias de sus sesiones ha formulado sucesivas consideraciones que proyectan la evolución del concepto de subsistema o régimen especial o autónomo, tales como: a) los Estados tienen la capacidad de crear regímenes especiales, b) los regímenes autónomos podrían configurar circuitos cerrados, pero que en caso de fallas dentro del sistema se recurriría a otros subsistemas o al sistema universal, c) los regímenes especiales tienen límites establecidos por el *ius cogens* y el sistema de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales de las Naciones Unidas (resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas), d) los subsistemas no son circuitos jurídicos cerrados, porque la prioridad en la aplicación no implica la renuncia a las garantías del régimen general de Derecho internacional, e) Hay regímenes exclusivos, pero estos implican la sustitución de las normas generales en una etapa inicial, con la posibilidad de recurrir supletoriamente el sistema general en caso de fallas del subsistema.

La conclusión general a la que arriba la Comisión de Derecho internacional en su informe sobre fragmentación del Derecho internacional predica que no existen regímenes jurídicos totalmente cerrados y aislados del Derecho internacional general que continúa aplicándose salvo una expresa exclusión. No obstante, no es posible pensar que el régimen general solo se aplicará en la medida que sea incluido en un régimen especial; esto llevaría el debate a una situación análoga sobre la discusión

⁶⁵¹ *Ibid.*, párrafo 129

⁶⁵² BODANSKY, D. y CROOK, J., "Introduction and Overview to Symposium: The ILC's State Responsibility Articles" en *American Journal of International Law*, Vol. 96, Año 2002, p. 774 citado en COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 137.

⁶⁵³ DUPUY, P-M., *L'unité de l'ordre juridique international... op. cit.*, p. 456, PELLET, A., *Droit de l'hommisme et droit international*, Conferencia en memoria de Gilberto Amado, Naciones Unidas, 2000.

monismo-dualismo⁶⁵⁴.

De todas formas, aun cuando la Comisión de Derecho internacional represente una voz confiable y autoritativa del Derecho internacional, no ha opacado, ni mucho menos agotado los debates teóricos en torno a la estructura y vinculación interna inter-normativa dentro del Derecho internacional.

La doctrina considera que “la principal característica del régimen independiente es la intención total que tiene de eliminar la aplicación del Derecho internacional general sobre la responsabilidad del Estado”⁶⁵⁵. La pregunta que sigue es si la eliminación completa de todas las normas secundarias del Derecho internacional general está pensada por el régimen en cuestión. La respuesta afirmativa a esa pregunta, dependerá de si el Derecho internacional es considerado como un orden legal unificado o como el total de la suma de subsistemas interrelacionados de manera vaga.

Los académicos que se encuentran a favor de la primera idea (los universalistas) eligen como punto de partida al Derecho internacional general. La excepción al Derecho internacional general sobre la responsabilidad del Estado es aceptada sólo si los Estados han declarado tal intención.

El “constitucionalismo del Derecho internacional” es una escuela básicamente alemana, que tiene sus orígenes en VERDROSS y KELSEN aunque ha incorporado desarrollos fuera de su ámbito originario. Actualmente la visión universalista o unitaria del Derecho internacional se ha posicionado frente al fenómeno de la fragmentación desde dos aristas distintas, aunque complementarias, unos haciendo foco en el problema de la fragmentación sustancial y el surgimiento de regímenes autónomos o especiales de Derecho internacional y otros en la fragmentación institucional o proliferación de instancias de solución de diferencias internacionales.

Dentro de los representantes más importantes de la primera versión, podemos mencionar a TOMUSCHAT, FASSBENDER y VON BOGDANDY, y en una versión más novedosa dentro de dicha escuela encontramos la corriente representada por KADELBACH y KLEINLEIN, que se concentra en la “constitucionalización del Derecho internacional”, presentando especial atención a ciertos principios normativos que cumplen una función constitucional en el derecho de gentes.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar que dentro del constitucionalismo también se han desarrollado algunas corrientes menos estrictas, a las que podríamos denominar “constitucionalismo flexible” entre los que podemos encontrar a juristas tales como: DUPUY, SIMMA, KOSKENNIEMI, PAUWELYN, PAULUS, TRACHTMAN.

Todos coinciden en considerar que el Derecho internacional mantiene una estructura en cierta forma sustancialmente jerárquica y en consecuencia responde a un criterio de unidad sistémica, por lo tanto, a partir de esta concepción se estima que los regímenes especiales no son autónomos absolutamente y que las controversias que pueden emerger de sus relaciones encontrarán solución en una aplicación integral del sistema en su conjunto.

A continuación expondremos el pensamiento de los juristas mencionados con el objeto

⁶⁵⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional...* op. cit., párrafo 152.

⁶⁵⁵ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., op. cit., p. 495.

de presentar los argumentos generales de su prédica y los matices o particularismo con relación a la posición general que los congrega en una misma corriente general.

En primer lugar analizaremos el pensamiento de TOMUSCHAT⁶⁵⁶ quien considera que el Derecho internacional cumple una función constitucional también en el ámbito nacional, al proteger los derechos humanos, haciendo a los hombres beneficiarios de este derecho⁶⁵⁷. Indica que la comunidad internacional está pasando de un sistema fundado en la soberanía de los Estados hacia otro nivel orientado a los valores y a los individuos⁶⁵⁸, visualizándose al Estado como una “unidad al servicio de los seres humanos”⁶⁵⁹. La idea central en este autor consiste en identificar al Estado como un agente de la comunidad internacional⁶⁶⁰ resultando por consecuencia la necesidad de independizar la función legislativa del régimen actual que regula la producción de los tratados⁶⁶¹.

Para TOMUSCHAT la comunidad internacional debe afrontar el desafío de replantear la forma de producción normativa con el objeto de universalizar la consagración de reglas generales, porque en la medida que éstas son de adhesión y denuncia voluntarias, los valores reconocidos por la comunidad internacional como merecedores de protección quedan sometidos a decisiones unilaterales y vinculados a un sistema político débil⁶⁶².

Dentro de esta gran corriente constitucionalista o universalista, como mencionamos al principio, podemos encontrar el pensamiento de FASSBENDER⁶⁶³ quien por su parte enuncia que el constitucionalismo internacional no es lo mismo que el constitucionalismo comparado, el primero compara formas de protección de los derechos fundamentales en varios Estados de occidente o formas de organización estatal centralizada o federal, en cambio, el segundo busca crear una sub-disciplina de Derecho internacional público, un derecho que puede ser influenciado por las ideas constitucionalistas y las prácticas desarrolladas a nivel nacional, pero parado en sus propios pies⁶⁶⁴. FASSBENDER coincide con ALLOTT cuando este manifiesta que la estructura constitucional es común a todas las sociedades y no es monopolio de las entidades estatales.⁶⁶⁵ A su vez FASSBENDER agrega que la constitucionalización internacional debe estar basada en la Carta de Naciones Unidas⁶⁶⁶ y acordando con TOMUSCHAT predica que el constitucionalismo internacional debería estar conformado por reglas formales y sustanciales, donde cada Estado se compromete a respetar irrestrictamente debido a su membrecía a la comunidad internacional (...) El

⁶⁵⁶ Las ideas de TOMUSCHAT fueron expuestas en el Curso General de la Academia de La Haya en 1999, titulado: “Asegurando la supervivencia de la humanidad en la víspera de un nuevo siglo” Ver TOMUSCHAT, C., *op. cit.*, pp. 9-438, pero los párrafos expuestos en este trabajo son obtenidos de los artículos CZAR de ZALDUENDO, S., (Editor) "The International Legal System and its Tensions: Fragmentation and Universal Ambition" en Punte@Europa, Año V, Nro. 2, Año 2007, pp. 4-15 y VON BOGDANDY, A., *op. cit.*, pp. 34-42.

⁶⁵⁷ TOMUSCHAT, C., *op. cit.*, p. 23.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 237.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 95.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 161.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 305.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 306

⁶⁶³ La primera vez que el autor enuncia su posición sobre el constitucionalismo internacional lo hace en FASSBENDER, B., *Sovereignty and Constitutionalism... op. cit.*, pp. 115-142.

⁶⁶⁴ FASSBENDER, B., *The meaning of international constitutional law* en TSAGOURIAS, N., *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives* Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 308.

⁶⁶⁵ ALLOTT, P., *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford University Press, Oxford, 1990, p. 164 en FASSBENDER, B., *The meaning of international... op. cit.*, p. 309.

⁶⁶⁶ FASSBENDER, B., *The meaning of international... op. cit.*, p. 313.

corazón del derecho constitucional internacional está formado por el *ius cogens*⁶⁶⁷”

De lo antes dicho se puede ir remarcando una serie de líneas de trabajo, por un lado aquellas que tendrán por eje a las Naciones Unidas como marco normativo angular del sistema internacional y por otro lado el concepto de *ius cogens* como referente en la construcción jerárquica.

La idea de tomar a la carta de Naciones Unidas como una constitución global, ha sido acogida por HABERMAS quien ha expresado que esta recoge una explícita combinación de mantenimiento de la paz y protección de los derechos humanos, conecta la prohibición del uso de la fuerza, con un uso realista de la aplicación de sanciones. Los Estados miembros puede percibirse a partir de la Carta de Naciones Unidas como ciudadanos de una sociedad política mundial,⁶⁶⁸ porque tal como indica DUPUY la Carta de Naciones Unidas puede ser calificada como un acto fundacional de un nuevo orden mundial.⁶⁶⁹ Finalmente, y dentro de esta misma línea, aunque de cierta manera un poco más crítico, PETERSMANN manifiesta que la Carta de Naciones Unidas ha hecho su foco en la soberanía de los Estados sin una efectiva protección de los derechos humanos y sin garantías judiciales relativas a la protección de estos y del Estado de derecho contra los frecuentes abusos por parte de los gobiernos, lo cual denota la ausencia de una constitución de los pueblos de las Naciones Unidas, en consecuencia, la protección de los derechos humanos debe ser incluida efectivamente en el derecho de las Naciones Unidas.⁶⁷⁰

KOSKENNIEMI manifiesta “la Carta de Naciones Unidas, con todos sus problemas y su aspiración de mala fe no es ciertamente una constitución mundial. No obstante, constituye algo más que un acuerdo que puede ser negociado cada vez que surge un “problema”. Es también, como diría ALLOTT, la condensación del pasado de una sociedad en su futuro ideal como aspiración de cómo debería ser el mundo, si fuéramos mejores. La Carta de Naciones Unidas habla de un “nosotros”, que une a cada actor individual a un proyecto común de libertad. Los fracasos de la ley, a este respecto, sólo subrayan el significado de sus aspiraciones.”⁶⁷¹

Siguiendo este camino argumentativo nos encontramos con las razones de VON BOGDANDY quien considera que el Derecho internacional aboga por un orden público internacional que vele eficientemente por principios universales y que de solución a problemas globales. El modelo constitucionalista se basaría en instituciones adecuadas que seguirían siendo de carácter internacional. Estas instituciones son impulsadas por gobiernos nacionales (preferentemente elegidos de manera democrática) que, sin embargo, ya no tendrían el poder para bloquear individualmente la promulgación o aplicación del Derecho internacional. Las mismas serían, en cambio, conscientes de sus recursos mediados por el Estado (y, por lo tanto, limitados) de legitimidad democrática y respeto de la diversidad de los Estados que las integran. No puede existir una federación democrática global, pero puede haber un mundo mejor, más pacífico e integrado, compuesto por democracias que cooperen más estrechamente y con mayor éxito a través de sus instituciones internacionales. Esto ofrece una visión

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 317.

⁶⁶⁸ HABERMAS, J., *The divided west*, Policy Press, Cambridge, 2006, p 159 en FASSBENDER, B., *The meaning of international... op. cit.*, p. 323.

⁶⁶⁹ DUPUY, J-M., *L'unité de l'ordre... op. cit.*, p. 217.

⁶⁷⁰ PETERSMANN, E-U., *Constitutionalism, International Law... op. cit.*, p. 291 en FASSBENDER, B., *The meaning of international... op. cit.*, p. 314.

⁶⁷¹ KOSKENNIEMI, M., *op. cit.*, p. 15.

conceptualmente coherente basada en la trayectoria evolucionista del constitucionalismo americano y europeo.⁶⁷²

También KADELBACH y KLEINLEIN por su parte sostienen como anticipamos en párrafos anteriores una visión del constitucionalismo global fundada en que algunos principios pueden reemplazar a las reglas que podrían ser consideradas muy rígidas. Asimismo, observan que los principios tienen la ventaja de ser dinámicos.⁶⁷³ En el mismo sentido, SLAUGHTER sugiere una selección informal de principios como alternativas a la codificación formal de una constitución global. En este sentido, un constitucionalismo global formal podría liderar inevitablemente un gobierno global y la flexibilidad que ofrecen los principios podría favorecerlo.⁶⁷⁴

Tal como anticipamos en párrafos anteriores, existe otra gran vertiente dentro de esta corriente constitucionalista sustancialista que marca como foco de análisis al concepto de *ius cogens* como instrumento unificador y dador de jerarquía, en consecuencia, orden y unidad, al sistema normativo internacional. En concordancia, los universalistas o constitucionalistas tienden a negar la existencia del régimen especial independiente⁶⁷⁵

Según DUPUY “L’unité de l’ordre juridique” es un hecho sociológico o al menos un postulado normativo.⁶⁷⁶ Este postulado es apoyado por DELMAS-MARTY quien sostiene que el concepto de unificación es una característica inherente del derecho porque al derecho no le satisface la multiplicidad, el derecho representa orden y unificación a través de una pirámide de normas de KELSEN⁶⁷⁷.

Con respecto a la importancia del *ius cogens* DUPUY considera que “el orden internacional se encuentra unido mediante reglas formales de reconocimiento, cambio y adjudicación, por un lado, y normas que gozan de una mayor jerarquía debido a su contenido sustantivo (ejemplo *ius cogens*). Mientras que las primeras nos permiten identificar los medios de creación y aplicación del Derecho internacional, las segundas nos indican los contenidos mínimos del orden, es decir, su base axiomática”

La línea fundada en los valores mínimos, también es apoyada por PAULUS, quien sostiene que el *ius cogens* es manifestación de la “convergencia mínima de intereses y valores de la comunidad internacional” y recuerda que la Corte Internacional de Justicia es el tribunal autoritativo para ser intérprete del *ius cogens* y evitar de ese modo el uso indiscriminado -por su contenido incierto-, toda vez que el *ius cogens* forma parte de un verdadero orden público internacional cuasi-constitucional. Al describir los efectos de las normas de *ius cogens*, afirma que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 es visto como la expresión de una norma aplicable al Derecho internacional general y su definición establecida en el artículo 53 implica que su aplicación no permite ninguna excepción y sólo puede modificarse por una norma ulterior del mismo carácter.⁶⁷⁸

AL fin y al cabo, el problema que todos tratan de resolver radica en la posibilidad o no de la autonomía de los regímenes especiales, pero más allá de este debate teórico, es

⁶⁷² VON BOGDANDY, A., *op cit.*, p. 40.

⁶⁷³ KADELBACH, S. y KLEINLEIN, T., *op. cit.*, p. 345.

⁶⁷⁴ SLAUGHTER, A-M., *A New World Order*; Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 245.

⁶⁷⁵ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op cit.*, p. 495.

⁶⁷⁶ DUPUY, J-M, *L’unité de l’ordre... op. cit.*, p. 1 en SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 495.

⁶⁷⁷ DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, p. 74 en SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 495.

⁶⁷⁸ PAULUS, A., "Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation" en *Nordic Journal International Law*, Vol. 74, Año 2005, p. 297.

indubitable la existencia de los regímenes, que por sí, despierta un interés en sí mismo. Frente a esta realidad KOSKENNIEMI manifiesta no estar preocupado por la multiplicidad de regímenes o la contraposición la racionalidad de éstos, por el contrario, son la plataforma política de hoy. Lo verdaderamente importante para el autor es la homogeneidad de las perspectivas culturales y profesionales de los participantes, la pretensión de que las decisiones sean sólidas técnica y cognitivamente y, por tanto inmunes a la confrontación política. Sin embargo, sugiere que el discurso de la multiplicidad debería ser descripto en términos políticos, como una competición entre los diferentes sistemas y criterios para la asignación de posiciones entre grupos sociales⁶⁷⁹

No obstante, SIMMA desde otro ángulo sostiene que “la noción del término *regímenes independientes* se ha mal interpretado como un argumento a favor de la total autonomía de los subsistemas legales, cuando en realidad los sistemas sociales no pueden existir aislados del medio común. Todos los sistemas están interrelacionados por una asociación estructural. De manera parecida, los subsistemas legales coexisten aislados de los restantes grupos de la ley internacional que son inconcebibles. Siempre habrá algún grado de interconexión al menos al nivel de la interpretación”⁶⁸⁰

En este caso la doctrina también apoya la visión de la Comisión de Derecho internacional, cuando predica “la diferencia entre leyes generales y especiales sigue siendo importante para mantener una cohesión sistemática. En principio las leyes especiales secundarias de un sistema prevalecerán. Y aún cuando estas sean inexistentes o inefectivas, las leyes generales de responsabilidad del Estado podrán seguir siendo aplicadas. Si las normas y procedimientos de sistemas especiales fracasan, se justifica recurrir al Derecho internacional internacional que incluye los recursos para contrarrestar las medidas.”⁶⁸¹

En síntesis, podemos afirmar que la corriente del universalismo sustancialista tiene por axioma la unidad de Derecho internacional y su jerarquía intrínseca como modo de resolver las diferencias que puedan surgir en su seno, en consecuencia, dentro de una variación que se encuentra entre la negación de los regímenes o sub-sistemas autónomos o especiales y la conexión entre ellos a través de las normas de Derecho internacional general, resuelve la integralidad y coherencia del sistema que en última instancia se mantiene unido por los principios y reglas de la interpretación normativa.

En la segunda corriente dentro del universalismo, con una visión más procesal, toda vez que intenta salvar la unidad y la coherencia del Derecho internacional, vía jurisprudencial, encontramos a ABI-SAAB, GUILLAUME, CHARNEY, HIGGINS, REMIRO BROTONS,

Esta corriente universalista procesalista encuentra apoyo en personalidades que de una u otra forma han pertenecido a espacios judiciales o de solución de controversias en general, por ejemplo ABI-SAAB propone enviar las controversias que impliquen la aplicación de Derecho internacional general frente a regímenes especiales, en algo así como la cuestión prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la Corte

⁶⁷⁹ KOSKENNIEMI, M., Keynote Address at Harvard Law School Symposium on Comparative Visions of Global Public Order: Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought disponible en <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MKPluralism-Harvard-05d%5B1%5D.pdf>

⁶⁸⁰ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 492.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 485.

Internacional de Justicia⁶⁸² ABI-SAAB agrega que 1) existe unidad en el pensamiento jurídico, pero diversidad de ordenamientos legales; 2) hay unidad al interior de cada ordenamiento, pero diversidad de tribunales; 3) los diversos tribunales están unidos por su pertenencia al “sistema judicial”.

El autor agrega inmediatamente que las tres proposiciones son aplicables en los sistemas nacionales, pero en cambio, sólo las dos primeras se corresponden con el orden mundial porque no existe un sistema judicial internacional propiamente dicho, no obstante, cuando ABI-SAAB se pregunta si es posible la existencia de un “sistema judicial” sin un poder judicial centralizado, considera tal posibilidad. Recuerda que el Derecho internacional se ha formado por un proceso acumulativo, en parte transformando la costumbre en derecho positivo, y que de manera similar los diferentes sistemas de solución de conflictos, sean consensuales (como el arbitraje voluntario) o vinculantes (ciertos tribunales judiciales) podrían condensarse y cristalizar en una estructura jurisdiccional. Para ello estima que sólo la Corte Internacional de Justicia, creada por la Carta de las Naciones Unidas, podría desempeñar ese papel pivotante.⁶⁸³

Esta idea de transformar a la Corte Internacional de Justicia en una instancia de atribución de jurisdicción internacional, ha sido sostenida por diferentes juristas entre los que se encuentran algunos jueces de la Corte Internacional de Justicia como fue GUILLAUME quien siendo presidente de ésta expresó ante la Asamblea General que a pesar de los esfuerzos, los riesgos de incoherencia, siguen siendo importantes. En los círculos académicos, la cuestión de la unidad del Derecho internacional fue por largo tiempo objeto de debate, sobre todo con relación al funcionamiento de las Salas de la Corte Internacional de Justicia. El punto en cuestión era que si esas salas, cuya composición puede variar de acuerdo a los deseos de las partes, no ponían en riesgo la unidad de la Justicia con resultados caóticos.

Sin duda, continúa GUILLAUME, el Derecho internacional debe adaptarse a la variedad de campos con los que tiene que hacer frente como lo ha hecho siempre la legislación nacional. También debe adaptarse a las necesidades locales y regionales. No obstante, debe preservar su unidad y ofrecer a los jugadores en la escena internacional un marco seguro. La proliferación de tribunales deben ser una fuente de enriquecimiento, pero no de anarquía.⁶⁸⁴ Para GUILLAUME la Corte Internacional de Justicia debería contar con un procedimiento de solución de cuestiones prejudiciales al estilo comunitario europeo para resolver problemas de competencia.⁶⁸⁵

No obstante, el extremo argumento presentado por GUILLAUME es contrastado por otros autores como REMIRO BROTONS, quienes estiman que la idea de transformar a la Corte en una instancia de apelación global se trata de una idea muy constructiva, pero los materiales para su realización no existen por ahora, inclinándose por recomendar a los órganos judiciales, cuasi judiciales y arbitrales presentes: continencia, prudencia y la debida toma en consideración de las decisiones de los demás que afectan al núcleo del Derecho internacional general –esto es lo que DUPUY llama el “diálogo interjudicial”-⁶⁸⁶ REMIRO BROTONS y LOPEZ MARTÍN llaman a prestar atención particularmente a las intervenciones de la Corte Internacional de Justicia, fundando su

⁶⁸² ABI-SAAB, G., *op. cit.*, p. 928.

⁶⁸³ CZAR de ZALDUENDO, S., *op. cit.*, p. 13.

⁶⁸⁴ GUILLAUME, G., "Discurso ante la sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas", 2000, disponible en <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>

⁶⁸⁵ GUILLAUME, G., "La Cour Internationale de Justice..." *op. cit.*, p. 332.

⁶⁸⁶ DUPUY, J-M., "The Danger of Fragmentation or Unification..." *op. cit.*, pp. 791-808.

sugerencia en la *auctoritas* del órgano y el valor de sus precedentes,⁶⁸⁷ demandando que se intensifiquen las interrelaciones entre los órganos jurisdiccionales desde la perspectiva de la cooperación, y que cada órgano jurisdiccional tenga en cuenta las decisiones de los demás⁶⁸⁸

Sobre la cuestión de fondo que analizamos, REMIRO BROTONS expresa que si bien observa la posibilidad de fragmentación del Derecho internacional, sostiene que de la misma forma que los sistemas jurídicos internos han de hacer frente a una realidad normativa compleja sin perder su unidad fundamental, el Derecho internacional ha de ser capaz de guardar su unidad y ser el marco general al que se reconduzcan los diferentes subsistemas (...) y frente al riesgo, no hay que ser alarmista (...) cabe sugerir que las decisiones de un tribunal especializado pueden incentivar posteriores cambios progresivos de la Corte Internacional de Justicia, siendo en ese sentido muy constructivas. La unidad del sistema jurídico internacional debería bastar para impedir contradicciones flagrantes, a menos que nos topemos con tribunales (arbitrales o judiciales) de composición muy sesgada y/o con miembros manifiestamente ignorantes del Derecho internacional general (lo que tampoco ha de descartarse).⁶⁸⁹

Esta misma línea argumentativa es sostenida también por CHARNEY para quien el foco del Derecho internacional se ha desplazado desde tópicos relativos a la creación de normas sustantivas de derecho general, hacia la creación de regímenes especiales y métodos de solución de controversias y aplicación del derecho, resultando en una proliferación de mecanismos e instituciones dispuestas a la solución de diferencias.⁶⁹⁰

Para CHARNEY el término fragmentación está siendo utilizado fuera de contexto, porque el fenómeno que es descrito bajo este término, no es más que parte del desarrollo del Derecho internacional.⁶⁹¹ dicha afirmación encuentra sustento en el estudio relativo a la jurisprudencia internacional a partir del cual encontró poca constancia de las calamidades temidas por los críticos de la proliferación de los tribunales. Sus estudios empíricos muestran que los diferentes tribunales internacionales comparten una visión coherente del Derecho internacional.⁶⁹² por lo tanto, no considera que la Corte Internacional de Justicia deba conformarse como una instancia suprema de Derecho internacional, de carácter constitucional⁶⁹³ -como proponen otros autores analizados- ni aparentemente está preocupado por la multiplicidad de regímenes⁶⁹⁴

No obstante, como manifestamos anteriormente, para CHARNEY el Derecho internacional es unitario y no peligra por la formación y comprensión coherente que tienen los jueces de éste. En un mismo sentido HIGGINS se expresa consciente del peligro de la fragmentación por la posibilidad real de proliferación de tribunales, pero concluye que no hay peligro real en la actualidad, ya que los tribunales consideran su

⁶⁸⁷ REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DIEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E. y PEREZ-PRAT DURBAN, L., *Derecho internacional... op. cit.*, p. 86; REMIRO BROTONS, A., "Entrevista a Antonio Remiro Brotons..." *op. cit.*, p. 27.

⁶⁸⁸ LOPEZ MARTÍN, A.G., *op. cit.*, p. 175.

⁶⁸⁹ REMIRO BROTONS, A., "Entrevista a Antonio Remiro Brotons..." *op. cit.*, p. 26.

⁶⁹⁰ CHARNEY, J., "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals" en *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 31, Nro. 4, Año 1999, p. 697.

⁶⁹¹ CHARNEY, J., "The Impact on the International Legal System..." *op. cit.*, pp. 697-708.

⁶⁹² CHARNEY, J., *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, en *Recueil des Courts*, Vol. 271, Año 1998, pp. 101-382.

⁶⁹³ CHARNEY, J., "The Impact on the International Legal System..." *op. cit.*, pp. 697-698

⁶⁹⁴ CHARNEY, J., *Is the International Law... op. cit.*, p. 373.

posición dentro del Derecho internacional general, sin embargo no hay garantía de que esto seguirá siendo igual y deban tomarse medidas para evitar la fragmentación.⁶⁹⁵

En síntesis, podemos manifestar que los universalistas ven en la proliferación de regímenes especiales una amenaza a la coherencia del Derecho internacional, pero su apego a la coherencia o la sistemática no se debe a un rasgo infundado o conservador, sino que al observar la jerarquía normativa poco clara y que la decisión de recurrir al sistema general es contingente y sometido a la voluntad de las partes, se obtiene como consecuencia, que el Derecho internacional en su aspecto objetivo, queda relegado a un segundo plano, siendo más relevantes las orientaciones políticas, cognitivas y la especialidad técnica de las partes.

De esta forma emerge un fenómeno caracterizado por la proliferación de tribunales con competencias muchas veces solapadas entre sí, y lleva a la existencia del *forum shopping* (el cual privilegia a quienes tienen más recursos para escoger el foro); por lo tanto, los constitucionalistas ven que la solución a este problema descansa sobre el fortalecimiento de la jerarquía normativa del Derecho internacional, fundada en el *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes*, y el artículo 103 de la Carta, como así también en los valores fundamentales de la comunidad internacional. “La forma del sistema es una garantía para todos los Estados, sobre todo los más débiles”⁶⁹⁶ La unidad del Derecho internacional, puede ser calificada, sin abuso del lenguaje, como el patrimonio común de la comunidad internacional y como el elemento indispensable para la salvaguardia de la seguridad jurídica y de la eficacia de las normas internacionales⁶⁹⁷

Con el fin de buscar una aplicación concreta de la doctrina del universalismo o constitucionalismo en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio encontramos que existen según DUNOFF varias variantes dentro del constitucionalismo que buscan explicar la función de la Organización Mundial del Comercio y su vínculo con el Derecho internacional, estas son: a) “institutional perspective” de TRACHTMAN, b) “Substantive rights-based approach” de PETERSMANN, y c) “process-based pluralist perspective of constitutionalism” de WALKER, aunque podemos agregar d) “arquitectura institucional” de JACKSON y e) la constitucionalización como resultado del proceso judicial” de CASS.

En primer lugar estamos en condiciones de afirmar que TRACHMAN se ha constituido como uno de los impulsores de la idea del Derecho internacional como un derecho constitucional, y aun cuando compara el surgimiento de regímenes especiales con los diferentes aspectos o sectores contemplados o regulados en un constitucional nacional, formula un paralelismo entre las partes y el todo, a nivel internacional, como sucede en el ámbito interno, por lo cual podríamos también enrolarlo en las filas del universalismo.

En consonancia a la afirmación anterior, podemos citar algunas de sus prédicas al respecto, por ejemplo cuando manifiesta “Es necesario, evaluar dicha constitución *-haciendo referencia a la Organización Mundial del Comercio-*⁶⁹⁸ en el marco del sistema del Derecho internacional público general y en relación con los otros componentes del sistema (...) la constitución de la OMC es un sistema semi-autónomo

⁶⁹⁵ HIGGINS, R., *op. cit.*, pp. 1-20.

⁶⁹⁶ RODILES, A., *op. cit.*, p. 392

⁶⁹⁷ DUPUY, P-M., *Sur le maintien ou la disparition... op. cit.*, en BEN ACHOUR, R. y LAGHMANI, S (directores) *Harmonie et contradictions... op. cit.*, pp. 17 y ss.

⁶⁹⁸ La cursiva es propia

dentro del más amplio sistema legal internacional, debido a esta dependencia no es posible analizarla plenamente sin analizar la estructura más amplia⁷⁶⁹

Al ser un pilar del gobierno global⁷⁰⁰, la OMC no puede permitirse operar como un régimen contenido en sí mismo. Tanto como le sea posible, debe observar y promover principios generales de derecho público internacional.⁷⁰¹ Asimismo, la visión de TRACHMAN es más amplia aún de lo que podemos observar en otros juristas, pues el autor expande las esferas de interacción hacia el interior de los Estados argumentando que “la OMC interactúa, limita y es limitada por los ordenamientos constitucionales internos, así no solamente podemos analizarla con el sistema jurídico internacional sino con las estructuras constitucionales internas de los estados miembros de la OMC.”⁷⁰²

En igual sentido se expresa MATSUSHITA quien sostiene que “la relación entre el sistema de la OMC y otros acuerdos de comercio es compleja. La OMC mantiene una relación de cooperación con algunos acuerdos entre lo que en algunos casos se genera tensión y conflictos.”⁷⁰³

La segunda corriente, defendida por PETERSMANN, sostiene que los tratados tienen que ver con la elevación de una serie de normativas diseñadas para protegerse del alcance del gobierno y de las decisiones acotadas de la población; considera que los tratados reconocen y protegen los derechos humanos y otros derechos fundamentales de los poderes del gobierno (...) La OMC debe incorporar en su ordenamiento normas sustanciales de protección de algunos derechos humanos entre los que se incluyen al libre comercio y algunas libertades económicas⁷⁰⁴

La tercera posición enunciada por DUNOFF es la construida por WALKER quien centra su atención en la en los principios constitucionales y el discurso que genera la OMC en relación a otros discursos constitucionales, a esta posición también se la llama

⁶⁹⁹ TRACHMAN, J. “The Constitutions of the WTO...” *op. cit.*, p. 625, HU, J., “The role of international law in the development of WTO law” en *Journal of International Economic Law*; Vol. 7, Nro. 1; Año 2004, p. 114, PAUWELYN, J. “The role of public international law in the WTO: How Far Can We Go?” en *American Journal of International Law*, Año 2001, p. 538; MC RAE, D., “The WTO in international law: tradition continued or New Frontier?”, en *Journal of International European Law*, Vol. 3, Año 2000; MC RAE, D., *The Contribution of International Trade Law to the development of International Law, Recueil des Cours*, Año 1996, p. 260.

⁷⁰⁰ Esta idea de considerar a la OMC como un pilar del gobierno mundial es compartida por muchos juristas y analistas políticos, entre los que podemos encontrar a MATSUSHITA, M., *op. cit.*, p. 185.

⁷⁰¹ BRONCKERS, M., “More power to the WTO?”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Nro. 1, Año 2001, p. 65.

⁷⁰² TRACHMAN, J., “The constitutions of the WTO...” *op. cit.*, p. 625.

⁷⁰³ MATSUSHITA, M., *op. cit.*, p. 185.

⁷⁰⁴ PETERSMANN, E., Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration, en *European Journal of International Law*, Vol. 13, Año 2002, p. 621; PETERSMANN, E., The WTO Constitution and the Millennium Round, en BRONCKERS, M. y QUICK, R. (editores), *New Directions in International Economic Law*, Año 2000, p. 111; PETERSMANN, E., The WTO Constitution and Human Rights, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Año 2000, p. 19; PETERSMANN, E., Constitutionalism and International Organizations, en *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 17 Año 1996, p. 398; PETERSMANN, E., How to Reform the UN System? Constitutionalism, International Law, and International Organizations, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 10, Año 1997, p. 421; PETERSMANN, E., How to Constitutionalize the United Nations? Lessons from the ‘International Economic Law Revolution, in *Liber Amicorum Gunther Jaenicke*, Año 1998, p. 313; HILF, M. y PETERSMANN, E., (editores), *National Constitutions and International Economic Law*, Año 1993; PETERSMANN, E., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Año 1991 citado en DUNOFF, J., *op. cit.*, p. 653.

“pluralismo constitucional” y sostiene que los Estados no mantendrán solos por mucho tiempo la autoridad constitucional, sino que en la actualidad están surgiendo nuevos espacios prominentes y relevantes situados a nivel supra-estatal. En concreto aplica las mismas predicas en abstracto que formulamos algunos párrafos anteriores, al caso de esta organización en particular, toda vez que identifica a la OMC como uno de estos espacios de constitucionalización de las relaciones internacionales.⁷⁰⁵

Finalmente, no podemos dejar de mencionar la versión de constitucionalización vista como “arquitectura institucional” diseñada por JACKSON, quien propone que la estructura y maquinaria deberían habilitar al hombre la manera más eficiente posible para tener éxito en la búsqueda de objetivos comunes. A largo plazo, la maquinaria sería lo más importante, más que la existencia de tratados.⁷⁰⁶

Por último, CASS, asegura que “la constitucionalización es el resultado de un proceso gradual judicial, como ha sucedido en la Unión Europea mediante la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su creación de los principios de efecto directo y supremacía del derecho comunitario”⁷⁰⁷

La constitución de la OMC forma parte de una constitución global más amplia, es una especie de constitución no escrita, y consiste en gran parte en el Derecho internacional consuetudinario. Realizar un análisis preciso requiere considerar a la OMC dentro de su contexto más amplio y no como un sistema totalmente separado.

La importancia de este debate teórico sobre la materia de nuestro estudio es trascendental, toda vez que el objeto de nuestro problema “la solución de controversias transversales a diferentes regímenes normativos, en especial, sobre cuestiones de biotecnología” requiere resolver en primera instancia la posición doctrinal desde la cual observamos, buscamos y elegimos posibles alternativas como medio de resolución de la diferencia.

Desde la corriente del universalismo o constitucionalismo se tenderá a buscar una respuesta que tenga en cuenta los contenidos normativos emergentes de los diversos sub-sistemas de Derecho internacional, entendiendo por estos a Derecho internacional económico, Derecho del medio ambiente y Derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, dependiendo la vertiente que adoptemos dentro de la gran corriente universalista o constitucionalista podemos considerar resuelta tanto la cuestión de derecho aplicable, como de jurisdicción competente, toda vez que por un lado, si consideramos al Derecho como un sistema único, el origen segmentado de producción de las normas es sólo una cuestión que hace a la fuente, pero no afecta la sustancia del derecho como conjunto normativo coercitivo, en consecuencia, sea cual sea la jurisdicción actuante aplicará todo el Derecho internacional para la solución de la controversia.

⁷⁰⁵ WALKER, N., *Late sovereignty in the European Union*, en WALKER, N., (editor) *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Londres, p. 4.

⁷⁰⁶ JACKSON, J. *World Trade and the Law of GATT*, 1969, p. 788 citado en DUNOFF, J., "Constitutional Concepts: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law", en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro 3, Año 2006, p. 652.

⁷⁰⁷ CASS, D., "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade", en *European Journal of International Law*, Vol. 12, Año 2001, pp. 39-42, citado en DUNOFF, J., *op. cit.*, p. 655.

De esta manera, la OMC al haber sido constituida como la organización con el procedimiento de solución de diferencias más eficiente hasta el momento conocido, la corriente universalista constitucionalista predica que ésta debe hacer suyos los postulados normativos emergentes de otros regímenes internacionales y aplicarlos sin otorgar mayor importancia el origen de la norma, toda vez que la diversificación del origen no responde a cuestiones más profundas, aunque por ello no menos complejas, que las relativas a la expansión de la globalización.

Diversificación funcional: fenómeno de la globalización

En esta línea, la Comisión de Derecho internacional continúa considerando el proceso de fragmentación del Derecho internacional como un fenómeno natural, casual, al punto de predicar que “esas desviaciones no deberían entenderse como “errores” técnico-jurídicos, sino que reflejan los diferentes propósitos y preferencias de los actores en una sociedad pluralista (mundial). En condiciones de complejidad social, es inútil insistir en la unidad formal. Un Derecho que no consiga expresar las diferencias experimentadas entre situaciones de hecho o entre los intereses o valores que parecen pertinentes en particulares problemas parecería totalmente inaceptable, utópico y autoritario al mismo tiempo”⁷⁰⁸

Otro fundamento a la esencia natural de la fragmentación del Derecho internacional emana del núcleo sociológico, toda vez que si bien la presente fragmentación presenta muchos rasgos nuevos, su intensidad difiere de fenómenos análogos del pasado, aunque no obstante es una manifestación de la diversidad del mundo social internacional, calidad que siempre ha caracterizado al sistema internacional, en contraste con el contexto interno que es (relativamente) más homogéneo.

La fragmentación del sistema jurídico internacional en “regímenes” técnicos, si se examina desde el punto de vista del Derecho de los tratados, no es demasiado diferente de su tradicional fragmentación en regímenes territoriales más o menos autónomos denominados “sistemas jurídicos nacionales” en consecuencia, la Comisión de Derecho internacional parte del supuesto de que la “fragmentación” tradicional del Derecho internacional ya ha dotado a los juristas de técnicas para hacer frente a normas y a sistemas de normas que apuntan en diferentes direcciones.

En síntesis, la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas adopta una visión sociológica como causa de la fragmentación del Derecho internacional, afirmando reiteradamente que “es un aspecto de la globalización, que trae consigo el cambio de una lógica de la territorialidad como principio de diferenciación social por el principio de la funcionalidad (no territorial)”⁷⁰⁹. La fragmentación es una “respuesta a necesidades prácticas de la especialización que a actos conscientes de creación de régimen”⁷¹⁰ La diferenciación funcional -el surgimiento de tipos especiales de Derecho que tratan de responder a tipos especiales “funcionales” de interés (...) es sin duda la raíz sociológica del fenómeno de la fragmentación y la diversificación del Derecho internacional”⁷¹¹ La fragmentación “debe abordarse más bien en relación con la diversificación funcional de la sociedad internacional general”⁷¹²

⁷⁰⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 16.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 133.

⁷¹⁰ *Ibid.*, párrafo 158.

⁷¹¹ *Ibid.*, párrafo 204.

⁷¹² *Ibid.*, párrafo 210.

Esta posición también es apoyada por parte de la doctrina, entre los que se encuentran FISCHER – LEZCANO y TUBNER cuando describen la proliferación de los regímenes legales internacionales como fenómeno de la fragmentación multidimensional de la sociedad mundial, es decir un espacio global en cual se ha diferenciado del gran número de sistemas autónomos. “la fragmentación legal es una reflexión efímera de la fragmentación mas multidimensional y fundamental de la sociedad global”⁷¹³

Aun cuando FISCHER – LEZCANO y TUBNER afirmen que la fragmentación normativa es primeramente el resultado de la internacionalización de la economía⁷¹⁴, no podemos dejar de considerar que el sector o área en la cual se manifiesta el problema, representa sólo un síntoma, pero no necesariamente la causa, de hecho, los autores estiman que “los problemas de la sociedad global, es decir, la degradación ambiental, la pobreza de grandes grupos sociales, la diferencia en el nivel de vida y posibilidades de desarrollo, tienen una causa subyacente que debe estar enmarcado en términos de diferenciación funcional y en la dinámica de sistemas autónomos, por la misma razón, es simplemente inadecuado explicar los problemas planteados por los mercados financieros mundiales, los fondos de inversión, la especulación financiera, las patentes farmacéuticas, el tráfico de drogas y la clonación reproductiva dentro de un mismo paradigma político.

Estos problemas son causados por la fragmentación y operativamente por los sistemas cerrados que operan dentro de una sociedad global, que, en su fervor expansionista, crea los problemas reales de la sociedad global, y que al mismo tiempo, haciendo uso del Derecho global asegura una lógica refinada dentro de cada una de sus esferas. Es dudoso que la creación de las jerarquías judiciales pueda superar una forma de fragmentación jurídica que se deriva de contradicciones sociales estructurales⁷¹⁵

Con una visión particular, pero dentro del mismo marco general, DUPUY considera que la causa de la fragmentación del Derecho internacional se encuentra en el avance tecnológico, lo cual constituye un fenómeno de fragmentación continuo, de avance inexorable, de aceleración progresiva⁷¹⁶

Por su parte, REMIRO BROTONS, predica que la causa fundamental del riesgo de fragmentación tiene su origen, como ha advertido HAFNER⁷¹⁷, en la naturaleza preeminente del Derecho internacional como un “derecho de coordinación”, carente de instituciones centralizadas que aseguren la homogeneidad de los distintos subsistemas o regímenes⁷¹⁸.

La profundización de la interdependencia internacional refuerza el proceso de transformación del Derecho internacional, que continúa incorporando nuevos ámbitos que enriquecen su contenido material, hasta llegar a fases en las que se supera la

⁷¹³ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 506.

⁷¹⁴ FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*, p. 1005.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 1007.

⁷¹⁶ DUPUY, P-J., *A la recherche de l'homme: Le conseil de l'Europe et la bioéthique Perspectives du droit International et Européen, Recueil d'Etudes á la mémoire de Gilbert Apollis*, Pedone, Paris, 1992, p. 103 y ss, citado en SALINAS ALCEGA, S. y TIRADO ROBLES, C., *op. cit.*, p. 40.

⁷¹⁷ HAFNER, G., *Risks Ensuring from fragmentation of International Law*, Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth session, supplement No. 10, annex.

⁷¹⁸ REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DIEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E. y PEREZ-PRAT DURBAN, L., *Derecho internacional... op. cit.*, p. 82; REMIRO BROTONS, A., “Entrevista a Antonio Remiro Brotons...” *op. cit.*, p. 25.

internacionalización para alcanzar niveles de interdependencia más avanzados, como el que representa la mundialización/globalización⁷¹⁹

Finalmente, HELLIO sostiene que después de la segunda guerra mundial se ha producido un fenómeno de multiplicación de las obligaciones internacionales que se ha inscripto más en un fenómeno de yuxtaposición que de articulación de los sistemas normativos, por lo tanto, desde esta perspectiva, el Derecho internacional constituye la sucesión de acuerdos relativos a diversas demandas, sin un legislador centralizado, y órganos de solución de diferencias cruzados que impiden la formación de un sistema coherente⁷²⁰

Todos estos autores, al considerar que la emergencia de diversos regímenes especiales son la consunción de un fenómeno de diversificación social, propio del aumento en los indicadores de complejidad internacional, pueden llevar a la conclusión que la diversidad de centros de producción normativa no afectan la unidad del derecho como sistema, por lo tanto, no existirían grandes impedimentos para valorar integralmente todas las normas de Derecho internacional al momento de resolver una diferencia de forma integral. La diversidad de fuentes no menoscaba la integridad del sistema.

2) Pluralismo Jurídico

En la orilla contraria a la habitada por universalistas o constitucionalistas, encontramos aquellos que están a favor de un segundo punto de vista. Los particularistas o contextualistas sacan conclusiones desde un análisis sociológico con ciertas características particulares del régimen. Para esta corriente los regímenes especiales tienden a aparecer como independientes, en este sentido FISCHER-LESCANO y TEUBNER sostienen que un orden jurídico jerarquizado ya no es viable, pues la fragmentación del Derecho internacional no es más que un reflejo de la diferenciación funcional de la sociedad global, proceso que el derecho, como subsistema social, ya no puede frenar⁷²¹. Por su parte ENGISCH manifiesta que el papel central de la noción de un orden legal unitario es dogmático y admite que los juristas deben ver la realidad empírica del orden legal menos unitario que sus construcciones intelectuales.⁷²²

La pregunta que sigue sin responder es si podemos interpretar este “producto de métodos judiciales particulares” en el terreno internacional. Según CANARIS, tratar de conceptualizar al sistema del orden legal particular como un sistema formal o como un sistema axiomático-deductivo es una pérdida de tiempo. La noción de justicia para CANARIS incluye “los requisitos de una consistencia interna de juicios de valor los cuales siguen el principio de igualdad”.⁷²³ Está en tela de juicio si una teoría basada en el principio constitucional de unidad puede aplicarse a nivel internacional en donde tales principios están ausentes. En este sentido CARTY expresó que “no hay un sistema legal que pueda definir de manera comprensiva los derechos y obligaciones de los Estados dirigidos a otros Estados”.⁷²⁴ Mientras que el Derecho internacional es sistemático, no constituye precisamente un orden legal organizado y comprensivo. Más bien, la estructura del sistema internacional todavía se construye sobre jerarquías informales.

⁷¹⁹ DUPUY, R.-J., *La cloture du système international. La cité terrestre*, PUF, Paris, 1989 citado en SALINAS ALCEGA, S. y TIRADO ROBLES, C., *op. cit.* p. 47, PAGLIARI, A., *op. cit.*, p. 38.

⁷²⁰ HELLIO, H., *op. cit.*, p. 56.

⁷²¹ Esta es la idea central del artículo de los FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*

⁷²² SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 497.

⁷²³ CANARIS, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker&Humblot, Berlin, 1969, citado en SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 498.

⁷²⁴ CARTY, A., *op. cit.*, p. 1 citado en SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 500.

Quizás el concepto más importante entre estas jerarquías informales es el concepto del Derecho internacional general en la cual toda ley “especial” se encuentra incrustada.

Los principales defensores de ésta corriente están convencidos que la “sociedad global no tiene más un centro específico, ni es internacional propiamente dicha, la consideran como un conglomerado policéntrico de regímenes autónomos, que se mueven a nivel transnacional”⁷²⁵. El Derecho global plural debe intentar crear las condiciones para que se coordinen los diferentes regímenes. No basta pensar en un derecho general, se debe idear la forma de crear un derecho *non dispositivum*, que surja de las propias racionalidades de los múltiples regímenes y del dialogo entre ellos: “nuevo orden publico global” sin remitir al *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes*, las reglas conflictuales o la interpretación sistémica.

Si bien esta perspectiva se caracteriza por asentir con el pluralismo jurídico internacional, existen diversas versiones: Por un lado tenemos a quienes sostienen que el Derecho de regímenes (una nueva especie del derecho conflictual a escala global) representan la única manera de enfrentar la fragmentación del derecho global⁷²⁶; por el otro se encuentran quienes creen en el diálogo entre cortes nacionales e internacionales basado en el reconocimiento de las tres esferas de representación y responsabilidad (nacional, internacional y cosmopolita) para poder tomar en cuenta las tres circunscripciones, las que reclaman legítimamente control sobre la regulación de una determinada materia⁷²⁷. También hay una cierta orientación por fusionar el pluralismo y algunas de las teorías realistas de las relaciones internacionales, dando como resultado la extensión de la noción de lo jurídico hasta fusionar el Derecho internacional con teorías de las relaciones internacionales.⁷²⁸

Es interesante observar como FISCHER-LESCANO y TEUBNER recapitulan el inicio de las primeras preguntas en torno al particularismo recordando que LUHMANN hacia el año 1971 formuló una hipótesis “especulativa” manifestando que el Derecho global experimentaría una fragmentación radical, no a nivel territorial, sino que se materializaría por medio de la sectorización social. La razón de esta transformación se daría por el paso desde una concepción normativista (la política, la moral, el derecho) hacia las expectativas cognitivas (economía, ciencia, tecnología); una transformación que se efectuaría durante la transición de las sociedades organizadas a nivel nacional hacia la sociedad global (...) En un análisis posterior LUHMANN agregó una predicción complementaria: el Derecho de la sociedad global debe lograr cierta interdependencia sectorial, a través de una forma totalmente nueva, un nuevo Derecho de conflicto intersistémico, toda vez que surgirán nuevos conflictos; no entre las naciones sino que se manifestarán entre los distintos sectores sociales globales.⁷²⁹

Actualmente podríamos afirmar que la predicción de LUHMANN es un hecho incontrastable, no obstante, la afirmación sólo es parte de un diagnóstico pendiente de la asignación de una respuesta a sus problemas. En principio, los juristas registran la existencia de una confusa variedad de campos jurídicos autónomos, regímenes autónomos y tribunales altamente especializados. De esta manera, identifican un peligro para la unidad del Derecho internacional, por la potencial falta de coherencia

⁷²⁵ RODILES, A., *op. cit.*, p. 394.

⁷²⁶ FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*, citado en RODILES, A., *op. cit.*, p. 395.

⁷²⁷ KRISCH, N., The pluralism of global Administrative Law en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Año 2006, pp. 247-278 citado en RODILES, A., *op. cit.*, p. 395.

⁷²⁸ RODILES, A., *op. cit.*, p. 395.

⁷²⁹ FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*, p. 1000.

conceptual-doctrinal, la clara jerarquía de normas y la jerarquía judicial efectiva, en consecuencia, buscan la solución al problema en un marco de jerarquía⁷³⁰ -como hemos descrito en el apartado dedicado al constitucionalismo internacional-

Los particularistas, entre ellos la corriente que analizamos, por un lado sostienen que este tipo de sistemas jerárquicos tienen una mínima posibilidad de éxito, y por otro mantienen una visión orientada hacia la lógica de la política fácilmente revelan que el problema de la colisión de normas ha sido insuficiente evaluado. Ellos visualizan que la causa de la fragmentación no en la falta de jerarquía jurisdiccional, sino que ven la colisión de norma muestran los conflictos subyacentes entre las “políticas” perseguidas por las organizaciones internacionales y los regímenes normativos. Desde un punto de vista político, las colisiones entre las normas legales no son más que un espejo de las estrategias seguidas por los nuevos actores colectivos en las relaciones internacionales, que ejercen de motor de los “intereses especiales”, sin referencia a un interés común y dan lugar a conflictos de política drástica.

Ni fórmulas doctrinales de la unidad jurídica, ni el ideal teórico de una jerarquía normativa, ni la institucionalización de la jerarquía jurisdiccional proporcionarán un medio adecuado para evitar estos conflictos. En cambio, la única perspectiva posible para resolver los conflictos políticos es a través de mecanismos de poder, las negociaciones entre los actores pertinentes, el debate público y las decisiones colectivas⁷³¹.

El pluralismo jurídico global, sin embargo, no es simplemente una consecuencia del pluralismo político, sino que es la expresión de profundas contradicciones entre los sectores que colisionan dentro de una sociedad global. En el núcleo, la fragmentación del Derecho internacional no se trata simplemente de colisiones de normas, sino más bien, que se trata de contradicciones entre racionalidades institucionalizadas que la ley no puede resolver, pero que exigen un nuevo enfoque jurídico.⁷³²

Para FISCHER-LESCANO y TEUBNER la complejidad social da origen a los denominados regímenes autónomos, a los cuales a su vez los describen como regímenes constitucionales automáticos. Como se ha señalado antes, la característica definitoria de los regímenes autónomos no es simplemente que ellos crean normas primarias altamente especializadas (las normas sustantivas), sino que también producen, a diferencia de las normas secundarias del Derecho internacional general, sus propias normas de procedimiento para la elaboración de leyes, de reconocimiento y de sanciones legal (...) Las características de los regímenes autónomos constitucionales está en que cuentan con procesos reflexivos similares, entendiendo por estos la aplicación de procedimientos específicos para la creación de normas, la aplicación de principios políticos, cuentan con una epistemología propia y se combina con la definición de los principios fundamentales de racionalidad característicos de la esfera social que regulan autónomamente⁷³³.

En consecuencia, para la corriente analizada, la fragmentación del derecho es el epifenómeno de la vida real de conflictos constitucionales; como fragmentación legal, debemos entenderla como una coalición de regímenes jurídicos autónomos, como una

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 1002

⁷³¹ *Ibid.*, p. 1003.

⁷³² *Ibid.*, p. 1004.

⁷³³ *Ibid.*, pp. 1015 y ss.

colisión entre racionalidades diversas dentro de la sociedad global⁷³⁴.

Para KOSKENNIEMI, La teoría de los regímenes no reemplaza al realismo, sino que lo acoge. Las unidades básicas continúan siendo el poder, los intereses y los actores racionales que buscan la maximización de estos.⁷³⁵

La segunda vertiente del pluralismo jurídico se funda en el diálogo entre las diversas instancias decisorias. Esta corriente está representada por BERMAN quien caracteriza al orden jurídico como híbrido por la multiplicidad de instancias y esferas de regulación de la actividad humana. BERMAN Sugiere que el conflicto normativo entre múltiples sistemas jurídicos es inevitable, generando la superposición de estos, no obstante, este fenómeno podría ser incluso a veces conveniente, tanto por constituir una fuente de ideas alternativas, como por representar a los múltiples discursos de la comunidad.

Por lo tanto este autor propone que en lugar de tratar de sofocar los conflictos ya sea a través de la lógica soberanista, de base territorial o a través de la armonización universalista, las comunidades pueden buscar una amplia variedad de mecanismos, procedimiento, instituciones y prácticas para el manejo de la hibridez del sistema jurídico, sin la necesidad de su eliminación.

En suma, debemos considerar que el pluralismo no sólo constituye el relato descriptivo más completo del mundo en que vivimos, sino que también sugiere una aproximación alternativa potencialmente útil para el diseño de mecanismos, procedimiento, instituciones y prácticas⁷³⁶.

BERMAN entiende que un marco pluralista siempre debe ser entendido como un terreno medio entre el territorialismo estricto, por un lado y el universalismo, por el otro. La clave, por lo tanto, es tratar de articular y mantener un equilibrio entre estos dos polos. Ciertamente, el acuerdo mutuo sobre las cuestiones normativas controvertidas es poco probable, y como se discutió previamente, posiblemente hasta indeseable, por lo tanto, el reto consiste en desarrollar formas de buscar el diálogo mutuo entre los extremos. El pluralismo según BERMAN proporciona un conjunto de criterios para evaluar las formas en que interactúan los sistemas jurídicos. Además, estos principios del pluralismo pueden informar a una comunidad a diseñar mecanismos, instituciones o prácticas para gestionar la hibridez del sistema jurídico.⁷³⁷

Todas estas teorías particularistas piensan que la formalidad y la rigidez que ha caracterizado al Derecho internacional general restaría expresión a la pluralidad de los diversos regímenes transnacionales, no obstante, la crítica más fuerte expresa que “las mejores prácticas, las tecnologías estándares y las expectativas de facto ocupan el lugar del Derecho internacional que queda, a menudo, reducido a un marco para los ajustes y la negociación. La equidad, la proporcionalidad y el “*soft law*” rinden tributo a la discreción administrativa. Incluso los derechos se transforman en regímenes legales en el seno de los cuales los expertos sopesan valores en conflicto: la libertad frente a la seguridad; la propiedad frente a la salud; los derechos individuales frente a las identidades comunales. Todo es variable, negociable, revisable. Sólo lo óptimo cuenta.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 1017.

⁷³⁵ KOSKENNIEMI, M., “Formalismo, fragmentación y libertad...” *op. cit.*, p. 4.

⁷³⁶ BERMAN, P., Global Legal Pluralism en *Southern California Law Review*, Vol. 80, Año 2007, p. 1155 y ss.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 1195.

Calcula los costes y beneficios.”⁷³⁸

Si analizamos la aplicación de esta corriente dentro de la estructura de la Organización Mundial del Comercio, tal como hicimos en el caso de la corriente universalista constitucionalista encontramos a JOERGES quien considera que los sistemas legales internacionales pueden existir simultáneamente en la medida que se respeten mutuamente, sobre todos cuando mantienen regulaciones solapadas y existen conflictos de normas entre ellos, en este sentido el autor observa al sistema de solución de diferencias de la OMC como un foro para la creación de meta-normas que deben ser absorbidas por las jurisdicciones internas de los Estados para la corrección y adaptación de sus propias decisiones jurisprudenciales, las meta-normas sirven para mediar en los conflictos normativos propios de un mundo pluralista. El sistema de la OMC es un mecanismo intermedio entre el derecho y la política⁷³⁹

Frente a esta compleja discusión teórica, la Comisión de Derecho internacional ha optado por considerar que el régimen general se relaciona con los regímenes especiales en tres oportunidades: a) las condiciones de validez del régimen especial son dadas por las normas del régimen general, b) durante el funcionamiento, el régimen general colma lagunas, ayuda a interpretar, proporciona las fuentes de derecho consuetudinario y da jerarquía al sistema y en tercer lugar, cubre los fallos procesales y/o de fondo que puedan materializarse en el régimen especial, se puede recurrir supletoriamente al Derecho internacional general.

No obstante, la Comisión de Derecho internacional no consagra el absolutismo de las reglas de la *lex specialis*, ni la *lex posterior*, ni la *lex superior*, a este respecto la Comisión de Derecho internacional rechaza la existencia de jerarquía clara en Derecho internacional, habla de “relaciones de importancia”, pero reconociendo que la prevalencia de las normas se determina en cada contexto y no de manera abstracta⁷⁴⁰.

De lo anterior se desprende que tales normas no son de carácter constitucional, cada vez que no gozan, en abstracto y en general, de superioridad jerárquica frente al resto de las normas del orden jurídico. La Comisión de Derecho internacional no adopta una postura a favor del “Constitucionalismo del Derecho internacional” (corriente de pensamiento jurídico que reconoce en la Carta de las Naciones Unidas y en los valores fundamentales, una estructura constitucional), sino que sólo lo ve como un terreno fértil para reflexionar sobre la “constitucionalización”. A pesar de esto, la Comisión de Derecho internacional no ve en la fragmentación un riesgo, sino que a la diversificación y expansión del Derecho internacional se las concibe como las evoluciones necesarias para garantizar la vitalidad y responder mejor a las exigencias del mundo globalizado. Aunque esto genere algunas dificultades de índole conflictual, los juristas disponen de las suficientes herramientas para resolverlas.-

Finalmente, es interesante analizar la valoración en conjunto que formula RODILES,

⁷³⁸ KOSKENNIEMI, M., “Formalismo, fragmentación y libertad.” *op. cit.*, p. 4.

⁷³⁹ JOERGES, C., *Constitutionalism in Postnational Constellations: Contrasting Social Regulation in EU and the WTO*, en JOERGES, C. y PETERSMANN, E-U (editores) *Constitutionalism, Multi level Trade Governance and Social regulation*, Hart Publishing, Londres, Año 2006a, p. 491-528; JOERGES, C., *Trade with Hazardous Products? The emergence of Transnational Governance with Eroding State Government*, EUI Working Paper Nro. 2006/5, Año 2006b y JOERGES, C., *Conflict of Laws as Constitutional Form: Reflections on International Trade Law and Biotech Panel Report*, RECON Online Working Paper, Nro. 2007/3, Año 2007.

⁷⁴⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, Párrafo 407.

quien considera que la salida de la Comisión de Derecho internacional, se ha constituido en una “salida diplomática”, toda vez que ve en algunos elementos del constitucionalismo, herramientas útiles, pero a su vez las califica de insuficientes para dotar o reforzar la coherencia del Derecho internacional, aunque si atenúan el grado de fragmentación, fenómeno al que por otra parte, no lo califican de peligro, sino como rasgo de complejidad social en un mundo que se globaliza, aproximándose de este modo al pluralismo jurídico.⁷⁴¹

Diversificación intencional: fenómeno de la construcción de poder

El informe de la Comisión de Derecho internacional fue claro cuando manifestó que su objetivo era abordar la temática de la fragmentación del Derecho internacional desde un punto de vista puramente jurídico, y es lógico o al menos esperable, que la Comisión, dado su carácter, adopte la aproximación mencionada, no obstante, por nuestra parte consideramos que analizar las causas de la fragmentación no es una cuestión menor, toda vez que dependiendo de su origen variaría, a nuestro entender, la aplicación de las técnicas de interpretación jurídica que la Comisión señala como instrumentos aplicables a la solución de los conflictos que emanan de la fragmentación del Derecho.

Más allá de lo expresado en el párrafo anterior, KOSKENNIEMI en varios pasajes del informe se refirió a las causas del fenómeno analizado, señalando que éstas provienen de la diversificación de la sociedad como consecuencia inmediata y lógica de la globalización, predicando que este fenómeno es una circunstancia “natural”, unidireccional e irreversible, fruto de una complejidad sociológica, no obstante, estimamos que aun cuando ésta pueda constituirse como una explicación aceptable, la misma es insuficiente y aún cuando sea una explicación acertada, lo es parcialmente; porque podríamos encontrar otras causales de la fragmentación menos inocentes que el simple devenir de una interdependencia compleja como la contemporánea.

Es posible encontrar diferentes aproximaciones a las causas de la fragmentación del Derecho internacional diferenciadas de la visión sociológica funcional y una de ellas es la escuela de los Critical Third World Approaches to International Law (TWAAIL) la cual considera que los debates se deberían centrar en el miedo de las clases dominantes de perder el control sobre los mecanismos de la toma de decisiones tradicionales. Esta escuela cree que todos los intentos por incluir a los países del tercer mundo, ha sido en realidad una forma de subordinarlo al orden preestablecido. Desde los más remotos tiempos se ha negado la posibilidad de expandir el Derecho internacional en ramas que no les favorecen a los que “tienen el poder”⁷⁴²

Por otra parte, BENVENISTI y DOWNS sostienen⁷⁴³ que los países más desarrollados, a fin de evitar la coordinación de los menos desarrollados, han empleado exitosamente diversas técnicas de fragmentación. Dicha estrategia de poder es destinada a conservar el control internacional tal como se encuentra. Los autores mencionados presentan dos estrategias desarrolladas por los países desarrollados para lograr la subordinación de los países desarrollados:

La primera consiste en profundizar el “bilateralismo en serie”:⁷⁴⁴ Negociación y

⁷⁴¹ RODILES, A., *op. cit.*, p. 389

⁷⁴² OKAFOR, O., *op. cit.*, pp. 122-125.

⁷⁴³ BENVENISTI, E. y DOWNS, G., *op. cit.*, pp. 595-631.

⁷⁴⁴ El bilateralismo como estrategia de poder ha sido previamente analizado por KRISCH, N., “International Law in times of Hegemony...” *op. cit.*, p. 388-390.

celebración de tratados específicos y limitados preferentemente bilateralmente, evitando las negociaciones multilaterales. El bilateralismo en serie confiere la posibilidad de crear “costumbre internacional” como una forma indirecta y encubierta de elevar a rango universal, por vías particulares (bilateralismo) lo que en el ámbito más próximo al universal (el multilateral) enfrenta serias dificultades.⁷⁴⁵

De igual manera REMIRO BROTONS estima que la vitalidad y la versatilidad del Derecho internacional han conducido a una proliferación de “regímenes normativos” sectoriales, a escala universal, regional o particular (bilateral). Se trata de regímenes que suelen girar en torno de uno o más tratados-marco, dotados de una cierta -y en ocasiones intensa- institucionalización, capaces de generar normas y principios por vía consuetudinaria...⁷⁴⁶.

La segunda estrategia es el “Aislamiento de las instituciones”: Esta estrategia consiste en la amenaza, generalmente informal, de abandonar las instituciones cuando éstas se opongan a sus intereses más inmediatos, o sin salir formalmente de las instituciones se optan por vías alternativas no institucionales de negociación y acuerdo; de ahí la proliferación de Grupos informales (G7, G8, G20) y mecanismos híbridos, que han llamado la atención de la Comisión de Derecho internacional denominándolos “nuevos tipos de derecho mundial”⁷⁴⁷.

Por nuestra parte, consideramos que más allá de la denominación de estas estrategias -bilateralismo en serie y aislamiento- constituyen posiciones unilateralistas.

Para algunos autores el unilateralismo “es un término amorfo y sin una clara definición, que se suele utilizar para cubrir diversos tipos de actos, medidas y acciones con consecuencias internacionales, aunque no tiene un significado jurídico en sí,⁷⁴⁸ aunque es posible coincidir en la existencia de algunas características mínimas, tales como: a) la base del acto unilateral es la soberanía del Estado o el ámbito de acción funcional de una organización internacional,⁷⁴⁹ b) los actos unilaterales se asocian con la imposición de valores por parte de una comunidad hacia otra a un nivel inapropiado -por la repercusión del acto sobre un sujeto que no ha participado en la toma de decisiones o cuando habiendo participado, las condiciones formales para la adopción del acto no han sido respetadas-⁷⁵⁰

En un contexto de fragmentación del Derecho, SANDS predica que “la ausencia de un código que establezca la prioridad con que las normas de Derecho internacional han de ser aplicadas en estas áreas, provee de condiciones fértiles para la adopción de “actos unilaterales”⁷⁵¹ los cuales no son ilegítimos ni ilegales en si mismos⁷⁵², sino que

⁷⁴⁵ BENVENISTI, E. y DOWNS, G., *op. cit.*, pp. 610-611

⁷⁴⁶ REMIRO BROTONS, A., “Entrevista a Antonio Remiro Brotons...” *op. cit.*, p. 25.

⁷⁴⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, Párrafo 490

⁷⁴⁸ BOISSON de CHAZOURNES, L., “Unilateralism and environmental Protection: Issues of perception and Reality of Issues” en *European Journal of International Law*, Vol 11, Nro. 2, Año 2000, p. 315.

⁷⁴⁹ SANDS, P. “Unilateralism, Values and International Law” en *European Journal of International Law*, Vol. 11, Nro. 2, Año 2000, p. 292, BOISSON de CHAZOURNES, L., “Unilateralism and environmental Protection...” *op. cit.*, p. 316, BODANSKY, D., “What’s so Bad about Unilateral Action to Protect the Environment?” en *European Journal of International Law*, Vol. 11 Nro. 2, Año 2000; p. 340.

⁷⁵⁰ SANDS, P., “Unilateralism, Values...” *op. cit.*, p. 292, BODANSKY, D., “What’s so Bad about Unilateral Action...” *op. cit.*, p. 341.

⁷⁵¹ SANDS, P., “Unilateralism, Values...” *op. cit.*, 302.

⁷⁵² BODANSKY, D., “What’s so Bad about Unilateral Action...” *op. cit.*, p. 341.

dependen del modo que condiciona la conducta de otros sujetos de derecho sin que hayan manifestado su consentimiento.

La doctrina señala dos tipos de enfoques unilaterales, al primero, podríamos situarlo dentro de un marco negativo, destinado a no unirse a los esfuerzos multilaterales para hacer frente a las preocupaciones que requieren acción colectiva, este es el caso de la no ratificación norteamericana del Protocolo de Kioto⁷⁵³; La inacción unilateral supone “la creencia en una comunidad internacional con objetivos compartidos (...) objetivos que no pueden ser alcanzados por Estados individuales, sino es necesaria una acción colectiva. Si la acción colectiva es necesaria para alcanzar los objetivos de la comunidad, la negativa de un Estado de unirse al esfuerzo internacional, frustra el logro de los objetivos de esa comunidad”⁷⁵⁴

El segundo tipo de unilateralismo, puede consistir en un grupo de acciones, denominadas políticas *go-it-alone*, en asuntos que requieren coordinación de acciones colectivas, pero que ante la ausencia de acuerdos multilaterales, los Estados tratan de cambiar o direccionar las conductas de los otros Estados bajo un estándar propio, estos son los casos de las restricciones de importación impuestas por Estados Unidos en los asuntos *Estados Unidos – atún / delfín* y *Estados Unidos - Camarones*⁷⁵⁵ Las acciones unilaterales pueden contar con la importante función de “jugar un rol catalítico en el desarrollo de normas internacionales para proteger el medioambiente”⁷⁵⁶, promoviendo el establecimiento de normas multilaterales.

BOISSON de CHAZOURNES entre otros considera que “el unilateralismo plantea cuestiones de justicia y equidad. Suele estar en contra de la idea del multilateralismo y la cooperación, considerada esta última como una de la forma más satisfactoria para abordar los problemas internacionales”⁷⁵⁷, no obstante para BODANSKY “tanto el concepto de unilateralismo como su opuesto, internacionalismo, son tipos ideales. Incluso las llamadas decisiones internacionales a veces reflejan la voluntad de un Estado particular, o un pequeño grupo de Estados, que pueden imponer su voluntad a otros, en lugar de ser una auténtica decisión de una comunidad internacional.”⁷⁵⁸

Siguiendo esta línea argumental podemos agregar que las grandes potencias a lo largo de la historia han intentado imprimir al Derecho internacional su impronta, a fin que este, acoja sus valores y pretensiones. En este sentido ORAKHELASHVILI haciendo un recorrido por la doctrina europea del siglo XIX encuentra que autores como Wheaton, Lorimer, Westlake, Oppenheim, Bluntschli, Heffter, Holtzendorff, Bonflis, Rivier y Nys introdujeron la idea de que el Derecho internacional tenía un carácter específicamente europeo y que los países no europeos no pertenecían al Derecho internacional, contradiciendo la concepción clásica de la ley universal de las naciones. Esta concepción de ley internacional, surge en el periodo de auge del positivismo europeo que excluía a las naciones civilizadas de las denominadas no civilizadas que eran las que no pertenecían a Europa.⁷⁵⁹

En consecuencia, el unilateralismo constituye una forma de propiciar los intereses

⁷⁵³ BRUNNÉE, J., *op. cit.*, p. 630 y ss.

⁷⁵⁴ BODANSKY, D., “What’s so Bad about Unilateral Action...” *op. cit.*, p. 341.

⁷⁵⁵ BRUNNÉE, J., *op. cit.*, p. 630 y ss.

⁷⁵⁶ BODANSKY, D., “What’s so Bad about Unilateral Action...” *op. cit.*, p. 344.

⁷⁵⁷ BOISSON de CHAZOURNES, L., “Unilateralism and environmental Protection...” *op. cit.*, p. 318.

⁷⁵⁸ BODANSKY, D., “What’s so Bad about Unilateral Action...” *op. cit.*, p. 343.

⁷⁵⁹ ORAKHELASHVILI, A., “The Idea of European International Law” en *European Journal of International Law*, Vol. 17 Nro. 2, Año 2006; p. 317.

particulares de los Estados, ya se allanando el camino hacia la negociación de acuerdos internacionales, fomentando la aparición de normas consuetudinarias, o presionando para la desarticulación o renegociación de los regímenes internacionales existentes.

Si bien coincidimos con lo expresado por BENVENISTI y DOWNS, lo hacemos parcialmente, por las siguientes razones. Coincidimos con la doctrina mayoritaria en que la fragmentación del Derecho internacional, tiene sus orígenes en causas sociológicas, pero podemos predicar esta afirmación como explicación de la existencia de algunos regímenes como podría ser el derecho diplomático, pero con relación a otros subsistemas, vinculados en mayor parte a la globalización, estamos en condiciones de afirmar que la fragmentación del Derecho internacional es un fenómeno ideado y ejecutado conscientemente con el fin de lograr la aplicación de las técnicas y principios del Derecho internacional señalados por la Comisión de Derecho internacional, es decir, la creación de regímenes especiales resulta ser una estrategia para la adopción de normas que reflejen los intereses de algunos sujetos de Derecho internacional o algunos actores internacionales, promuevan el crecimiento de principios de derecho en el seno de un régimen especial, para luego de un proceso de cristalización del principio, se fomente su circulación y aplicación en otros sectores o regímenes especiales en los cuales no se habría tenido la capacidad de gestarlos y desarrollarlos con el contenido normativo pretendido.

En este sentido, nos encontraríamos más próximos a la posición de BENVENISTI y DOWNS pero diferimos con los autores en el punto que la finalidad de la fragmentación no necesariamente consiste en imponer a los países en vías de desarrollo o menos desarrollados, criterios de los países centrales, sino que es posible que la batalla legal final tenga por contendientes a países centrales, desarrollados, potencias regionales o universales entre si.

En consecuencia, aun cuando KOSKENNIEMI considere que la fragmentación es fruto de la complejidad sociológica del mundo contemporáneo, y este argumento sirva para explicar la existencia de algunos regímenes particulares dentro del universo del Derecho internacional, consideramos que en otros casos, la pluralidad de regímenes especiales es consecuencia del accionar unilateral de algunos sujetos de Derecho internacional, aun cuando aparentemente pueda verse como desarrollos multilaterales. La fragmentación más allá de ser un fenómeno sociológico con consecuencias jurídicas, es un fenómeno político con consecuencias jurídicas.

A nuestro entender, el modo de abordar el nacimiento y consolidación de los regímenes especiales es formulado de un modo insuficiente desde la ciencia jurídica, por lo cual estimamos que metodológicamente, las afirmaciones contenidas en los párrafos anteriores pueden ser explicadas con mayor solvencia desde la teoría de relaciones internacionales, toda vez que introducen en su análisis variables generalmente excluidas por la ciencia jurídica contemporánea, en consecuencia, a continuación nos planteamos el propósito de introducirnos en el campo de la teoría de relaciones internacionales a través de las cuales explicaremos el comportamiento de los Estados, sus intereses, pretensiones y expectativas, y la creación de regímenes especiales de Derecho internacional como producto de estas y como instrumentos catalizadores de cambio del sistema internacional de acuerdo a sus intereses, pretensiones y expectativas antedichos.

Los “Regímenes Internacionales” desde la teoría de las Relaciones Internacionales

Hasta el momento, habiendo analizando la bibliografía específica y el informe de la

Comisión de Derecho internacional, generalmente hemos encontrado que los conceptos “subsistemas de Derecho internacional” y “régimen internacional” han sido utilizados casi de un modo indistinto, como si se trataran de la misma cosa, como si fueran sinónimos, cuando efectivamente no lo son.

En el primero de los casos, se refieren a una realidad que puede tener tres indicaciones, - como lo enuncia la Comisión de Derecho internacional:- a) como un conjunto especial de normas secundarias que tienen primacía sobre las normas generales de responsabilidad; b) como un conjunto de normas primarias y secundarias que a menudo se llaman sistema o subsistema de normas que abordan un problema en particular, c) o lo comúnmente llamado “ramas del derecho”⁷⁶⁰, en este sentido, podríamos decir que dentro de la ciencia del derecho se le ha dado un significado preciso y eminentemente jurídico, no obstante, cuando nos referimos al segundo de los conceptos, no podemos pasar por alto la importancia y contenido que la disciplina de las relaciones internacionales le da a éste.

Tal como lo expusiera el editor de la Revista Académica de Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid, en su número dedicado a los *regímenes internacionales*⁷⁶¹, “la figura de “*régimen internacional*” fue introducida en Relaciones Internacionales por RUGGIE, quien en 1975 lo definió como “un conjunto de mutuas expectativas, normas, regulaciones, planes, energías organizativas y compromisos financieros que han sido aceptados por un grupo de Estados”⁷⁶².

Sin embargo, el editor agrega que la definición comúnmente aceptada por la disciplina fue la ofrecida por KRASNER en 1983 cuando definió el *régimen internacional* como “los principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión, implícitos o explícitos, alrededor de los que convergen las expectativas de los actores en un área determinada de las relaciones internacionales”⁷⁶³ A partir de este momento, en el campo de las relaciones internacionales se entenderá a los “principios” como las creencias fundamentales; a las “normas” como los estándares de comportamiento definidos en términos de derechos y obligaciones; las “reglas” como las prescripciones o procripciones de actuación y, por último, los procedimientos de toma de decisión” se definirán como las prácticas prevalecientes para llevar a cabo y aplicar las decisiones colectivas.

Si bien la definición de KRASNER es la versión más consensuada en el seno de los internacionalistas, no podemos dejar de mencionar que KEOHANE con un criterio pragmático definió el concepto de régimen internacional como “instituciones con reglas explícitas acordadas por los gobiernos que tienden a regular un conjunto de materias referidas a las relaciones internacionales”⁷⁶⁴ Según HASENCLEVER, MAYER y

⁷⁶⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, Párrafo 128

⁷⁶¹ Editorial de la *Revista Académica de Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nro. 12, Año 2009, disponible en http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/index.php?journal=Relaciones_Internacionales&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=171&path%5B%5D=156

⁷⁶² RUGGIE, J., “International Responses to Technology: Concepts and Trends” en *International Organization*, Vol 29, Nro. 3, Año 1975, p. 570

⁷⁶³ KRASNER, S., *Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables* en KRASNER, S. (editor.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983, p. 2. Cabe agregar que KRASNER puede ser enrolado en las filas de la corriente de pensamiento de relaciones internacionales realista.

⁷⁶⁴ KEOHANE, R., *Neoliberal Institutionalism: A Perspective on World Politics* en KEOHANE, R., *International Institutions and State Power: Essays in International Theory*, Westview Press, Boulder,

RITTBERGER, la pretensión del neoliberalismo ha sido reducir el complejo conjunto de elementos de la definición de KRASNER en el concepto de “reglas”⁷⁶⁵.

Por último, KRATOCHWIL define el al régimen internacional como “el producto de un proceso de auto-interpretaciones y auto-definiciones de una comunidad en respuesta a los cambios contextuales”⁷⁶⁶ siempre con la idea de refutar que los regímenes son un conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos dados objetivamente, sino que son construcciones sociales, fenómenos dinámicos que evolucionan por los debates que se dan en el seno de la comunidad internacional. En síntesis, tal como hemos manifestado anteriormente, la definición de régimen internacional más aceptada ha sido la de KRASNER porque a su vez esta ha permitido desarrollar jerarquizaciones entre sus elementos para describir cambios *de* régimen -cuando se producen cambios en los principios y las normas- o cambios *en el* régimen -cuando se producen cambios en las reglas y los procedimientos-

Este concepto de “*régimen internacional*”, un vez incorporado al *argot* de la materia, fue tratado por diferentes corrientes doctrinales que disputaron la asignación de un contenido teórico y la explicación de su operatividad dentro de las relaciones internacionales, y que hasta el día de hoy continúan manteniéndolo como una herramienta imprescindible en la descripción, análisis, interpretación y prospección de la materia.

Es menester destacar que nuestro interés por el abordaje desde la teoría de relaciones internacionales al concepto de régimen internacional estriba en la voluntad de descubrir posibles alternativas a la explicación generalizada en la ciencia jurídica sobre el modo o las circunstancias por las que el Derecho internacional se ha fragmentado en diversas partes, ramas o especialidades, toda vez que, como sostenemos en nuestra hipótesis, la fragmentación no es un fenómeno casual, espontáneo, sociológico y/o irreversible, sino que responde a intereses manifiestos de los Estados que beneficiarán sus posiciones en el juego global a partir de la división de las reglas internacionales y el fortalecimiento de regímenes especiales *ex-ante*, aunque con la pretensión de interconexión *ex-post*.

De esta forma, expondremos brevemente los postulados de las diferentes corrientes de pensamiento que han teorizado sobre el concepto de régimen internacional y posteriormente, presentaremos nuestra posición frente al surgimiento de los regímenes internacionales, adelantando que nuestro análisis hace pie en el pensamiento institucionalista neoliberal con algunos elementos aportados desde el constructivismo.

En primer lugar, la corriente de pensamiento centrada en el auto-interés de los Estados -próxima al neoliberalismo-, estipula que el régimen internacional podría ser visto como un elemento estratégico que permite maximizar el auto-interés y las ganancias gracias a la previsibilidad y la minimización de los costes de acceso a la información.

En segundo término, se puede presentar una escuela de pensamiento centrada en el estudio del poder: el neorrealismo y en esta línea de análisis, el régimen internacional

1989, p. 4. Cabe agregar que KEOHANE puede ser enrolado en las filas de la corriente de pensamiento de relaciones internacionales neoliberal.

⁷⁶⁵ HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., “Interests, Power, Knowledge: The study of International Regimes” en *Mershon International Studies Review*, Vol. 40, Nro. 2, Año 1996, p. 180.

⁷⁶⁶ KRATOCHWIL, F., *Rules, Norms and Decisions: On the Conditions of Practicals and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 101. Cabe agregar que KRATOCHWIL puede ser enrolado en las filas de la corriente de pensamiento de relaciones internacionales constructivista.

podría ser entendido como un medio a través del cual un hegemón (un Estado poderoso) instrumentaliza las relaciones internacionales para mantener su poder en el ámbito internacional en detrimento de los demás. Para esta escuela, la demanda y la formación de un régimen buscarían la obtención de ganancias relativas frente a otros estados, y no ya ganancias absolutas como veíamos en el primer caso.

Por último, y en un tercer orden, encontramos la escuela de pensamiento constructivista basada en el estudio de la importancia de las ideas y los procesos de comunicación en las políticas internacionales. Desde este enfoque constructivista se subrayaría el valor cambiante de los intereses de los actores internacionales. En síntesis, si tuviéramos que señalar la diferencia fundamental entre las tres escuelas, estaríamos en condiciones de afirmar como lo hacen HASENCLEVER, MAYER y RITTBERGER que ésta “radica en el grado de influencia que le atribuyen a las instituciones dentro de la política internacional”⁷⁶⁷

El concepto de “Régimen Internacional” para la Teoría Neoliberal

Esta corriente enfatiza sobre el rol que cumplen los regímenes internacionales como una ayuda que se ofrece a los Estados para que éstos consigan la materialización de sus propios intereses nacionales. Hace pie en la formación y el mantenimiento de los regímenes como tal⁷⁶⁸. Dentro de esta corriente podemos encontrar cuatro vertientes.

a) “**Neoliberalismo institucional**” sustentado por KEOHANE quien por medio de su teoría trató de acercar al pensamiento liberal con el pensamiento realista a través de un modo novedoso que consiste en asumir los postulados del realismo, entendiendo por estos: a) El Estado es el actor central del sistema internacional, b) El mundo es anárquico, en términos de la inexistencia de un gobierno central o estructuras jerárquicas, c) la cooperación es escasa, d) los Estados formulan cálculos dependiendo de sus preferencias y éstas son estables en el tiempo; pero añadiendo componentes liberales que explican la acción de los Estados en un contexto de interdependencia. En este sentido se aleja de los realistas al formular una premisa radical en su tesis: “los Estados son egoístas, por lo tanto deciden cooperar en la medida que esta acción ayuda al logro de sus intereses propios, sin considerar la posición en el juego ex-post, por lo tanto, la interacción no tiene efectos sobre la variable de la utilidad, porque esta opera en términos absolutos y no relativos”⁷⁶⁹ KEOHANE y NYE consideran que ni los tradicionalistas, ni los modernistas disponen de una adecuada estructura para la comprensión de la política de la interdependencia global⁷⁷⁰

La precondition para la creación de un régimen es la existencia de “*intereses*” compartidos en una determinada materia, que pueden ser materializados sólo a través de la cooperación. No obstante, los intereses son una condición necesaria, pero no suficiente⁷⁷¹, se requiere además que los Estados tengan la “*confianza*” de volver a encontrarse en el juego, por lo tanto, la incertidumbre se reduce y la cooperación es posible.

⁷⁶⁷ HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., *op. cit.*, p. 178.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 183.

⁷⁶⁹ KEOHANE, R., *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, Princeton, 1984, p. 27.

⁷⁷⁰ KEOHANE, R. y NYE, J., *Poder e Interdependencia: La política mundial en transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988, p. 16.

⁷⁷¹ KEOHANE, R., *After Hegemony... op. cit.*, p. 68.

KEOHANE distingue los conceptos de “régimen” y el de “cooperación” estipulando que el primero es la causa del segundo, el primero es el marco compuesto por principios, normas, reglas y procedimientos, que facilitan la materialización de acuerdos sustanciales⁷⁷² a través de la información y la reducción de costos⁷⁷³. Los regímenes son factores intermedios entre la estructura de poder de un sistema internacional y la negociación política y económica que se produce dentro del mismo.⁷⁷⁴

El régimen tiene la facultad de suministrar por medio de sus principios y normas marcos de diálogo que generalmente puede darse a través de organizaciones internacionales o foros especializados, además de proveer de estándares de comportamiento a los cuales los Estados se ven apegados con el fin de mantener su reputación para con sus pares, de esta manera KEOHANE se libra de centrar su atención en el monitoreo o sanción al incumplidor, toda vez que la pena resultante del incumplimiento es la exclusión en futuros emprendimientos de cooperación⁷⁷⁵.

Por último, retomando parte de los postulados realistas, KEOHANE considera que aun en el contexto de interdependencia compleja -contexto que da origen a toda su teoría- y que explica el surgimiento y proliferación de regímenes internacionales⁷⁷⁶, atribuye al hegemon un papel crucial en la formación del régimen porque lidera una propuesta que los demás Estados no están en condiciones de ofrecer aun cuando también se benefician por la creación del régimen⁷⁷⁷, de esta forma también es comprensible como KEOHANE y NYE afirman que de acuerdo a la distribución de los recursos de poder dentro del sistema internacional se determinará o se afectará la naturaleza del régimen, entendiendo por tal, la mayor o menor densidad de las normas, reglas y procedimientos formales o informales.⁷⁷⁸

No obstante, la definición del contenido sustantivo de los regímenes no depende solamente de la voluntad estatal, porque aun cuando el Estado es considerado el actor central del sistema, KEOHANE y NYE reconocen la existencia de “canales múltiples”⁷⁷⁹ de relación dentro del sistema. Estos canales se componen por las conocidas relaciones interestatales, y las relaciones transgubernamentales y transnacionales. Estas tres vías constituyen mecanismos de acción y decisión, toda vez que no sólo actúan en dirección a la concreción de sus intereses, sino que funcionan como correas de transmisión de éstos, en consecuencia, los gobiernos, al momento de definir la política interna como internacional, son más sensible a los intereses de actores no estatales, borrando de este modo los límites entre lo interno y lo internacional.

Otro elemento que señalan KEOHANE y NYE es la falta de jerarquización entre las cuestiones de la agenda. Este fenómeno es fruto de la relajación relativa a las cuestiones de seguridad propias de la Guerra Fría. Si bien al momento de escribir el libro “Poder e Interdependencia” no existían predicciones firmes relativas al fin del mencionado proceso histórico, los autores atribuían la relajación al propio proceso de interdependencia que podía observarse ya en los setenta, no obstante, en nuestros días el

⁷⁷² KEOHANE, R., *After Hegemony... op. cit.*, p. 61.

⁷⁷³ KEOHANE, R., *After Hegemony... op. cit.*, p. 97.

⁷⁷⁴ KEOHANE, R. y NYE, J., *Poder e Interdependencia... op. cit.*, p. 37.

⁷⁷⁵ KEOHANE, R., *After Hegemony... op. cit.*, p. 94, 104-106.

⁷⁷⁶ KEOHANE, R., *The Analysis of International Regimes: Towards a European-American Research Programme* en RITTBERGER, V. (editor), *Regime Theory and International Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 34.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 43

⁷⁷⁸ KEOHANE, R. y NYE, J., *Poder e Interdependencia... (1988) op. cit.*, p. 37

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 42

postulado continúa vigente, no sólo por la interdependencia como fenómeno creciente, sino también por el propio fin de las probabilidades de conflicto militar generalizado que caracterizaron al mundo bipolar.

A consecuencia de este contexto de falta de jerarquía en las cuestiones de agenda, KEOHANE y NYE atribuyen la multiplicación de temas de agenda que amenazan intereses de grupos internos, aumentan la dificultad para formular una política exterior coherente y consistente y se solapan cuestiones internas sobre cuestiones internacionales, resultando en la adopción de múltiples compromisos internacionales de carácter extensivos, por lo tanto, la variedad de metas que deben los Estados proponerse, la falta de jerarquía, la politización de los temas a partir de la activación de los grupos internos disconformes, termina por imponer en la agenda interestatal el debate de cuestiones o posiciones internas para la creación de un régimen o forzar a los Estados a presionar en pos del cambio de régimen, en caso de que este pre-exista⁷⁸⁰.

En último lugar, KEOHANE y NYE en su teoría institucionalista neoliberal presentan cuatro modos de “cambio de régimen”. El primero tipo parte del supuesto que los regímenes cambian por los procesos económicos, en consecuencia, el aumento de interdependencia económica tiene la característica de volver obsoleto a los regímenes anteriores y produce un cambio en el existente⁷⁸¹

El segundo y el tercer tipo se concentran en cuestiones estructurales, el segundo parte de la premisa que aquel Estado que tenga dominio sobre la estructura militar tiene la capacidad de ordenar cambios en el conjunto de todos los regímenes existentes, por lo tanto, un cambio en el patrón de poder se traduce en un cambio de regímenes⁷⁸².

El tercer tipo mantiene la premisa realista que sostiene que el Estado poderoso es capaz de cambiar el régimen, pero limita esta capacidad a espacio donde ostenta su dominación, perdiendo parte o toda su eficacia cuando se traslada el poder a otra esfera⁷⁸³

El cuarto tipo de “cambio de régimen” se denomina “de las organizaciones internacionales” y configura el modo más adecuado a nuestro entender para explicar y presentar un modo de resolución de las controversias transversales que estudiamos en este trabajo, por lo tanto, oportunamente volveremos al concepto que explicamos a continuación. Los autores KEOHANE y NYE estiman que los Estados están vinculados, como dijimos al principio, desde muchos niveles, a saber, interestatal, intergubernamental y transnacional, y que estas relaciones están reforzadas por normas o instituciones que prescriben o proscriben la conducta ante situaciones particulares y que en algunos casos puede expresarse por medio de una organización formal, aunque también es factible que exista una organización internacional, sin que exista una estructura formal⁷⁸⁴.

El modelo supone que un conjunto de redes, normas e instituciones, una vez establecidos ofrecerán cierta dificultad para su erradicación e incluso para reacomodos drásticos. Aún los gobiernos con mayores capacidades (globales o sectoriales) les resultará difícil concretar su voluntad cuando sus intereses se opongan a las conductas

⁷⁸⁰ *Ibid.*, pp. 43, 47, 51.

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 61.

⁷⁸² *Ibid.*, pp. 66 y ss.

⁷⁸³ *Ibid.*, pp. 73 y ss.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 79

establecidas dentro del sistema de reglas, normas e instituciones existentes.⁷⁸⁵ Es decir, que los Estados influyen en la creación de los regímenes de acuerdo a sus intereses, pero una vez creados, estos cobran cierta autonomía condicionando las conductas de los Estados e influyendo sobre sus capacidades y habilidades. El elemento final del modelo creado por KEOHANE y NYE considera que la mayor fuente de cambio de un régimen, proviene de otras redes, normas e instituciones que pueden interferir en la configuración organización de un régimen, afectando así la propia naturaleza del régimen.⁷⁸⁶

Algunas variaciones a los postulados de KEOHANE han provenido de diversas vertientes, tales como:

b) **“Situation-Structuralism”** sostenido por ZURN⁷⁸⁷ quien observa que en las relaciones internacionales la cooperación se manifiesta de dos formas, por colaboración, la cual trae aparejada generalmente la formalización de organizaciones internacionales, o la coordinación, la cual no posee mecanismos de cumplimiento. Asimismo, describe la existencia de situaciones de mono-equilibrio en las cuales dos o más partes encuentran su beneficio en un único punto, dando origen a contextos de cooperación relativamente fácil, pero también se dan situaciones de equilibrios múltiples o de suma cero, en los que se hace necesaria la utilización de la persuasión para la construcción de un régimen.

c) **“Problem-Structural”**⁷⁸⁸ esta vertiente difiere con KEOHANE en un punto cardinal, considera que los Estados en algunas situaciones persiguen sus intereses de modo absoluto, pero que en otros contextos lo hace de forma relativa; esta variación depende del bien que se encuentran negociando. El régimen es un conjunto de acuerdos formales e informales, prácticas e instituciones, un régimen es un modo de gestionar un conflicto, que se encuentra materializado a través de una divergencia de preferencias en un área concreta. Uno de los problemas que describe esta vertiente es la definición de “área” porque considera que ésta es la unión inseparable de dos o más objetos, pero que esta unión depende de la percepción de los Estados, generando como consecuencia potenciales cambios en la materialidad del área, aun cuando no se hayan efectuado cambios en los hechos, porque simplemente han cambiado las percepciones de los actores.

d) **“Institutional Bargaining”** Esta vertiente está sustentada por YOUNG⁷⁸⁹ y busca

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 80

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 81

⁷⁸⁷ Los postulados de esta vertiente es posible encontrarlos en las siguientes fuentes: ZURN, M., *Bringing the Second Image (Back)* en RITTBERGER, V. (editor), *About the Domestic Sources of Regime Formation*, en *Regime Theory and International Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1993a, pp. 282-311; ZURN, M., *Problematic Social Situations and International Institutions: On the Use of Game Theory in International Politics*, en PFETSCH, F. (editor), *International Relations and Pan-Europe: Theoretical Approaches and Empirical Findings*, Lit Verlag, Münster, 1993b, pp. 63-84.

⁷⁸⁸ Los postulados de esta vertiente es posible encontrarlos en las siguientes fuentes: ZURN, M., WOLF, K. D. y EFINGER, M., *Problemfelder und Situationsstrukturen* en RITTBERGER, V. (editor) *der Analyse internationaler Politik: Eine Brücke zwischen den Polen?* en *Theorien der Internationalen Beziehungen*. Bestandsaufnahme und Forschungsperspektiven, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1990, pp. 151-174.

⁷⁸⁹ Los postulados de esta vertiente es posible encontrarlos en las siguientes fuentes: YOUNG, O., “International Regimes: Problems of Concept Formation” en *World Politics* Vol. 32, Nro 2, Año 1980, pp. 331-356; YOUNG, O., *Resource Regimes: Natural Resources and Social Institutions*, University of California Press, Berkeley, 1982; YOUNG, O., *Regime Dynamics: The Rise and Fall of International Regimes* en KRASNER, S. (editor), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983, pp. 93-113; YOUNG, O., “International Regimes: Toward a New Theory of Institutions” en *World Politics*, Vol. 39, Año 1986, pp. 104-122. YOUNG, O., *International Cooperation: Building Regimes for Natural Resources and the Environment*, Cornell University Press, Ithaca, 1989a;

equilibrar la posibilidad de los Estados de lograr sus propios objetivos a través de la cooperación y la dificultad de acordar el contenido de normas y reglas específicas, por lo tanto YOUNG presta su atención al proceso de negociación en la formación del régimen como un momento constitucional, donde las partes dan contenido al régimen que se está formando. Los momentos iniciales de la negociación se caracterizan por la ausencia de certidumbre, lo que paradójicamente implica una certeza, encontrarse en una “zona de acuerdo” que permite negociar a la partes hasta llegar a un acuerdo luego de la distribución de compensaciones entre los participantes. Un elemento a destacar radica en la necesidad de un líder, que puede estar identificado con un líder estructural, porque sea poseedor de los recursos de poder, o un líder intelectual porque goce del poder de las ideas para conducir a los participantes por un camino por él indicado.

El concepto de “Régimen Internacional” para la Teoría Realista

Tanto los realistas como los neoliberales coinciden en algunos de sus postulados, tales como que el Estado es el actor principal de las relaciones internacionales y que persigue su propio interés dentro de un mundo anárquico. Dentro de esta corriente, existe tres vertientes:

a) **“Hegemonic-stability”** que vincula la existencia de instituciones internacionales a una configuración de poder unipolar en un área particular. Esta vertiente sostiene que para que exista una estructura estable, es necesario un estabilizador⁷⁹⁰, encarnado en la figura de aquel que posee los recursos de poder para crear un régimen internacional. En esta línea KINDLEBERGER⁷⁹¹ manifiesta que la estabilidad de una estructura es un bien público internacional o colectivo que un hegemón o un grupo privilegiado de Estados este/n dispuesto/s a crear y sostener en la medida que el régimen internacional mantenga *ex post* la distribución desigual del poder en favor del hegemón o del grupo privilegiado y que esa distribución de poder no sea diferente -implicando una pérdida de poder relativo- a la existente *ex-ante*. Desde esta vertiente, no se cree en la posibilidad de cooperación inter-estatal, por las razones antes expuestas; ningún régimen nace sin la existencia de privilegiados⁷⁹².

b) **“Krasner's power-oriented research”** En esta vertiente, se plantea que el problema de la cooperación no radica en garantizar la información adecuada para identificar o disuadir a los tramposos del régimen, sino que gira en torno a la distribución de conflictos -resolver la pregunta “quién obtiene qué”⁷⁹³- y utilizar el poder como un medio para resolver el problema. De esta manera, KRASNER enumera tres situaciones en las que el poder es utilizado por los Estados en la formación del régimen: 1) determinar quienes están autorizados a intervenir en el juego, 2) dictar las reglas del

YOUNG, O., “The Politics of International Regime Formation: Managing Natural Resources and the Environment” en *International Organization*, Vol. 4 Nro. 3, Año 1989b, pp. 349-376; YOUNG, O., “Political Leadership and Regime Formation: On the Development of Institutions in International Society” en *International Organization*, Vol. 4, Nro. 5, Año 1991, pp. 281-308.

⁷⁹⁰ KINDLEBERGER, C., *The World in Depression 1929-1939*, Penguin, London 1973.

⁷⁹¹ KINDLEBERGER, C., “Dominance and Leadership in the International Economy: Exploitation, Public Goods, and Free Rides” en *International Studies Quarterly*, Vol. 2, Nro 5, Año 1981, pp. 242-254.

⁷⁹² SNIDAL, D., “Coordination Versus Prisoners' Dilemma: Implications for International Cooperation and Regimes” en *American Political Science Review*, Vol. 79, Año 1985a, pp. 923-942 y SNIDAL, D., “The Limits of Hegemonic Stability Theory” en *International Organization*, Vol. 3, Nro. 9, Año, 1985b, pp. 579- 614.

⁷⁹³ KRASNER, S., “Global Communications and National Power: Life on the Pareto Frontier” en *World Politics* Vol. 43, Año 1991, p. 336.

juego y 3) manipular las preferencias de terceros por medio de recompensas⁷⁹⁴. Finalmente, cabe agregar que KRASNER considera que el régimen es un instrumento necesario para los Estados con el fin de eliminar las acciones descoordinadas y conseguir la estabilidad⁷⁹⁵. Los regímenes pueden constituir fuentes de poder en el juego global⁷⁹⁶.

c) **“Modern Realism”** Esta última vertiente es influenciada por GRIECO, quien a su vez mantiene un pie en el pensamiento de WALTZ, considera que la cooperación es mucho menos factible que la predicada por los neoliberales, dado que la estructura anárquica del sistema induce a una predisposición a la intolerancia de las pérdidas, por lo tanto, las ganancias de los contrincantes son vistas como una pérdida para los Estados y la disminución de los niveles de satisfacción⁷⁹⁷. Los Estados prefieren los *status quo ex ante*, porque temen que los cambios beneficien a los otros más que a ellos mismos⁷⁹⁸. Los Estados sólo cooperan si del balance de la distribución de ganancias resulta que se mantienen el balance pre-cooperación, de esta manera en los procesos de negociación se crean áreas paralelas en las cuales se conceden y reciben preferencias a fin de mantener en equilibrio las ganancias⁷⁹⁹. La función del régimen es facilitar los intercambios de preferencias con los Estados insatisfechos, crear espacios para promover correcciones y promover la norma de la reciprocidad, lo cual permite a los Estados aceptar pérdidas relativas con la expectativa de ser compensados en una nueva ronda⁸⁰⁰.

El concepto de “Régimen Internacional” para la Teoría Constructivista

Las teorías constructivistas o cognoscitivas constituyen las formulaciones intelectuales más próximas a nuestro tiempo y formulan importantes críticas a los postulados neoliberales y realistas, atacando directamente sus postulados: a) el Estado no son actores racionales, sino más bien tienen un perfil reflexivo b) el Estado no es el único actor central de las relaciones internacionales, sino que existen otros participantes en la escena y c) el positivismo metodológico que impide comprender la dinámica del sistema internacional, ya que esta no está dada, sino sólo puede ser completamente explicada a partir de la ideología de los actores, su capacidad de aprendizaje y del procesamiento de la información, los valores y las creencias. Estas teorías focalizan su estudio en la construcción de las preferencias y la formación de los intereses. Siguiendo la presentación de HASENCLEVER, MAYER y RITTBERGER, podemos presentar dos grandes vertientes los cognitivistas “blandos” y los “duros”⁸⁰¹.

a) los **“cognitivistas blandos”** consideran que la relación entre las estructuras internacionales y la voluntad humana descansa en la interpretación y que con anterioridad a la decisión de cooperar existe un proceso de identificación de los intereses que depende del conocimiento que se tenga en ese determinado momento. El conocimiento influye la percepción de la realidad y direcciona las decisiones de los políticos. Los intereses de los actores no están “dados” sino que son contingentes al

⁷⁹⁴ KRASNER, S. “Global Communications...” *op. cit.*, p. 340.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 337.

⁷⁹⁶ KRASNER, S., *Structural Conflict: The Third World Against Global Liberalism*, University of California Press, Berkeley, 1985, p. 7-9.

⁷⁹⁷ HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., *op. cit.*, p. 202

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ GRIECO, J., *Cooperation among Nations: Europe, America, and Non-Tariff Barriers to Trade*, Cornell University Press, Ithaca, 1990, p. 47

⁸⁰⁰ GRIECO, J., “The Maastricht Treaty, Economic and Monetary Union and the Neo-Realist Research Programme” en *Review of International Studies*, Vol 21, Año 1995.

⁸⁰¹ HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., *op. cit.*, p. 206

entendimiento que tengan éstos de la sociedad y sus juegos.

El segundo de sus postulados implica que los actores comparten una serie de significados sobre la formación y persistencia del régimen. Es necesario un mínimo entendimiento colectivo previo a la elección del contenido sustancial de las reglas del régimen, en caso contrario, la cooperación está destinada a fallar.

El tercer presupuesto implica que dado el contexto de interdependencia y la complejidad de las materias abordadas a nivel internacional, los procesos de decisión en estos temas suponen una creciente demanda de conocimiento científico para superar la incertidumbre relativa a los intereses y los modos de materializarlos. Para los constructivistas la reducción de la incertidumbre resulta en un aumento de los niveles de cooperación.⁸⁰²

Por su parte, esta vertiente atribuye a las “ideas” el atributo de ser un germen de cooperación, toda vez que éstas a través de su difusión influyen los comportamientos de los actores internacionales, cumplen un rol normativo y analítico, facilitan la cooperación al definir soluciones aceptables a los problemas colectivos, y son mediatizadas a través de la normatividad internacional como principios compartidos.⁸⁰³ Las ideas una vez que forman parte del contenido sustancial de una institución internacional tienen un impacto sobre la sociedad que puede prolongarse por largo tiempo, aun más allá del ocaso del poder hegemónico de una potencia que puede haber propiciado su instalación en el debate internacional⁸⁰⁴, por lo tanto es posible afirmar que las ideas cobran autonomía en el escenario global. Los cambios en el sistema se producen por nuevos aprendizajes, es decir, por el surgimiento de nuevas ideas y la construcción de nuevos entendimientos entre los actores del sistema internacional. Todo este proceso de creación, difusión, interpretación y aplicación de las ideas, es conducido por un nuevo actor denominado “comunidad epistémica” que hace referencia a las redes profesionales de reconocida experiencia, autoridad y capacidad de influenciar a los círculos de poder y toma de decisión⁸⁰⁵.

b) los “**cognitivistas duros**” consideran que los Estados son muchos menos autónomos que el perfil planteado por el resto de las corrientes y vertientes de pensamiento, sino que estos no pueden ignorar los acuerdos internacionales existentes, al punto que consideran al sistema “institucionalocéntrico”⁸⁰⁶. Consecuentemente, los regímenes internacionales son más estables y no dependen de los intereses de los Estados. Estos autores se focalizan en la legitimidad de los mandatos normativos, el rol de la comunicación en la formación de acuerdos intersubjetivos y en los procesos de construcción de la identidad.

⁸⁰² El desarrollo de estos postulados es desarrollado en ADLER, E. y HAAS, P., “Epistemic Communities, World Order, and the Creation of a Reflective Research Program” en *International Organization* Vol. 4, Nro. 6, Año 1992, pp. 367-390, HAAS, P., “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination” en *International Organization*, Vol. 4, Nro. 6, Año 1992, pp. 1-35; GOLDSTEIN, J. y KEOHANE, R., (editores) *Ideas and Foreign Policy: An Analytical Frame-work*. en GOLDSTEIN, J. y KEOHANE, R., (editores) *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change*, Cornell University Press, Ithaca, 1993, pp. 3-30.

⁸⁰³ HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., *op. cit.*, p. 207.

⁸⁰⁴ KRASNER, S., *Regimes and the Limits of Realism: Regimes as Autonomous Variables*. en KRASNER, S. (editor) *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983b, pp. 356-358.

⁸⁰⁵ HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., *op. cit.*, p. 208.

⁸⁰⁶ WENDT, A. y DUVALL, R., *Institutions and International Order* en CZEMPIEL, E. y ROSENAU, J. (editor) *Global Changes and Theoretical Challenges: Approaches to World Politics for the 1990s*, Lexington Books, Lexington, 1989, p. 67.

Esta vertiente considera que los regímenes son imperativos y requieren que los Estados adecuen sus conductas a las disposiciones normativas de los regímenes, pero para aclarar el contenido del concepto “reglas constitutivas” los cognitivistas duros estiman que el régimen condiciona los actos de los Estados como “efectos” sino que los límites del régimen es la “causa” de los actos estatales.⁸⁰⁷

Con relación al mandato normativo y la legitimidad, esta vertiente estipula que los Estados se sienten estimulados a cumplir con las normas y reglas del régimen aun cuando tengan el incentivo y la capacidad de romper con ellos⁸⁰⁸, porque los Estados se mueven a través de una “lógica de los apropiado” porque sobre todo, los Estados se reconocen como dependientes y parte del sistema internacional organizado. Por su parte, los teóricos no consideran que todas las normas y reglas sean igualmente vinculantes para los Estados, sino que ello dependerá del grado de legitimidad que los propios Estados le atribuyan a las normas y reglas, haciendo depender la legitimidad de cuatro elementos: a) determinación, b) validez simbólica, c) coherencia, d) adhesión⁸⁰⁹. El corolario de esta vertiente esta puesto en el “sentido de obligatoriedad”⁸¹⁰ para demostrar que los gobiernos no son indiferentes al incumplimiento de las normas y reglas por parte de terceros Estados, porque como ya hemos manifestado anteriormente, los Estados se reconocen miembros de una sociedad internacional.

El segundo elemento analizado por esta vertiente lo constituye el poder de la comunicación. Este concentra una función tal, que los cognitivistas duros consideran que el éxito de un régimen depende de la acción comunicativa y del peso de los argumentos que se utilicen en la persuasión⁸¹¹. La construcción y el mantenimiento de un régimen depende de cómo las partes internalizan los discursos y crean grupos idiosincráticos entre los que se comparten principios comunes⁸¹².

Esto da origen al tercer elemento de análisis, el poder de la identidad, toda vez que los cognitivistas duros predicán que aun cuando el origen de la cooperación puede incluir un factor de egoísmo estatal, una vez que el proceso se ha iniciado, las reglas tienen la capacidad de liderar la “evolución de la comunidad”. La emergencia de una identidad colectiva fortalece la disposición de los actores a cooperar, incluso si esta no fuera la estrategia más efectiva para su propio provecho⁸¹³. Al final, el juego de la cooperación y formación de la identidad puede culminar en la transformación estructural del sistema internacional.

Nuestra posición

Si bien en el campo de las ciencias sociales es difícil asumir que los postulados de una corriente de pensamiento son en su totalidad acertados o en su totalidad erróneos, porque la contingencia propia de las relaciones humanas permite utilizar los presupuestos de una u otra teoría para explicar determinados acontecimientos históricos, con las limitaciones materiales, temporales, espaciales y personales que implican,

⁸⁰⁷ KRATOCHWIL, F., *Norms Versus Numbers: Multilateralism and the Rationalist and Reflexivist Approaches to Institutions - A Unilateral Plea for Communicative Rationality*. en RUGGIE, J. (editor), *Multilateralism Matters: The Theory and Praxis of an Institutional Form*, Columbia University Press, New York, 1993b, p. 449.

⁸⁰⁸ HENKIN, L., *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, Praeger, New York, 1968, pp. 36 y 42

⁸⁰⁹ HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., *op. cit.*, p. 212

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 212

⁸¹¹ KRATOCHWIL, F., *Rules, Norms... op. cit.*, p. 12

⁸¹² *Ibid.*, pp. 212-248

⁸¹³ WENDT, A. y DUVALL, R., *op. cit.*, pp. 64-66.

consideramos que existe un momento en la investigación donde se debe elegir el camino a transitar, en consecuencia, entendemos que el surgimiento de los regímenes internacionales, especialmente en el campo de la biotecnología, puede ser explicado a través de los postulados teóricos del “institucionalismo neoliberal” a los cuales podemos adicionarle algunos elementos del “constructivismo”, toda vez que a nuestro entender en los campos analizados es posible identificar en concreto los elementos que conforman los esquemas teóricos señalados:

El contexto de “*interdependencia compleja*” al que asistimos podemos tomarlo como un hecho notorio que no necesita explicación, ni prueba, sobre todo a partir de la superación de las dicotomías ideológicas que caracterizaron gran parte del siglo pasado, pero sobre todo, por el aumento sostenido de los flujos transfronterizos. Además en el campo que tratamos, la biotecnología, tal como manifestamos en ocasiones anteriores, la complejidad es notoria pues esta materia concreta relaciona cuestiones tan diversas como la propiedad de los recursos genéticos, el vínculo entre la ciencia, la política, la economía y el derecho, la propiedad intelectual, la seguridad de los alimentos, los derechos humanos, la protección medioambiental y el comercio internacional.

En este marco fenomenal, cada vez es más evidente la existencia de “*gobierno multinivel*” que nos faculta la utilización de la teoría de la “*governance*” para explicar los juegos de presión y decisión dentro de las estructuras organizativas. En este sentido y aún cuando estas teorías fueron pensadas para explicar el funcionamiento de organizaciones complejas y *sui generis* como la Unión Europea, son útiles para comprender la lógica de relación que opera al momento de determinar una posición en el escenario internacional.

Con algunos matices, más fuertes o más débiles, es posible comprender que en el seno de las estructuras estatales o regionales se interrelacionan múltiples actores, entre los que podemos encontrar aquellos que pertenecen al sector privado (industriales, agricultores), al sector público (burocracias en sus varios niveles: supranacional, federal, autonómico o provincial y local) y al tercer sector (ambientalistas, consumidores, militantes de derechos humanos). A partir de la negociación, puja o imposición de sus preferencias particulares, los sujetos de Derecho internacional podrán consensuar una posición interna común a todos los participantes o mantendrán posiciones diversas, en algunos casos antagónicos, dando lugar a los juegos de doble nivel caracterizados y explicados por PUTMAN⁸¹⁴.

Bajo los supuestos de la teoría del juego a dos niveles de PUTMAN, el Estado y su desenvolvimiento no es tomado como la acción de un actor monolítico. El contexto internacional o regional limita y condiciona el accionar de éste. A su vez, en el interior del Estado y al momento de definir la conducta de éste, entran en juego múltiples factores que no sólo provienen de la estructura gubernamental, sino que emanan de la interacción del Estado con otros agentes que conviven en el interior de la organización. Las facciones internas se definen tanto a nivel de sub-unidad del gobierno nacional, como pueden ser los ministerios que conforman el poder ejecutivo, agencias especializadas, los parlamentos o los mismos asesores de cada uno de los poderes del Estado. Asimismo, existen otras facciones no estatales que operan al interior de la sociedad, como son los partidos políticos, los grupos de presión, los medios de comunicación e inclusive la opinión pública. Cada una de estas sub-unidades tiene intereses propios en cada temática tratada e influyen con mayor o menor peso en las

⁸¹⁴ PUTMAN, R., *Diplomacy and Domestic Politics: The logic of two-level games* en *International Organizations*, Vol. 42, Nro. 3, Año 1988, pp. 427-460.

discusiones y los procesos de toma de decisión.

Aquí es donde estamos en condiciones de reflejar el postulado de KEOHANE cuando enuncia que la ausencia de un criterio jerarquizante, como fue la seguridad nacional, facilita que emerjan intereses sectoriales no siempre vinculados indefectiblemente al “interés nacional tradicional”. El fin de la guerra fría marcó un desacoplamiento de la alta política (seguridad y estabilidad) con la baja política (relaciones comerciales) que permite a muchas cuestiones contenciosas emerger en la agenda transatlántica⁸¹⁵ En consecuencia, los Estados u Organizaciones encargados de negociar a escala internacional, representan intereses propios nacidos de la interacción de sus actores internos y que llevarán al escenario internacional promoviéndolos como discursos legítimos y totalizantes susceptibles de ser acogidos como contenido sustancial de futuros acuerdos internacionales.

Si bien podríamos afirmar que entre los diversos actores que intervienen en la escena existe un “*interés compartido*” en resolver, desde lo procedimental, el modo o el estilo, y desde lo sustancial, el contenido de las normas que regularán una determinada área material en cuestión, también es verdadera la afirmación que cada una de las preferencias domésticas perseguidas y posicionadas por los grupos de presión han sido dotadas de un peso argumentativo de tales características que logran ser presentadas como “*ideas fuerza*” y que impiden resolver la diferencia acordando en concreto, aún cuando pueda existir interés cooperar globalmente. Asimismo, no podemos negar que entre los principales actores mundiales existe “*confianza*” toda vez que más allá de las diferencias que hemos analizado en materias de biotecnología, la mayoría de los Estados líderes son socios comerciales, cuentan con historias nacionales comunes, son aliados militares y en cierta medida han creado conjuntamente la estructura sistémica global imperante, en consecuencia, podemos atribuir que la falta de resolución o retardo en el acuerdo sobre materia de biotecnología, responde a la presión interna de los grupos de presión que fuerzan la construcción y sostenimiento de posiciones rígidas a nivel internacional.

Dada la imposibilidad de acordar el contenido sustancial o procesal vinculado a la biotecnología dentro de un mismo régimen, es plausible que los actores internacionales ejerzan su “*liderazgo*” en la conformación de regímenes paralelos en los cuales si puedan ser recogidas sus pretensiones particulares, ampliando de esta manera los espacios de negociación y consecuentemente la concreción de acuerdos internacionales, aunque en un determinado momento, algunas cuestiones puedan estar reguladas de forma superpuesta y aún contradictoria en diferentes regímenes internacionales, dando lugar a las llamadas controversias transversales a diferentes regímenes internacionales. Como sostienen POLLACK y SHAFFER los actores en estos casos tienen preferencias rígidas y tratan de exportar sus propias regulaciones internas hacia el sistema internacional, colocando los costos de adaptación al nuevo régimen en la espalda de los demás actores.⁸¹⁶

De esta manera, para POLLACK y SHAFFER, en el caso concreto de la biotecnología, se producen dos fenómenos que dificultan la cooperación, la “*distribución de conflictos*” y la creación de “*regímenes complejos*”.

En el primero de los casos, coinciden con la idea expresada originariamente por

⁸¹⁵ GRANT, I. y KERR, W., “Genetically Modified Organisms...” *op. cit.*, p. 1084.

⁸¹⁶ POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 113.

BENVENISTI y DOWNS⁸¹⁷, también reseñada por nosotros al principio de este apartado, expresando que entienden la *distribución de conflictos* como un fenómeno que emerge, en primer lugar, de la coincidencia en el interés de resolver la diferencia, pero que seguidamente se enfrenta a la discordancia en la elección del método, toda vez que cada uno de los grandes actores buscar universalizar su cosmovisión sobre la materia: “*science-base*” o “*social o precautionary-base*” trasladando el costo político de su renuncia de las banderas de sus grupos de presión domésticos y de la adaptación a los nuevos métodos, a la contra parte; situación que ninguno de los actores está en condiciones de aceptar.⁸¹⁸

El segundo de los conceptos analizados, *regímenes complejos*, es recogido del pensamiento de RAUSTIALA y VICTOR⁸¹⁹ y se materializa a partir de la multiplicación de acuerdos internacionales creados en el seno de diferentes foros y con la participación de diferentes grupos de actores en cada uno de ellos sobre una misma materia o parte de ella. Estas reglas funcionan de manera solapada y sin haber determinando jerarquías para la solución de conflictos normativos, ni mucho menos la aplicación de las normas de un foro en la esfera de otro. Los Estados se comprometen con aquel régimen con el cual pueden traducir sus preferencias en reglas sustantivas, aun cuando puedan crearse inconsistencias entre los regímenes, las cuales son calificadas por estos autores como “inconsistencias estratégicas”⁸²⁰.

De esta forma, a nuestra consideración, coincidimos con el diagnóstico de POLLACK y SHAFFER sobre las causas del nacimiento y fortalecimiento de los regímenes en materia de biotecnología y consideramos que la fragmentación del Derecho internacional por medio de la formación y/o fortalecimiento de regímenes internacionales paralelos no puede ser explicada como un fenómeno natural y espontáneo, sino que responde a una lógica bien intencionada de los actores internacionales para propiciar regímenes internacionales que sean receptivos a sus pretensiones y desde donde se facilite la influencia a otros regímenes internacionales donde originariamente no tuvieron o no tienen la capacidad de materializar normativamente sus intereses primarios.

De este modo, según nuestra consideración la fragmentación del Derecho internacional no es un fenómeno peligroso ni mucho menos destructivo, sino que como sostienen los pluralistas “el sistema social y el orden legal es “radicalmente heterogéneo” y no basado necesariamente en reglas de jerarquía, aunque algunas veces así lo sea”⁸²¹, pero diferimos con el pensamiento de POLLACK y SHAFFER en cuanto estimar que la fragmentación del derecho o la creación de regímenes complejos sea un obstáculo para la cooperación internacional, sino que a nuestro entender lejos de ser una falla en la cooperación, representa una estrategia temporaria de los actores internacionales para materializar sus pretensiones bajo una forma normativa, dotarlas de notoriedad pública al ser introducidas en la agenda, fortalecerla como argumento o discurso legítimo, persuadir a más participantes de apoyar la causa, pero en última instancia ejercer presión sobre otros regímenes para continuar la negociación y lograr un eventual acuerdo más integral y universal. De este modo se conseguiría lo que KEOHANE y NYE denominaban “cambio de régimen” por vía de las organizaciones internacionales,

⁸¹⁷ BENVENISTI, E. y DOWNS, G., *op. cit.* 628.

⁸¹⁸ POLLACK, M. y SHAFFER, G. *op. cit.*, p. 129.

⁸¹⁹ RAUSTIALA, K. Y VICTOR, D., “The regime complex for plant genetic resources” en *International Organization*, Vol. 58, Nro. 2, Año 2004, p. 279.

⁸²⁰ POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 130 y ss.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 132.

dado que los regímenes una vez creados, cobran autonomía condicionando las conductas de los Estados e influyendo sobre sus capacidades y habilidades y se lograría una resolución del conflicto *by default*.

Para explicar este cambio consideramos apropiado recurrir al concepto de *soft power* desarrollado por NYE⁸²². Aún cuando el autor lo enuncia para explicar los cambios a los que se exponen los Estados en un contexto de *post* Guerra Fría, teniendo a la vista los cambios en la realidad y por consecuencia, la mutación en la naturaleza del poder, consideramos que los regímenes internacionales una vez que logran cierto grado de autonomía se constituyen en entidades poderosas a partir de la influencia que proyectan tanto sobre los sujetos de Derecho internacional, como sobre el resto de los actores del sistema internacional. Teniendo en consideración la presentación de cada uno de los elementos que conforman el concepto de “régimen internacional” podemos concluir que la proyección de sus valores se formula desde una perspectiva normativa fundada en el consentimiento -clásica en la ciencia jurídica-, como también desde una perspectiva relacional o de poder.

El autor señala que aunque la fuerza a veces puede jugar un papel esencial en las relaciones internacionales, los instrumentos tradicionales de poder rara vez son suficientes para hacer frente a los nuevos dilemas de la política mundial. Los nuevos recursos de poder, tales como la capacidad para la comunicación efectiva, y el desarrollo y uso de las instituciones multilaterales, pueden ser más relevantes⁸²³. Esta nueva forma es descrita por NYE como un segundo aspecto del poder y ocurre cuando un actor logra de otro lo que pretende, pero sin ejercer el poder coercitivo. Este concepto es llamado por NYE, *co-optive power* o *soft power* en contraste con el *hard power*, recreado en la fuerza para ordenar a otros a hacer lo que un actor quiera.

En esta línea argumentativa, NYE predica que los líderes políticos y filósofos han entendido desde hace mucho que el poder de las ideas atractivas o la capacidad de fijar la agenda política y determinar el marco y el cauce del debate da forma a las preferencias de los demás. La capacidad de determinar lo que otros quieren tiende a estar asociado con los recursos del poder intangible como son la cultura, la ideología y las instituciones⁸²⁴.

El *soft power* es tan importante como el *hard power*. Si un actor puede hacer que su poder parezca legítimo a los ojos de los demás, encontrará menos resistencia a sus deseos. Si su cultura y la ideología son atractivos, otros se sentirán más a gusto de seguirlo. De esta manera, los regímenes internacionales al ser la consumación de ideas fuerzas que operaron como vectores en la construcción estructural proyectan sus valores sobre todos los actores, sean o no sujetos de Derecho internacional, por lo tanto la influencia transita por carriles normativos, como no-normativos.

El régimen por medio del *soft power* detenta la capacidad de que otros actores no vinculados a sus regulaciones por medio de los acuerdos internacionales desarrollen preferencias o definan sus intereses de forma coherente con los valores del régimen. Este poder tiende a surgir de los recursos tales como la atracción cultural e ideológica

⁸²² NYE, J., “Soft Power” en *Foreign Policy*, Nro. 80, Año 1990, pp. 153-171.

⁸²³ *Ibid.*, p. 164.

⁸²⁴ *Ibid.*, pp. 166-167.

como es el caso de los valores de conservación del medio ambiente, la protección de los derechos humanos o como fue en su momento la propagación de los principios del libre mercado, recogidos en sus respectivos regímenes internacionales.

No obstante, aun cuando encontremos una explicación relativa a las causas de la fragmentación del Derecho internacional en un tema específico como es la biotecnología, no quedamos librados de los problemas jurídicos que esto supone, en consecuencia, a continuación presentaremos las respuestas propuestas por las diferentes corrientes del Derecho internacional y finalmente, expondremos nuestra posición, que a modo de anticipo expresamos que consiste en reconciliar las formas legales con los procesos políticos, dando al aplicador del Derecho internacional un carácter de diplomático, toda vez que debe tener la capacidad de ponderar el contexto en el que se encuentran inciertas las diferencias transversales y el fin último al que se debe como juez, la solución pacífica de las controversias.

Capítulo 2. SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS EMERGENTES DE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

1) Aplicación del Derecho internacional en su conjunto: Interpretación sistémica de las normas

La clave para la solución de los conflictos que puedan suscitarse entre normas de Derecho internacional se centra en la tarea de interpretación jurídica que formula el jurista, el juez o el abogado que tiene en sus manos diversas alternativas para la solución de la controversia. Decimos que la interpretación es la clave, porque no implica la aplicación de fórmulas directas y unidireccionales como podrían ser *lex specialis* o *lex posterior* o *lex superior*, sino que estas fórmulas son el punto de partida para el estudio del caso, la normativa aplicable, el contexto de creación, las aplicaciones anteriores, sin olvidar que aun cuando tengamos normas especiales o posteriores no se puede conducir a ignorar el tratado general o anterior.

Como predica la Comisión de Derecho internacional, el instrumento más antiguo y más general sigue “en el fondo”, controlando la manera en que normas posteriores y más específicas se interpretan y aplican⁸²⁵; por tanto, hay que procurar no inferir que un derecho especial tiene que interpretarse automáticamente “de una forma amplia” o de una “forma estricta”. Cualquiera que sea el tipo de interpretación depende de cómo se entiende la relación entre el derecho general y el derecho especial, debemos determinar si se trata de “aplicación” o de “excepción” lo que implica también entender la relación entre la parte y el todo como una relación “sistémica”.

Siguiendo esta línea de argumentación, la Comisión de Derecho internacional estima que “no hay una única voluntad legislativa tras el Derecho internacional” lo cual es motivado en que “los tratados y la costumbre obedecen a motivos y objetivos contrapuestos -son “tratos” y “acuerdos globales” que con frecuencia derivan de reacciones espontáneas a sucesos en el entorno” dando origen y sentido a la labor de los juristas que precisamente consiste en encontrar un rumbo, un sentido interpretativo a las normas que permita la construcción de un “sistema” más o menos coherente, de ahí que se piensa al razonamiento jurídico como una actividad *intencional*.⁸²⁶ La interpretación jurídica consiste en muchas ocasiones en vincular una norma poco clara con una finalidad y, de esta manera, al mostrar su posición dentro de algún sistema, en justificar su aplicación de una forma y no de otra. La interpretación jurídica y, por consiguiente, el razonamiento jurídico, construyen relaciones sistémicas entre reglas y principios, considerándolos partes de una actitud o finalidad humanas.

Como manifiesta SOREL, la interpretación se refiere más a las cualidades artísticas que a las científicas del jurista, dentro de gran debate sobre el derecho como arte, ciencia o como simple técnica, la interpretación ocupa un lugar de preponderancia de la coherencia jurídica.⁸²⁷

Procediendo desde la visión *prima facie* hasta la conclusión, el razonamiento jurídico

⁸²⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 31.

⁸²⁶ *Ibid.*, párrafo 34.

⁸²⁷ SOREL, J-M, *Section 3 – Interprétation des traités - Article 31: Règle Générale d'interprétation* en CORTEN, O. y KLEIN, P. (Dir.) *Les conventions de Vienne sur le Droit des Traités – Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, T. II, p. 1293.

deberá tratar de armonizar unas normas aparentemente contrapuestas mediante su interpretación o, si ello resulta inadmisibile, establecer relaciones definidas de prioridad entre ellas. Aquí resultan útiles las normas de interpretación y las técnicas de solución de conflictos tales como la *lex specialis*, la *lex posterior* o la *lex superior* porque permiten ver una relación sistémica entre dos o más reglas y pueden de este modo justificar la elección particular de las normas aplicables y de la conclusión a la que éstas llevan. Sin embargo, la Comisión de Derecho internacional establece que estas técnicas no lo hacen mecánicamente sino que funcionan más bien como “orientaciones” que sugieren una relación pertinente entre las normas aplicables a la vista de la necesidad de coherencia entre la conclusión con los objetivos o funciones perseguidos del sistema jurídico en su conjunto⁸²⁸

En Derecho internacional hay una firme presunción contra el conflicto de normas⁸²⁹. La regla general es que un texto procedente de un gobierno, en principio, debe ser interpretado en el sentido que produce y pretende producir efectos conformes con el derecho vigente y no en violación del mismo (...) se presume el deseo de los Estados Partes de negociar las cuestiones de conflicto aparente entre ellos y de no conferir a terceros el poder de decidir sobre lo que pueden parecer dificultades de coordinación que tienen ya su raíz en los intereses heterogéneos representados en las administraciones nacionales.

No obstante, la negociación rara vez trata de la “aplicación” de normas de conflicto sino de tratar de encontrar una solución pragmática que pueda restablecer la armonía perturbada. Un argumento provocador indica que no es posible presumir que los negociadores sufren una patología del tipo esquizoide que los lleva a concluir acuerdos que contengan disposiciones incompatibles con aquellos acuerdos pre-existentes⁸³⁰, por lo tanto se presume que negocian con el telón de fondo o al menos, teniendo en cuenta el espíritu, de los tratados que han concluido en el pasado⁸³¹, de ahí que se presuma la compatibilidad de las normas y la búsqueda de herramientas jurídicas para la solución de conflictos normativos. En este mismo sentido, la Corte Internacional de Justicia en el asunto “derecho de paso sobre el territorio indio” expresó que un texto emanado de un gobierno debe, en principio, ser interpretado como producido y destinado a producir efectos conformes y no contradictorios al derecho existente⁸³²

Aunque la armonización suele proporcionar un resultado aceptable para el conflicto de normas, tiene un límite claro: “puede resolver conflictos aparentes pero no puede resolver conflictos verdaderos”⁸³³. Esto no significa que haya conflictos de normas cuya naturaleza intrínseca los haga inasequibles a la armonización. Entre las partes todo puede armonizarse mientras haya voluntad de armonizar. A veces, sin embargo, esa voluntad puede no existir, quizás porque las posiciones de las partes distan mucho entre sí, algo que puede deberse a la importancia del choque de intereses o de preferencias que se manifiesten en el conflicto de normas, o a la impresión de que la solución

⁸²⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.* párrafo 36.

⁸²⁹ *Ibid.*, párrafo 37; HELLIO, H., *op. cit.*, p. 72.

⁸³⁰ HELLIO, H., *op. cit.*, p. 72.

⁸³¹ MCLACHLAN, C., “The principle of Systemic Integration and Article 31. 3 c) of Vienna Convention” en *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 282.

⁸³² I.C.J. *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c/ Inde)*, exceptions préliminaires, arrêt du 26 nov. 1957, Rec., p. 142.

⁸³³ BORGES, C., “Resolving Treaty Conflicts” en *George Washington International Law Review*, Vol. 37, Año 2005, p. 640 citado en COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 42.

armonizadora sacrificará los intereses de la parte que se encuentre en una posición negociadora más débil.

A este respecto, la medida en que una solución de “coordinación” puede aplicarse para resolver conflictos normativos tiene un límite, especialmente cuando un tratado enuncia claramente derechos u obligaciones para determinados sujetos de derecho y estos se contraponen a otras normas que entran en coalición. A nuestro entender estos son los casos en donde el aplicador del derecho tiene que recurrir a las técnicas jurídicas o pre-jurídicas a su disposición brindar una solución a la diferencia que pueda plantearse, aunque el fondo deba ser resuelto por medio de negociaciones futuras bilaterales o multilaterales dependiendo de la materia en cuestión.

La competencia de la mayoría de los tribunales internacionales se limita a determinados tipos de controversias o controversias que surgen respecto de tratados particulares y ésta es una competencia limitada, sin embargo, para algunos no significa una limitación del alcance del derecho aplicable en la interpretación y aplicación de esos tratados, no obstante, la cuestión de la interpretación despierta ciertas preguntas en torno a la libertad de interpretación que tiene el juez al importar elementos exteriores al tratado en la que se encuentra la disposición litigiosa.

La Comisión de Derecho internacional llegó a la conclusión que los mecanismos del artículo 30 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados son insuficiente para resolver los problemas que se pueden poner de manifiesto entre los diferentes regímenes especiales, toda vez que ambos regímenes cumplirían las condiciones de *lex specialis* y el tiempo no es un elemento suficiente para dar prioridad a un régimen por sobre otro⁸³⁴.

En una reciente investigación RUIZ FABRI y GRADONI parten de la convicción de la existencia de un sistema general, aunque se encuentre fragmentado en espacios normativos. Estas dos ideas no son contradictorias porque precisamente el objeto de su trabajo consistió en explicar como en un proceso de fragmentación puede existir una tensión a la uniformización. En este sentido expresaron que analizan la mundialización como un proceso de circulación y difusión de conceptos jurídicos uniforme por los distintos espacios normativos, toda vez que estos espacios de influyen mutuamente a través de su funcionamiento. Para lo autores puede observarse el entrecruzamiento de valores normativos, técnicas, modelos interpretativos y conceptos jurídicos y es posible asociar la idea de mundialización de los conceptos jurídicos no solamente al fenómeno de transferencia desde el Derecho internacional hacia los sistemas nacionales (circulación vertical), sino también, entre los diferentes espacios normativos dentro del Derecho internacional (circulación horizontal)⁸³⁵ La circulación tiene por materia a los valores e intereses y los medios utilizado para canalizar el movimiento entre los diferentes espacios jurídicos son las técnicas jurídicas comúnmente conocidas y denominadas por los autores como “técnicas de tener en cuenta”⁸³⁶

Entre las técnicas que GRADONI desarrolla⁸³⁷, encontramos: a) la excepción, b) la armonización, c) el reenvío, d) la incorporación, e) la subsunción, f) la interpretación hiper-textual, g) la referencia a recursos externos para definir el alcance de una norma

⁸³⁴ *Ibid.*, párrafo 272.

⁸³⁵ RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores) *La circulation des concepts juridiques.... op. cit.*, p. 13.

⁸³⁶ *Ibid.*, pp. 15 y ss.

⁸³⁷ GRADONI, L. *Systemes juridiques internationaux: une esquisse* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L., (Directores) *La circulation des concepts juridiques.... op. cit.*, pp. 42 y ss.

interna, h) las contramedidas, i) la regulación de la ampliación de la competencia jurisdiccional, j) la aplicación de los principios que reglan los conflictos de normas y k) la interpretación conforme. Si bien el autor identifica diferentes técnicas, muchas de ellas hacen referencia a la aplicación del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, por esta razón preferimos continuar con el esquema lógico que presenta la Comisión de Derecho internacional cuando expresa que la potencial solución a los conflictos de normas entre regímenes debe ser encontrada caso por caso y acogiéndose a dos premisas: a) la introducción de cláusulas que regulen la relación entre los regímenes y b) la aplicación armoniosa y coordinada, nacida de la interpretación sistémica de las normas de Derecho internacional.⁸³⁸ No obstante, rescatamos la idea de “circulación de valores e intereses” que ha presentado RUIZ FABRI y GRADONI, porque en cierta medida sustentan nuestra hipótesis sobre el origen causal de la fragmentación de derecho, con el fin de facilitar la circulación de los valores y de intereses desde un espacio normativo hacia otro.

a) Las cláusulas de relación inter-régimen

Con relación a las cláusulas, una de las que mayor importancia tendría en el espacio de la cooperación inter regímenes sería la cláusula de “apoyo mutuo” aun cuando la propia Comisión de Derecho internacional ha expresado que “este tipo de cláusulas relega la solución de los problemas al futuro, dando por supuesto que los problemas podrán solucionarse de mutuo acuerdo”⁸³⁹.

En acuerdos que pertenecen al mismo régimen especial quizás sea posible una solución al conflicto normativo, pero es difícil en acuerdos que pertenecen a regímenes diferentes donde no comparten objeto, fin y quizás son hasta contradictorios; en estas situaciones se debe elegir la aplicación de uno por sobre otro y responder a las consecuencias que devengan de la responsabilidad internacional, es un juego de suma cero. “Las cláusulas de apoyo mutuo solo sirven si quien aplica la ley es un tercero imparcial fuera de ambos regímenes en conflicto”⁸⁴⁰

La doctrina califica el uso de cláusulas para los conflictos como una potencial técnica para la solución de los conflictos normativos, pero estas suelen ser en algunos casos inciertas y ambiguas⁸⁴¹ (...) WOUTERS, J. y DE MEESTER, B. relatan que la cláusula sobre conflictos, que se inicialmente se propuso para hacer por ejemplo que la Convención de Diversidad Cultural prevalezca sobre cualquier otro instrumento si éste causaba grave amenaza para la diversidad cultural, habría sido una clara y útil declaración de la posición de la Convención en el contexto internacional. Sin embargo, esta formulación resultó políticamente inviable⁸⁴², resultando finalmente una cláusula en los siguientes términos “las partes deberían cumplir de buena fe las obligaciones establecidas en la Convención y aquellas establecidas en otros tratados de los que formaran parte (...)”⁸⁴³.

Este tipo de cláusulas se repiten en los tratados de medio ambiente, como vimos en la primera parte de este trabajo, y responden claramente a las estipulaciones de la

⁸³⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafos 268 y 410 y ss.

⁸³⁹ *Ibid.*, párrafo 276

⁸⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 280

⁸⁴¹ WOUTERS, J. y DE MEESTER, B., “The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation on International Law” en *Journal of World Trade* Vol. 42, Nro. 1, Año 2008, p. 206.

⁸⁴² *Ibid.*, p. 239.

⁸⁴³ Ver Artículo 20 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

Comisión de Derecho internacional cuando expresa que nominalmente parecen solucionar el problema, pero no siempre son funcionales a la resolución real de los conflictos normativos.

Las cláusulas de “coexistencia pacífica” o “apoyo mutuo” supone una coexistencia no conflictual que reivindica la complementariedad de los tratados, toda vez que no modifican ni sus derechos ni sus obligaciones, ni establecen jerarquías entre ellos, pero aún cuando desde lo declarativo son contundentes, no siempre resuelven los problemas sustanciales que se recogen dentro de cada uno de los tratados involucrados, haciendo caer la complementariedad al momento que la discordancia se torna patente, trasladando la responsabilidad desde el negociador hacia el juez, que recibe en sus manos un problema mucho más difícil de resolver⁸⁴⁴

Una opinión interesante nos muestra que el sostenimiento de las cláusulas de apoyo mutuo, con el objetivo de mantener la legitimación y coherencia del sistema, pueden llegar a ser poco operativas por el hecho que el contenido de cada uno de los regímenes especiales, como pueden ser el de la Organización Mundial del Comercio y el de Derecho internacional del Medio Ambiente, se modifican continuamente,⁸⁴⁵ dificultando la coordinación inter-régimen.

Por su parte KERR sostiene que las inconsistencias entre las reglas de un régimen como el de comercio y el de medio ambiente pueden significar el preludio para el fracaso del segundo, incrementando la probabilidad de que un acuerdo sea alcanzado en la etapa de negociación y que los esfuerzos de los defensores de regímenes ambientales más estrictos no sirvan para nada (...) toda vez que las Partes Contratantes deben recurrir al régimen comercial para la solución de sus controversias y este resuelva la diferencia conforme al derecho de dicha organización⁸⁴⁶

En consecuencia puede ser posible que las cláusulas de “apoyo mutuo” configuren simplemente parte de un discurso político que destraba una negociación, pero que no implica la resolución de los problema de fondo que puedan contener los regímenes especiales, que se visualizarán en concreto en el futuro. En este sentido algunos autores son determinantes en calificar a este tipo de cláusulas como proposiciones de un lenguaje corrupto o conflictivo, reflejo de la inhabilidad para crear consenso en la interpretación de términos claves.⁸⁴⁷

b) La aplicación armoniosa y coordinada: la interpretación sistémica de las normas de Derecho internacional

La segunda opción a la cual remite la Comisión de Derecho internacional es la “integración sistémica” del derecho, fundando esta afirmación en el carácter relativo de las técnicas de la *lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*, por lo tanto, al no ser estas de aplicación directa, el intérprete y aplicador siempre debe analizar el contexto, buscar una interpretación compatible y decidir dar prioridad en la aplicación sin que esta implique la invalidez de la norma excluida. La cuestión de la relación sólo puede abordarse mediante un proceso de razonamiento que los haga parecer parte de un

⁸⁴⁴ HELLIO. H., *op. cit.*, p. 74 y ss.

⁸⁴⁵ HILF, M., “¿Libertad del comercio mundial contra protección del medio ambiente?” en *Revista Electrónica de Estudios Internacional*, Nro. 1, Año 2000, p.27.

⁸⁴⁶ KERR, W., “Who Should Make the Rules of Trade?...” *op. cit.*, p. 168, REDGWELL, C., *Biotechnology, Biodiversity and Sustainable...* *op. cit.*, p. 71.

⁸⁴⁷ REDICK, T.P., *op. cit.*, p. 90.

conjunto coherente y significativo⁸⁴⁸ La interpretación sistémica se constituye como un principio normativo según el cual todo tratado debe ser interpretado a la luz de todas las normas relevantes de Derecho internacional aplicable entre las partes⁸⁴⁹

La doctrina del “paralelismo de los tratados”⁸⁵⁰ se ocupa precisamente de la necesidad de coordinar la interpretación de determinados instrumentos o de considerarlos desde un punto de vista de apoyo mutuo, lo importante es que no se puede dejar por alto el entorno normativo y el principio de integración que debe estar presente al interpretar los tratados. En este sentido HELLIO sostiene que por una parte la interpretación supone en primer lugar, reconocer la existencia del conflicto normativo patente nacido de las propias contradicciones de los Estados y en segundo término, reconocer que la decisión final puede resultar en la aplicación de una norma en detrimento de otra, en consecuencia, en detrimento de los derechos contenidos en una norma en favor de una de las partes⁸⁵¹. Este marco es el que tienta a los jueces a buscar mecanismos para prevenir los conflictos normativos y uno de estos caminos consiste en la interpretación sistémica.

Para el fin reseñado con anterioridad, el artículo 31 es una disposición central de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; de hecho los Estados y las jurisdicciones internacionales han utilizado con mucha frecuencia este artículo como guía para la interpretación de las normas que debían aplicar (...) este artículo proporciona una suerte de “lógica al servicio del derecho” que se concretiza por una operación intelectual para la solución de una diferencia en un momento dado (...) el artículo 31 emerge como un núcleo sagrado y se presenta en cuatro párrafos que no representan un orden jerárquico, sino que deben ser comprendidos conjuntamente⁸⁵², no obstante, cuando hablamos de la interpretación sistémica, hacemos referencia al artículo 31 apartado 3C de la Convención

La Comisión de Derecho internacional entiende que el Derecho internacional general proporciona a través de esta norma, la herramienta capaz de resolver los problemas que pueden emerger de la fragmentación del Derecho internacional, opinión también sostenida por importante doctrina⁸⁵³. El artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, predica que “*Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta (...) c) Toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*”

⁸⁴⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 414.

⁸⁴⁹ RODILES, A., *op. cit.*, p. 387, PAGLIARI, A., *op. cit.*, p. 38, FRANCONI, F., *Environment, Human Rights and the limits of free trade... op. cit.* en FRANCONI, F., (editor) *Environment, Human Rights and International Trade... op. cit.*, p. 23-25; TARASOFKY, R., *op. cit.*; MARCEAU, G., “A call for coherence...” *op. cit.*; MARCEAU, G., “Conflict of norms and conflict of jurisdictions...” *op. cit.*, PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, pp. 53-56.

⁸⁵⁰ PEEL, J., “A Paper Umbrella Which Dissolves in the Rain? The Future for Resolving Fisheries Disputes under UNCLOS in the Aftermath of the Southern Bluefin Tuna Arbitration” en *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 3, Nro. 1, Año 2002, pp. 53 a 78; KWIATKOWSKA, B., “The Ireland v. United Kingdom (Mox Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism”, en *International Journal of Marine & Coastal Law*, Vol. 18, Año 2003, p. 52 y notas, citados en COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, nota al párrafo 417.

⁸⁵¹ HELLIO, H., *op. cit.*, p. 86.

⁸⁵² SOREL, J-M, *op. cit.*, p. 1291 y ss.

⁸⁵³ SANDS, P., “*Vers une transformation du droit international? Institutionnaliser le doute*” en *Droit International*, Vol. 4, IHEI-Pedone, Paris, 2000, p. 213 y 220 y ss.

Esta norma tiene la vocación de limitar los riesgos de la fragmentación del Derecho internacional. Su fórmula remite a la no consideración de las normas de manera aislada al resto del ordenamiento jurídico.⁸⁵⁴ Opera como una pasarela entre sistemas jurídicos diferentes (...) y tiene un rol estructurante del orden internacional, por ser guardián de la unidad material⁸⁵⁵ El principio de integración subraya la unidad del Derecho internacional⁸⁵⁶ porque refuerza la articulación de los extremos del Derecho internacional. Asegura la coherencia de la aplicación de un cuerpo de derecho especial con el Derecho internacional general o de otro tipo de derecho especial.⁸⁵⁷ De todos modos, la aplicación de la norma analizada conlleva sus peligros, toda vez que llevar al extremo la aplicación del artículo 31 apartado 3C de la Convención, puede devenir en una modificación del tratado⁸⁵⁸ ya que puede ser utilizado a fin de conseguir una interpretación evolutiva.⁸⁵⁹

No obstante las bondades reseñadas en el párrafo anterior, la Comisión de Derecho internacional considera que esta norma deja abierta una serie de preguntas: 1) Que se considera “toda forma pertinente de Derecho internacional”, 2) Que significa “tener en cuenta”, 3) Cuales son las “partes”. Estas cuestiones deben ser resueltas porque ha sido un artículo “poco explotado en el pasado, pero con una gran proyección para el futuro”⁸⁶⁰, por lo tanto, resulta necesario precisar sus imprecisiones.

A la primera cuestión la Comisión de Derecho internacional respondió que “toda norma pertinente” hace referencia a los tratados, costumbre y principios de Derecho internacional general, es decir las fuentes primarias contenidas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se asume que este requisito va a ser generalmente cumplido.⁸⁶¹ Asimismo, la doctrina y los propios Estados debaten si los actos concertados no convencionales -como las normas del Codex Alimentarius- y los actos jurisdiccionales -sentencias, laudos, informes-, también pueden ser considerados integrantes del concepto “reglas del Derecho internacional”⁸⁶²

A la segunda cuestión, contesta que “tener en cuenta” implica aplicar el principio de “integración sistémica” de los ordenamientos particulares con los principios universales, aun cuando considera que esta tarea de interpretación se formula caso por caso y con la consciencia que la interpretación “no agrega nada al instrumento interpretado, sino que analiza su sentido (...) la interpretación no aumenta ni reduce los derechos ni las obligaciones, porque estos no existen automáticamente ni independientemente a la interpretación”⁸⁶³ aunque cabe manifestar que el artículo 31 apartado 3C no permite

⁸⁵⁴ HELLIO, H., *op. cit.*, p. 91.

⁸⁵⁵ CAZALA, J., *Le role de l'interpretation des traités a la lumière de toute autre “regle pertinente de droit international applicable entre les parties” en tant que “pasarelle” jetée entre systemes juridiques différents* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores), *op. cit.* pp. 97 y 98

⁸⁵⁶ COMBACAU, J. y SUR, S., *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 7ed, 2006, p. 173 citado en HELLIO, H. *op. cit.* p. 91.

⁸⁵⁷ DUPUY, P-M., *L'Unité de l'ordre juridique international...* *op. cit.*, p. 456 .

⁸⁵⁸ SOREL, J-M, *op. cit.*, pp. 1319 y 1320.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 1323..

⁸⁶⁰ SANDS, P., *op. cit.*, pp. 213-214; CAZALA, J., *Le role de l'interpretation des traités...* *op. cit.* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L., *op. cit.*, p. 234.

⁸⁶¹ MC GRADY, B., “Fragmentation of international law or “Systemic integration” of treaty Regimes: EC – Biotech Products and the Proper Interpretation of article 31 (3) (c) of Vienna Convention on the Law of Treaties” en *Journal of World Trade*, Vol. 42, Nro. 4, Año 2008, p. 591.

⁸⁶² CAZALA, J., *Le role de l'interpretation des traités...* *op. cit.* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L., *op. cit.* p. 116.

⁸⁶³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional...* *op.*

imputar a un tratado términos que él no contiene o conceptos que no han estado previstos por él.⁸⁶⁴

Otra cuestión que es menester expresar, es que la fórmula “tener en cuenta” no implica que una norma se aplica en detrimento de otra, sino que la norma aplicable se interpreta a la luz de otras de la misma especie.⁸⁶⁵ MC GRADY estima que una norma ajena al régimen especial va a ser relevante cuando “ilumine el significado del término que se encuentra dentro de un régimen en concreto (...) cualquier norma ajena capaz de influenciar la interpretación es necesariamente relevante”⁸⁶⁶

Algunos autores consideran que “tener en cuenta” podría ser asimilado a la noción “tomar en consideración” proveniente del Derecho internacional privado, construcción que se materializa en la noción de poder tener en cuenta en la medida necesaria la existencia de los ordenamientos extranjeros, pero que llegan al juez como un dato, un hecho, que pierde su matriz jurídica⁸⁶⁷. Finalmente, SANDS postula que la frase “tener en cuenta” no está definida en el Derecho internacional y que la misma indica un rango de enfoques y resultados. Él establece que “el uso común sugiere que esa formulación es más fuerte que tomar en consideración, pero más débil que vinculante”⁸⁶⁸

La tercera cuestión remite a la determinación del contenido de la expresión “las partes”. En este campo existen dos interpretaciones posibles; la primera señala que todas y cada uno de las partes vinculadas por el tratado deben estar al momento de interpretación igualmente obligadas por la norma utilizada como medio de interpretación (interpretación restrictiva), en cambio, la segunda considera que cuando dos o más partes están involucradas en una controversia sobre la interpretación de un tratado, el interprete de ese tratado se basa en la existencia de una norma del derecho aplicable a la relación entre las partes en disputa, independientemente de si dicha norma puede ser aplicada en las relaciones entre las demás partes del tratado (interpretación amplia).

La doctrina mantiene una discusión en torno al significado de la referencia “las partes” en la cual los partidarios de la primera posición (restrictiva) sostienen que sólo su posición está de acuerdo con el sentido común que debe darse a los términos de la Convención de Viena, toda vez que de acuerdo a las reglas de la pragmática, la expresión “las partes” usada en cada uno de los sub- apartados A, B y C del artículo 31, se refieren al significado de la expresión “todas las partes” usado en el apartado 2A)⁸⁶⁹ A esta posición, los partidarios de la interpretación amplia manifiestan que desde el lenguaje convencional – este es el supuesto – no puede explicar porque “las partes” deben ser interpretadas en el sentido de *todas las partes del tratado a interpretar*, en lugar de *las dos o más partes de un conflicto específico*, o viceversa.⁸⁷⁰

cit., párrafos 447 y 480

⁸⁶⁴ CAZALA, J., *Le role de l'interpretation des traités... op cit.* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L., *op. cit.* p. 111.

⁸⁶⁵ HELLIO, H., *op. cit.*, p. 91.

⁸⁶⁶ MC GRADY, B., *op. cit.*, p. 591.

⁸⁶⁷ CAZALA, J., *Le role de l'interpretation des traités... op. cit.* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L., *op. cit.*, p. 129.

⁸⁶⁸ SANDS, P., *Treaty, Custom and the Cross. Fertilization of International Law* en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 1, Año 1998, p. 103 en MC GRADY, B., *op. cit.*, p. 605.

⁸⁶⁹ LINDERFALK, U., “Who are “the parties”?” Article 31, paragraph 3(C) of the 1969 Vienna Convention and the “Principle of systemic integration” en *Netherlands International Law Review*, Año 2008, p. 350.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 347.

Dada esta coyuntura insoslayable por medio del sentido ordinario de los términos, incluso si suponemos encontrarnos bajo el supuesto que el sentido común sea ambiguo, se puede recurrir a analizar el contexto, el objeto y el fin del tratado.

Para los partidarios de la interpretación restrictiva, de acuerdo al contexto, el sentido de “las partes” en el artículo 31 apartado 3C se puede comparar con el sentido transmitido por el término equivalente en otras disposiciones. Sólo en un caso, “las partes” significan las dos o más partes en un conflicto específico, y este es el caso del artículo 66, donde “las partes” se refieren a la expresión antecedente “las partes en un conflicto o controversia”. En todos los demás casos, “las partes” significan “todas las partes involucradas en un tratado específico”. Esto parece implicar que en el artículo 31, apartado 3C, la expresión equivalente tendría que ser entendida en ese sentido también⁸⁷¹ (...) Teniendo en cuenta el objeto y fin, el autor resalta que la idea de los artículos 31 a 33 deben proveer de una guía normativa en tales situaciones. Pero, tal vez más importante, debe también proporcionar orientación cuando los Estados individuales desean investigar los derechos y obligaciones en los que se basa el tratado sin haber un conflicto específico⁸⁷² (...) y existen casos en los cuales el tratado expresa obligaciones *erga omnes partes* y si la expresión las partes se entiende de una manera amplia, se desnaturaliza la obligación⁸⁷³

Desde la posición contraria, algunos autores dentro de los cuales encontramos a MC LACHLAN⁸⁷⁴ y a la propia Comisión de Derecho internacional, plantean una situación diferente. Insistiendo todavía en la interpretación amplia del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, sugiriendo que debería hacerse una excepción (interpretación restrictiva) a los tratados que expresen obligaciones *erga omnes partes*.⁸⁷⁵

El último campo donde puede librarse la batalla entre ambas posiciones se sitúa en el artículo 32 de la Convención de Viena, al cual por su carácter “jerárquicamente inferior”⁸⁷⁶ debe recurrirse en el caso que se considerase que la interpretación surgida del artículo 31 de la Convención fuera “ambigua u oscura”, o que conduzca a un resultado “que es evidentemente absurdo o irrazonable”. Desde este lugar, la posición restrictiva también cobra fuerza, toda vez que de acuerdo a los trabajos preparatorios, tanto de la Comisión de Derecho internacional como de la conferencia intergubernamental que negoció el tratado en 1968 y 1969, todo parece indicar que la referencia a “las partes” denota “todas las partes del tratado” y no “las partes de la controversia”⁸⁷⁷

Algunos analistas, entre los que encontramos a MC GRADY señalan que la ventaja primaria de la visión restrictiva es que protege a las no partes de un tratado ajeno de las consecuencias legales producto del mismo⁸⁷⁸ (...) pero la interpretación restrictiva socava la armonización de las obligaciones multilaterales del tratado, aunque también reconoce que la interpretación amplia del artículo 31 apartado 3C no unifica el orden

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 352.

⁸⁷² *Ibid.*, p. 356.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 357.

⁸⁷⁴ MC LACHLAN, U., *op. cit.*, p. 315.

⁸⁷⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 472.

⁸⁷⁶ LINDERFALK, U., “Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation” en *Netherlands International Law Review*, Año 2007, pp. 133-154.

⁸⁷⁷ LINDERFALK, U., “Who are “the parties”?...” *op. cit.*, p. 360.

⁸⁷⁸ MC GRADY, B., *op. cit.*, p. 597.

legal internacional, todo lo contrario, enfatiza la existencia de una relación bilateral dentro del contexto multilateral⁸⁷⁹. Finalmente, MC GRADY aduce que “la adopción de un enfoque restrictivo llevó a una interpretación unidireccional de los tratados”⁸⁸⁰

Por su parte MARCEAU cuestiona que si la frase “las partes” se refiere a “todas las partes del tratado”, va a ser imposible que las disposiciones de tratados ajenos tengan aplicación en una organización como la OMC, porque esta admite miembros no soberanos -como es el caso de la Unión Europea- que no son capaces de ser partes de todos los tratados ajenos⁸⁸¹, en un sentido similar FRENCH expresa que “la exigencia de dualidad de la adhesión de un tratado es a menudo un criterio imposible de cumplir”⁸⁸².

A estos argumentos LINDERFALK contesta que la expresión, le parece en gran medida una proposición de sentido general, pero como tal, terriblemente exagerada. Para una gran cantidad de tratados, la jurisprudencia sigue siendo bilateral (...) Aunque debe reconocer que si se adopta la interpretación estricta de la referencia “las partes” tiene por supuesto el efecto que mientras más Estados formen parte del tratado, menos probable será que se aplique el artículo 31 apartado 3C, sin embargo, esta circunstancia no debe ser considerada como una razón para estipular que la interpretación estricta del artículo 31 apartado 3C sea absurda o irrazonable.⁸⁸³

Otro temor expresado por los partidarios de la interpretación amplia⁸⁸⁴, radica en estimar que si se adopta la interpretación restrictiva, raramente existirá la oportunidad de interpretar un tratado a la luz de otros. Se separarán tratados del resto del Derecho internacional, se producirán inconsistencias e incoherencias entre los diferentes sistemas del derecho. En este sentido debemos recordar que la Comisión de Derecho internacional expresa que “los acuerdos multilaterales se convertirían en “islas” que no permitirían remisiones *inter se* en su aplicación”⁸⁸⁵

Estos argumentos reseñados en el párrafo anterior también han sido refutados por LINDERFALK cuando expresa que a su opinión, el temor es exagerado, toda vez que aún sí así pasara, que un tratado no se pudiera tomar en cuenta en el artículo 31 apartado 3C, no implicaría necesariamente que este tratado quede fuera por completo del ámbito de aplicación del régimen de interpretación de Viena,⁸⁸⁶ debido a que cuando se interpreta un tratado, otros tratados, aunque no sean aplicables a las relaciones entre las partes, pueden usarse para informar el proceso de interpretación en diferentes modos y con diferentes motivos.

Dependiendo de los hechos de cada caso específico, de acuerdo al artículo 32, el otro tratado puede considerarse como parte de las circunstancias de la celebración del tratado, cuando existan pruebas que demuestran que en el proceso de redacción los redactores del Tratado buscaron inspiración en algunos tratados anteriores. En estos

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 598.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 599.

⁸⁸¹ MARCEAU, G., “WTO Disputes Settlement and Human Rights” en *European Journal of International Law*, Vol. 14 Nro. 4, Año 2002, p. 781 en MC GRADY, B., *op. cit.*, p. 599.

⁸⁸² FRENCH, D., “Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules” en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, Año 2006, p. 307.

⁸⁸³ LINDERFALK, U., “Who are “the parties”?...” *op. cit.*, p. 362.

⁸⁸⁴ MARCEAU, G., “WTO Disputes Settlement...” *op. cit.*, p. 781, MC LACHLAN, C., *op. cit.*, p. 315, FRENCH, D., *op. cit.*, p. 307.

⁸⁸⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 471.

⁸⁸⁶ LINDERFALK, U., “Who are “the parties”?...” *op. cit.*, p. 363.

casos el otro tratado puede tomarse en cuenta, de acuerdo al artículo 32, como un tratado *in pari materiae*. En la aplicación del artículo 31 apartado 1, el otro tratado puede ser parte de la evidencia referencial usada para la determinación de los contenidos de algún lenguaje técnico, como el usado por los internacionalistas, cuando es necesario para conferir de sentido común a los términos del tratado interpretado. En consecuencia, LINDERFALK estima que estas argumentaciones garantizan plenamente que un tratado no es separado del resto del Derecho internacional, se impiden las inconsistencias e incoherencias entre los diferentes sistemas del derecho. En otras palabras, contrario a lo que otros académicos advierten, la fragmentación del Derecho internacional no se inicia por los efectos de la elección entre la interpretación estricta o la amplia del artículo 31 apartado 3C de la convención de Viena.⁸⁸⁷

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que MC GRABY ha intentado proponer una tercera visión o interpretación de la norma que analizamos considerando que el artículo 31 apartado 3C debe verse como una obligación de procedimiento básica destinada para examinar las normas pertinentes del Derecho internacional donde las cuestiones objeto de controversia encuentren cabida sean o no parte del sistema especial, en consecuencia responde que el artículo 31 apartado 3C sólo obliga a quien toma decisiones “a tomar en cuenta” un tratado ajeno, pero no lo obliga a obtener un resultado particular.⁸⁸⁸ Este enfoque es coincidente con el pensamiento de SANDS cuando postuló que la frase “tener en cuenta” no está definida en el Derecho internacional y que la misma indica un rango de enfoques y resultados. Él establece que “el uso común sugiere que esa formulación es más fuerte que tomar en consideración, pero más débil que vinculante”⁸⁸⁹.

En este contexto el artículo 31 apartado 3C actúa meramente como una compulsión de procedimiento sobre quien toma decisiones para tomar en cuenta a una norma ajena. Al hacerlo, quien toma decisiones puede utilizar tal tratado ya sea para interpretar normas, como evidencia del asunto en cuestión o como un medio suplementario de interpretación de acuerdo con el Artículo 32 del la Convención de Viena⁸⁹⁰.

El artículo 30 de la Convención de Viena contempla la situación de tratados sucesivos de la misma materia o los llamados “conflictos entre tratados”. Las normas específicas establecidas en el artículo 30 sugieren que el artículo 31 apartado 3C sólo se aplica a las situaciones donde dos obligaciones de los tratados son capaces de ser leídas conjuntamente. Esto es, el artículo 31 apartado 3C se aplica cuando las obligaciones no están en “conflicto”⁸⁹¹

Un vez resueltas las preguntas iniciales planteadas por la Comisión de Derecho internacional en cuanto la aplicación del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, no podemos dejar de mencionar que ésta, como corolario a su estudio, expresó que los conflictos no son errores técnicos que podrían evitarse mediante un razonamiento jurídico más elevado, nuevas normas y nuevos regímenes surgen como respuesta a nuevas preferencias y a veces mediante un propósito de apartarse de regímenes anteriores, y esto requiere respuestas legislativas y no técnico-jurídicas (...) El Derecho internacional cuenta con técnicas, pero estas no son absolutas, la solución

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 364

⁸⁸⁸ MC GRABY, B., *op. cit.*, p. 613.

⁸⁸⁹ SANDS, P., “Treaty, Custom and the Cross...” *op. cit.*, p. 103 en MC GRABY, B., *op. cit.* p. 605.

⁸⁹⁰ MC GRABY, B., *op. cit.*, p. 605.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 606.

del problema de fondo es política”⁸⁹² Este comentario de KOSKENNIEMI se encuentra más próximo a nuestro pensamiento relativo a la naturaleza de la fragmentación como fenómeno inducido por el poder de algunos actores del sistema internacional en su afán de propulsar y universalizar sus preferencias particulares en una determinada materia.

Desde la doctrina también se ha sostenido que la interpretación de los tratados mediante los instrumentos proporcionados por la Convención de Viena no brindaría una solución definitiva al problema. Las reglas como *lex posterior* y *lex specialis* podrían llegar a ser insuficientes para direccionar los conflictos que ocurren en el actual orden legal internacional⁸⁹³

El sistema legal internacional, depende de procesos “horizontales” para la creación de las normas internacionales y por lo tanto, no tiene la autoridad de resolver todos los conflictos. Como subraya SIMMA y PULKOWSKI no existe una suposición confiable, a favor de los universalistas o particularistas, del universo o del planeta, el análisis parece haber quedado en el limbo (entre unidad y particularidad) sin ninguna indicación clara para tomar un camino que ayude a inclinar el equilibrio. Los autores exponen dos enfoques con respecto a los regímenes independientes que van desde premisas fundamentales diferenciadas, a premisas universalistas. Los universalistas toman el “todo” como orden legal, como punto de partida, en cambio los particularistas proceden desde un examen detallado de cada uno de los subsistemas particulares, seguido por una discusión de cómo lo particular se acomoda dentro del cuerpo del derecho y las instituciones. El análisis produce diferentes resultados ya que depende si se toma una perspectiva universalista o particularista, o si se observa el universo o los planetas. Si nos centramos en el universo, la ley del universo (el Derecho internacional general) gobierna los planetas. Pero si nos centramos en los planetas, las normas planetarias (las normas del subsistema) dejan poco lugar para la ley universal.”⁸⁹⁴

Finalmente traemos a colación la opinión de REMIRO BROTONS cuando expresa que “la solución de esta clase de conflictos entre “regímenes” internacionales o autónomos es ciertamente difícil. No obstante, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que en gran parte codifica normas consuetudinarias, contiene reglas para ordenar la concurrencia y el conflicto entre tratados, en las que cabe profundizar, pues no en vano los regímenes internacionales o autónomos se configuran a partir de tratados fundacionales o constitucionales (...) En todo caso, ha de descartarse que los regímenes internacionales sean “autosuficientes”. El autor aboga por las referencias formuladas por la Comisión de Derecho internacional sobre el riesgo de “fragmentación” y que llamó la atención sobre una regla del derecho de los tratados codificado (el artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena) según la cual los tratados han de interpretarse “a la luz de toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, pertinencia que se predica no sólo de las obligaciones convencionales conexas con el tratado en cuestión, sino también de cualesquiera otras, incluidas las deducidas de las normas consuetudinarias o de los principios generales del derecho. Como señaló la Comisión de Derecho internacional, el Derecho internacional general, como “sistema”, está omnipresente detrás de las normas y regímenes especiales, ilustra su interpretación y colma sus lagunas.”⁸⁹⁵

⁸⁹² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional...* op. cit., párrafos 482 y 488; WOUTERS, J. y DE MEESTER, B., op. cit., p. 206.

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 206.

⁸⁹⁴ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., op. cit., p. 506.

⁸⁹⁵ REMIRO BROTONS, A., “Entrevista a Antonio Remiro Brotons...” op. cit., p. 26.

c- La Interpretación Sistemática en la Organización Mundial del Comercio

Claro está, que uno de los espacios que en la actualidad está siendo objeto de análisis, crítica y expectativa, lo constituye la Organización Mundial del Comercio, en el sentido que en poco tiempo se ha dotado de un verdadero orden legal provisto de dos elementos sustanciales, un complejo marco normativo, y un riguroso y eficiente procedimiento de solución de diferencias. La doctrina proveniente de los diversos regímenes especiales discute si esta organización internacional debe materializar un fuero de atracción sobre las diferentes temáticas que se vinculan en mayor o menor medida al comercio, no sólo entendiendo fuero de atracción en sentido de “jurisdicción” sino también como “derecho aplicable” abriéndose a la aplicación de derecho extra-OMC.

La OMC está dotada de una jurisdicción obligatoria accesible a todos los miembros, adopta decisiones fundadas en el derecho, el procedimiento de toma de decisiones es casi automático, las reglas son hechas por personas independientes y su implementación está sujeta a monitoreos multilaterales, previendo hasta la total satisfacción de la parte vencedora de un litigio, cuando la violación del derecho OMC ha sido constatada.⁸⁹⁶ No obstante, dada la naturaleza de nuestro estudio tendente a determinar el modo de solución de las denominadas controversias transversales, centraremos nuestro estudio en la determinación del derecho aplicable.

La doctrina, como bien hemos manifestado está dividida, y en general todos aquellos que se muestran proclives a la integración sistemática del derecho ven en la OMC la posibilidad de concretar en ella un ideal de unidad del derecho. Este es el primer debate que circunda la existencia de la OMC, determinar su naturaleza de régimen auto-suficiente o por el contrario, conectado al resto del sistema internacional de derecho. El pensamiento de los principales teóricos referidos a la relación entre universalismo y OMC han sido ya expuesto en la sección respectiva, no obstante, cabe agregar algunas referencias particulares a fin de introducirnos a la materia que tratamos a continuación.

Así las cosas, LAMY sostiene que el sistema legal integrado de la OMC no está totalmente aislado: existe una presunción de validez en Derecho internacional y las reglas contenidas en los acuerdos OMC deben, en consecuencia, ser leídas en armonía con los principios del Derecho internacional. Además, el orden legal de la OMC respeta la equidad autónoma de los Estados, la buena fe, la cooperación internacional y la obligación de solucionar diferencias pacíficamente. Esta organización respeta el Derecho internacional general, mientras que al mismo tiempo lo adapta a las realidades del comercio internacional. De este modo, en unión al orden legal internacional, la OMC ha producido su propio y único sistema de derecho.⁸⁹⁷

Por otra parte, HU con una visión más sociológica considera que si el derecho de la OMC se interpreta y se desarrolla en aislamiento el resto de las leyes internacionales, el derecho de la OMC se arriesgará a la creación de “conflictos” con otras reglas internacionales, contrarias a las presunciones del Derecho internacional general en contra de los conflictos. Más significativa es la opinión de HU al considerar que si el derecho de la OMC no puede actualizarse por sí mismo a los desarrollos sociales, ésta bloqueará el curso de la comercialización internacional, y eventualmente, los miembros

⁸⁹⁶ FERNANDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional... op. cit.*, p. 130, LAMY, P., “The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order” en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 5, Año 2007, p. 975.

⁸⁹⁷ LAMY, P., *op. cit.*, pp. 972-973.

de la OMC la verán indiferente y la desecharán⁸⁹⁸.

Finalmente no podemos dejar de mencionar la afirmación del propio Órgano de Apelación cuando en el asunto “*Estados Unidos - Gasolina reformulada*” expresó que “las normas de la OMC no deberían interpretarse en estado de “aislamiento clínico” respecto de otros cuerpos de Derecho internacional y sin tomar en consideración otros cuerpos de Derecho internacional complementarios”⁸⁹⁹ Esto, definitivamente, puso fin a la noción mal fundada, del GATT como un sistema auto-contenido.

Es menester mencionar que aun cuando haya sido adoptada una posición aperturista de la OMC al Derecho internacional extra-OMC, como bien expone FERNANDEZ PONS, entre los aperturistas encontramos dos tendencias, aquellos que se inclinan a la aceptación del derecho extra OMC como “derecho aplicable” y aquellos que sólo lo hacen como “derecho a tener en cuenta”

FERNANDEZ PONS en su obra relata que entre los autores que sostienen la primera tesis -aplicación del derecho extra-OMC como derecho sustancial a fin de justificar eventualmente el incumplimiento de normas OMC a partir de acciones justificadas por normas extra-OMC-, podemos encontrar a PALMETER y MAVROIDIS, BARTELS y PAUWELYN, quienes resaltan que “cualquier norma de Derecho internacional publico es una fuente potencial aplicable por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación”⁹⁰⁰. Por otra parte, entre los autores que sostienen la segunda postura -que el derecho extra-OMC puede ser “tenido en cuenta” al momento de interpretar y aplicar los acuerdos OMC- encontramos a MARCEAU y TRACHTMAN⁹⁰¹.

En una curiosa referencia FERNANDEZ PONS manifiesta que estas dos posiciones, en principio contradictorias, al final de sus argumentos terminan divergiendo en una cuestión terminológica⁹⁰², porque el modo de considerar el ingreso del Derecho internacional extra-OMC dentro del ordenamiento OMC es a través del artículo 3.2 del Entendimiento de Solución de Diferencias que establece la utilización de “las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público” y una de esas reglas, el artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, permitiría el ingreso de toda norma de Derecho internacional aplicable entre las partes, lo que en última instancia nos remite a la interpretación de los tratados, no a la aplicación directa de la norma extra-OMC.

En algunos casos paradigmáticos, los órganos de solución de controversias utilizaron el artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena para resolver la controversia con la ayuda de reglas del Derecho internacional extra-OMC. A modo de síntesis podemos mencionar que en el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, se recurrió al principio de cooperación como elemento esencial para comprender las obligaciones de los Estados Unidos⁹⁰³. En el asunto *Estados Unidos – Camarones*, se innova utilizando instrumentos del Derecho internacional, tanto vinculantes como no vinculantes, para considerar la evolución del concepto “recursos agotables”. Asimismo, se incorpora el principio de buena fe.⁹⁰⁴ En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, se recurre al artículo bajo análisis para determinar, dadas las alegaciones europeas, si el principio de precaución

⁸⁹⁸ HU, J., *op. cit.*, p. 148.

⁸⁹⁹ Asunto *Estados Unidos – Gasolina Reformulada* (Apelación) p. 21

⁹⁰⁰ FERNANDEZ PONS, X., *La OMC y El Derecho Internacional...* *op. cit.*, p. 132.

⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 133.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 133

⁹⁰³ Asunto *Estados Unidos – Gasolina Reformulada* (Apelación) pp. 21-22

⁹⁰⁴ Asuntos *Estados Unidos – Camarones* (Apelación) párrafo 158

constituye o no una costumbre internacional o al menos un principio general del derecho, lo cual es descartado por el Órgano de Apelación⁹⁰⁵ y en el asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, nuevamente el Grupo Especial recurre al artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena a fin de analizar la pertinencia del Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad como instrumento válido para la interpretación de las obligaciones comunitarias. La respuesta final la analizaremos en breve. En estos casos, más allá del resultado de las conclusiones a las que hayan arribado los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación, prueban que éstos recurren al Derecho internacional General y no consideran al ordenamiento de la OMC aislado del resto del sistema.

Por otra parte, HU predica que un gran número de factores apoyan la conclusión que el derecho de la OMC no es un sistema cerrado, más allá de la propia actuación de los órganos de solución de diferencias. Primeramente, la dimensión regulada por la OMC es mucho más amplia, comparada con la de su predecesora, el GATT; y la existencia de las obligaciones ambientales, de salud, sociales, de seguridad y otras excepciones de la OMC han conectado al derecho de la OMC con todos los otros sistemas y políticas legales⁹⁰⁶ (...) sobre todo a partir de la escasez de información dentro de los acuerdos de la OMC, como cuando se tratan los temas de salud y medio ambiente, obligando necesariamente al intérprete honesto y objetivo a tomar en cuenta cualquier información relevante, incluso aquella que se encuentre fuera de los acuerdos de la OMC.⁹⁰⁷

Volviendo a la distinción que formula FERNANDEZ PONS entre derecho a “tener en cuenta” destinado a la “interpretación” y “derecho aplicable” sustantivamente, podemos mencionar que en el primer de los casos PAUWELYN estima que se ha convertido en un práctica estandarizada para los Paneles y para el Órgano de Apelación de la OMC el uso de derecho extra-OMC cuando se interpreta el significado de los términos en los acuerdos de la OMC (...) Además de ser útil para interpretar el tratado, el derecho extra-OMC es utilizado para rellenar las lagunas de procedimientos existentes dentro de los acuerdos de la OMC. Se ha hecho referencia a las reglas generales del Derecho internacional, esencialmente la costumbre o los principios generales del derecho comprometido por todos los Estados (...) Cabe destacar, que el proceso de interpretación del tratado acaba donde las palabras de la normativa de la OMC no son ambiguas (la interpretación *contra legem* está prohibida) la aplicación del Derecho internacional público puede eventualmente decidir un caso, pero rara vez influir en sus ventajas fundamentales que reconocen el derecho OMC⁹⁰⁸.

Ante la pregunta crucial que tiene por objeto determinar si la referencia “las partes” se considera a todas las partes del tratado o sólo a las partes de la diferencia, PAUWELYN declara que en primer lugar estas otras reglas extra-OMC deben comprometer a las partes en disputa, y luego ser invocadas por éstas como mecanismo de defensa. Si alguna de las partes no está ligada a las reglas referidas, éstas no pueden ser utilizadas⁹⁰⁹.

En segundo término, para que los Grupos Especiales apliquen normas extra-OMC en sus informes, esas reglas deben ser válidas y legales, pero más importante aún, su

⁹⁰⁵ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* (Apelación) párrafo 114

⁹⁰⁶ HU, J., *op. cit.*, p. 144

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 145.

⁹⁰⁸ PAUWELYN, J., “How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization law?” en *Journal of World Trade*; Vol. 37, Nro. 6, Año 2003, p. 997-998.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 1003.

conclusión no debe estar prohibida en el tratado de la OMC. Además, las otras reglas extra-OMC no deben afectar los derechos y obligaciones de terceras partes. Por lo tanto, un tratado que altere los derechos u obligaciones entre las partes únicamente, no puede concluir por coerción, fraude o corrupción basadas en error; sino será inválido⁹¹⁰.

En tercer lugar, para que una norma extra-OMC justifique de algún modo una medida inconsistente de la OMC, la ley extra-OMC debe prevalecer sobre la el derecho contradictorio de la OMC conforme al conflicto de reglas del Derecho internacional⁹¹¹.

PAUWELYN si bien considera que el derecho de los regímenes no puede ser interpretado de una manera aislada, porque el Derecho internacional es considerado un sistema integrado, se inclina por una aplicación del artículo 31 apartado 3C de acuerdo a los postulados de la visión restrictiva, para lo cual suministra una serie de argumentos: 1) si se interpreta conjuntamente el artículo 31 apartado 3C con los apartados (a) y (b) del mismo artículo se se observa que sólo los acuerdos y la práctica subsecuentes que reflejan la intención común de todas las partes del tratado pueden ser tenidas en cuenta en la interpretación, por lo tanto se excluiría de inmediato la posible aplicación de la visión amplia⁹¹² y 2) recuerda el principio “*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*” para sostener que todas las partes de cualquier tipo de tratado deben ser también partes de un tratado ajeno con el fin de ser utilizado en la interpretación de acuerdo al artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena⁹¹³.

En último término, vamos a analizar el asunto “*Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*” desde la perspectiva de la apelación al artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, toda vez que hemos ya visto que los órganos de solución de diferencias han apelado en algunas ocasiones a reglas del Derecho internacional extra-OMC y la pregunta central que surgió frente a la solicitud de las Comunidades Europeas que al parecer sugerían que los Acuerdos de la OMC en cuestión en la presente diferencia debían ser interpretados a la luz de otras normas de Derecho internacional, aun cuando esas normas no sean vinculantes para todas las partes en esta diferencia, haciendo referencia en el caso concreto, al Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad. Las Comunidades Europeas basaron su opinión en la decisión del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Camarones*, que como expresamos precedentemente, el Órgano de Apelación utilizó normas vinculantes e incluso declaraciones de Derecho internacional, para interpretar con sentido evolutivo el concepto recursos agotables.

El informe del Grupo Especial de la OMC en *Comunidades Europeas - Productos Biotecnológicos* sostuvo que el artículo 31 apartado 3C 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 esté 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, esa norma no es aplicable en las relaciones entre todos los Miembros de la OMC. En consecuencia, tomando como base la interpretación del Grupo Especial del artículo 31 apartado 3C, no se considera que, al interpretar los Acuerdos de la OMC pertinentes, se este obligado a tener en cuenta otras normas de

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 1004.

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 1005.

⁹¹² PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Order Rules of International Law*, Cambridge University Press, New York, Año 2003, p. 258.

⁹¹³ *Ibid.*, p. 257.

Derecho internacional que no son aplicables a una de las partes en esta diferencia. Pero, incluso independientemente de la propia interpretación del Grupo Especial, se considera que el artículo 31 apartado 3C no puede ser interpretado razonablemente como sugieren las Comunidades Europeas. De hecho, no está claro por qué un Estado soberano aceptaría una norma obligatoria de interpretación de tratados que podría tener como consecuencia que la interpretación de un tratado en el que ese Estado fuera parte se viera afectada por otras normas de Derecho internacional que ese Estado ha decidido no aceptar.⁹¹⁴

No podemos dejar de mencionar que al argumento presentado por las Comunidades Europeas haciendo referencia al asunto *Estados Unidos – Camarones*, el Grupo Especial respondió que el Órgano de Apelación no se refirió al artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena ni indicó de que se haya sentido obligado a tener en cuenta a un tratado ajeno. “El Órgano de Apelación se basó en otras normas de Derecho internacional porque consideró que eran informativas y le ayudaban a establecer el sentido y el alcance del término “recursos naturales agotables”⁹¹⁵. Esas normas no serían tomadas en consideración porque sean normas jurídicas, sino más bien porque podrían aportar pruebas del sentido corriente de los términos⁹¹⁶

Por su parte, MC GRADY considera que de todas las posibles interpretaciones que “pueden formularse con relación al artículo 31 apartado 3C, en el *Comunidades Europeas - Productos Biotecnológicos*, el Grupo Especial analizó la frase “las partes” optando por el enfoque “restrictivo”⁹¹⁷.

Por último, no queremos dejar de mencionar que tal como expresamos al principio, que existen autores que propugnan por la aplicación de derecho extra-OMC pero no al sólo efecto de la interpretación de las normas OMC, sino de un modo sustantivo. En ese cause encontramos a PICONNE y LIGUSTRO quienes desde una concepción constitucionalista se preguntan por la aplicación directa de las normas *ius cogens* dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC. La pregunta más frecuente se vincula a la competencia, a lo que PICONNE y LIGUSTRO remiten a que serían los propios órganos de la OMC los que debería determinar la competencia de su competencia, como sucede con la mayoría de las cortes o tribunales internacionales.⁹¹⁸

Por su parte, volviendo al pensamiento de PAUWELYN podemos reseñar que éste trata de ampliar los órganos resolutorios de la OMC a las normas internacionales distintas a los acuerdos abarcados y no sólo con un criterio interpretativo, como el que hemos analizado párrafos anteriores, sino con un criterio sustantivo, primario. (...) Considera que a su entender no existe impedimento para que los órganos resolutorios apliquen otras normas vinculantes para las partes cuando estas sean invocadas a título de defensa, la que en caso de prosperar, tendría como consecuencia la inaplicación de las correspondientes normas primarias de la OMC⁹¹⁹

La preocupación que está detrás de de las tesis de PAUWELYN es evitar visiones

⁹¹⁴ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, párrafo 7.71

⁹¹⁵ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, párrafo 7.94

⁹¹⁶ Asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, párrafo 7.91

⁹¹⁷ MC GRADY, B., *op. cit.*, p. 592.

⁹¹⁸ PICONNE, P. y LIGUSTRO, P., *Diritto de l'Organizzazione Mondiale del Commercio*, CEDAM, Padova, 2002, p. 629-630 y 646 citado en FERNANDEZ PONS, X, *op. cit.*, p. 151 y ss.

⁹¹⁹ PAUWELYN, J., *The application of Non-WTO rules of International Law in WTO Dispute Settlement* en MACRORY, P., APPLETON, A. y PLUMMER, M., *The World Trade Organization: Legal, economic and Political Analysis*, Springer, New York, 2005, p. 1424.

fragmentadas del Derecho internacional tratando de impedir que los Grupos especiales y el Órgano de Apelación puedan llegar a dictar soluciones parciales o incompletas a una diferencia que contradigan las soluciones que resultarían de una cognición plena del asunto a la luz de todas las normas internacionales relevantes, para el autor hay que tratar de evitar incoherencias entre la solución dictada por una jurisdicción especializada y de la deducible del ordenamiento jurídico internacional en su conjunto⁹²⁰. Esta preocupación es constante en la doctrina francesa desde donde se predica “que la reintegración, más bien la normalización, del derecho comercial en el orden legal internacional es particularmente esencial, dado que se trata de detener la fragmentación de éste último”⁹²¹.

Por último, con la intención de ir a fondo en una cuestión estrechamente vinculada a nuestro objeto de referencia: la biotecnología, no podemos dejar de mencionar que algunos autores⁹²² analizando en general la relación comercio – medio ambiente y en concreto la cuestión relacionada a la repercusión de las medidas restrictivas al comercio de productos biotecnológicos adoptadas en el marco del Protocolo de Cartagena con relación a las normas de la Organización Mundial del Comercio, expresan que de tratarse de Estados ratificantes de los dos acuerdos, se presume que una medida comercial multilateral no es un medio discriminatorio y arbitrario injustificable y no constituye una restricción encubierta al comercio internacional, por lo tanto, la prohibición de los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados, permitida por el Protocolo, no estaría en conflicto con las normas de la Organización Mundial del Comercio.

No obstante, es llamativo como las consideraciones vertidas para Estados miembros de ambos acuerdos son extendidas a Estados no miembros de ambos acuerdos, sobre todo, no ratificantes del Protocolo de Cartagena. El argumento estipulado por la misma doctrina extremadamente aperturista consiste en afirmar que de acuerdo a las consideraciones del artículo 24.1 del Protocolo que reglamenta el comercio internacional de organismos vivos modificados entre los Estados Parte y los Estados No-Parte; los movimientos transfronterizos deben realizarse de acuerdo con los objetivos del Protocolo, esto quiere decir que los principios sobre los cuales se basa el Protocolo deberán aplicarse también a estos movimientos, que deberán ser autorizados sólo si las consideraciones científicas, técnicas y socio-económicas lo aconsejan, siempre en el marco de la precaución comprendida en los términos del Protocolo y no de otro acuerdo internacional. En definitiva, la posibilidad para un Estado parte del Protocolo de Cartagena de prohibir el comercio internacional con otro Estado, sea éste parte o no del Protocolo, es legítima no sólo dentro del marco jurídico del Protocolo sino también en el mismo marco de la OMC por la justificación que el Protocolo de Cartagena es un elemento de Derecho internacional y sus disposiciones como tal, podrán ser utilizadas por los Grupos Especiales cuando una controversia se refiera al comercio de productos biotecnológicos.⁹²³

⁹²⁰ PAUWELYN, J., *Conflict of Norms...* op. cit., p. 459.

⁹²¹ MALJEAN-DUBOIS, S., *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et Protection de l'environnement*, Brussels, Centre d'etudes et de Recherche Internationales et Communautaires (CERIC), Bruylent, 2003 citado en PAUWELYN, J., “Recent Books on Trade and environment: GATT Phantoms still haunt the WTO” en *European Journal of International Law*, Vol 15, Nro. 3, Año 2004 p. 592.

⁹²² SINDICO, F., “La prohibición del Comercio...” op. cit., pp. 14 y ss., GASTON, G. y ABATE, R., “The Biosafety Protocol and the World Trade Organization: Can the Two Coexist?”, en *Pace International Law Review*, Vol. 12, Año 2000, pp. 142-150, HAGEN, P. y WEINER, J.B., op. cit., p. 707.

⁹²³ SINDICO, F., “La prohibición del Comercio...” op. cit., pp. 20 y ss.

2) Aplicación del Derecho internacional de modo particular

Luego de haber transitado por las diferentes escuelas que nos han mostrado una visión integracionista, universalista o constitucional del Derecho internacional, no adentraremos a descubrir cuáles son los modos o instrumentos que el pluralismo jurídico suministra para la resolución de aquellos conflictos de normas que suscitan las controversias transversales.

La gran diferencia que podemos encontrar entre los primeros y los que analizaremos a continuación estriba en la expectativa de solución. Mientras los universalistas o constitucionalistas consideran que la jerarquía del orden contiene la solución a los problemas, los pluralistas no siempre consideran la posibilidad de predicar reglas generales para la solución de las diferencias, en todo caso, estiman que en caso de existir una solución debe ser desentrañada caso por caso.

La primera escuela que oportunamente analizamos, representada por FISCHER-LESCANO y TEUBNER manifiesta contundentemente que cualquier aspiración a la unidad del Derecho internacional es sin duda una quimera. La razón es que la sociedad global es una “sociedad sin un vértice o un centro”. Después de la descentralización de la política, no existe una autoridad a la vista en condiciones de proceder a la coordinación de los fragmentos de la sociedad global y el derecho no cuenta con las posibilidades de cumplir adecuadamente ese rol. Tras el colapso de las jerarquías jurídicas, la única opción realista es desarrollar formas que se limitan a la creación de relaciones entre los fragmentos sueltos del derecho. Esto podría lograrse a través de un proceso selectivo de las redes que normativamente fortaleciera las redes ya existentes de hecho entre los regímenes jurídicos.⁹²⁴

La teoría de redes ha identificado la lógica paradójica de la acción en redes, el *unitas* múltiplex de configuraciones jerárquicas. Las redes combinan diferentes lógicas de acción; ellas median entre los sistemas de función autónoma, organizaciones formales, y, como en nuestro caso, entre los regímenes autónomos⁹²⁵

Los autores FISCHER-LESCANO y TEUBNER se formulan una de las preguntas típicamente planteadas en este contexto de fragmentación ¿cómo se deben reaccionar los regímenes ante la ausencia de una jerarquía normativa? la respuesta que brinda la corriente del Derecho Global implica “fortalecer la red de observación mutua” La decisión final ante el conflicto de regímenes se constituye por una secuencia de decisiones luego de una variedad de observaciones dentro de la red, es un proceso en el que los nudos de esta red se reconstruyen, influyen, limitan, controlan unos a otros. En este contexto existe sólo una solución posible: el desarrollo de normas de fondo a través de la creación de un Derecho de regímenes que regule los conflictos de los regímenes entre sí, el cual está fundado en la ausencia de instancias jerárquicas⁹²⁶.

El Derecho de regímenes tendría como objetivo principal compatibilizar los principios de cada una de las racionalidades que gobiernan a cada uno de los sectores sociales, en consecuencia, FISCHER-LESCANO y TEUBNER recuerdan que el Derecho transnacional en su forma de régimen funcional está sujeto a importantes presiones políticas, por lo que en definitiva, el Derecho de los regímenes trata de establecer algún

⁹²⁴ FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*, p. 1017

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 1018

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 1018 y ss.

tipo de compatibilidad entre ellos que oriente al derecho de conformidad con los intereses políticos de las organizaciones y los Estados⁹²⁷.

Una de las cuestiones que esta corriente debe resolver, es el lugar y prioridad en la aplicación que ostenta el *ius cogens* dentro del sistema de Derecho internacional general, a lo cual FISCHER-LESCANO y TEUBNER responden que más allá de la alternativa de la coordinación central o autarquía de los regímenes cerrados, la corriente propuesta por estos sostiene que la lógica de redes se caracteriza por la combinación de las dos demandas; por una parte las redes -por el carácter autónomo y descentralizado de los nudos- buscan la compatibilidad dentro de sus propias esferas y por otro lado, los nudos de las redes pueden observarse unos a otros de cerca.

Así, a pesar de su autonomía, los regímenes pueden basarse en la suposición de puntos de referencia común. Este horizonte no dispositivo no posee texto fundacional común, además de entender que el artículo 53 de Viena Convención no comprende claramente a los regímenes autónomos, sus disposiciones y sus consecuencias jurídicas, aunque estén sometidos al régimen jurídico internacional. No obstante es necesario crear un nuevo *ius non dispositivum* común, un “orden público transnacional de los regímenes”⁹²⁸ En contraste con el carácter vinculante de las sentencias dictadas por superiores tribunales; la lógica de las redes que unen a los regímenes autónomos se caracteriza por relaciones de mutua observación. La seguridad jurídica dentro de este sistema policéntrico no pueda ser aportada por un superior jerárquico⁹²⁹.

En consecuencia FISCHER-LESCANO y TEUBNER se preguntan ¿Qué impacto tiene sobre el Derecho la fragmentación del Derecho transnacional en regímenes autónomos? A lo cual responden, que la consecuencia inmediata es que las expectativas para hacer frente a la fragmentación jurídica debe ser contenida desde sus orígenes, los cuales se encuentran dentro de los propios contextos sociales y no del derecho mismo.

En lugar de garantizar la unidad de el Derecho internacional, los esfuerzos futuros deben limitarse a lograr una débil compatibilidad entre los fragmentos del derecho. En lugar de una integración ilusoria de la sociedad global, el derecho sólo puede, en el mejor de los casos, ofrecer una especie de limitación del daño producido por la fragmentación.

Los instrumentos jurídicos no pueden superar las contradicciones entre las diferentes racionalidades sociales. En palabras de LADEUR, las contradicciones “no se pueden evitar, sino que el ordenamiento jurídico debe, en efecto, asumir la tarea de mantener la compatibilidad y la comunicación entre los diferentes ámbitos legales”. Una opción realista para el derecho es amortiguar las tendencias auto-destructivas que se manifiestan en la colisión de las diferentes racionalidades. El derecho ya no actúa como una instancia superior de coordinación; en el contexto de la fragmentación social, el derecho se verá obligado a limitarse a su función clásica, de suministrar una compensación y limitar los daños a la naturaleza humana y al ambiente.⁹³⁰

Por otra parte, la segunda corriente del pluralismo jurídico que oportunamente analizamos, aquí representada por BERMAN sintetiza algunos instrumentos propuestos por el pluralismo jurídico con el fin de superar los problemas que pueda plantear el

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 1023 y ss.

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 1032 y ss.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 1039.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 1047.

conflicto de normas o de jurisdicciones existentes dentro del sistema jurídico híbrido. El trabajo de este autor es importante porque aun cuando estos instrumentos han sido descriptos y analizados en diversas oportunidades por sus propios creadores, BERMAN los compila y expone de manera conjunta.

El primero de ellos se denomina “*interacciones legales dialécticas*” y en él entiende que “las interacciones entre los diversos tribunales y las autoridades reguladoras están más propensas a adquirir una calidad dialéctica que no es ni la revisión jerárquica directa tradicionalmente reservadas a los tribunales de apelación, ni simplemente al diálogo que a menudo se produce bajo la doctrina de comité”. BERMAN citando a KRISCH señala, que “a pesar de la insistencia de los tribunales nacionales en su autoridad final, la relación del día a día con la CEDH últimamente ha sido muy cooperativo, y la fricción ha sido rara” La imagen que emerge es una en que los tribunales nacionales y la CEDH participan en una serie estrategias interpretativas informales por las que se formulan concesiones mutuas para mantener un equilibrio entre la homogeneidad y la disensión.⁹³¹

El segundo instrumentos que indica BERMAN se denomina “*margen de apreciación*” señalando que este es uno de los mecanismos interpretativos empleados por la CEDH con la idea de encontrar un equilibrio entre los tribunales nacionales y los legisladores, por un lado, y el mantenimiento de la “supervisión europea” y la “autonomía” de la CEDH para dictar el fallo final” Así, el margen de apreciación permite a las organizaciones políticas nacionales un cierto margen de maniobra para aplicar las decisiones CEDH en función de variaciones locales.⁹³² Como señalan HELFER y SLAUGHTER, “El margen de apreciación permite a la CEDH vincular sus decisiones al ritmo de los cambios de la legislación nacional, reconociendo la soberanía política de los Estados”⁹³³

El tercer instrumento que desarrolla BERMAN se denomina “*regímenes autonómicos limitados*” y está diseñado para contextos territoriales donde conviven grupos étnicos o religiosos diferentes y donde ninguno de los regímenes aplicables puede ignorar o eliminar al otro⁹³⁴. En esta línea STEINER ha delineado tres tipos distintos de régimen autonómico. El primero permite una autonomía territorial concentrado grupo de minoría étnica, religiosa o lingüística limitada dentro de Estado-Nación. La segunda posibilidad, por lo tanto, implica el poder compartido para asegurar una determinada forma de participación en la gobernanza o las oportunidades económicas y el tercer tipo puede invocar la idea de un derecho personal independientemente de su ubicación territorial.⁹³⁵

La cuarta herramienta señalada por BERMAN se refiere al “*régimen de subsidiariedad*” el cual incluye un concepto integral para la gestión de las relaciones entre los órganos de gobierno nacional y supranacional. En el caso europeo el Tratado de la Unión Europea establece que cualquier acto en el que existan competencias concurrentes entre la Unión Europea y los Estados miembros, éstos sólo deben ser adoptados por la Unión “si y sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y,

⁹³¹ BERMAN, P., *op. cit.*, pp. 1198 y 1199.

⁹³² *Ibid.*, p. 1201

⁹³³ HALFER, L. y SLAUGHTER, A-M., “Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication” en *Yale Law Journal*. Nro. 107, Año 1997, p. 317 citado en BERMAN, P. *op. Cit.*, p. 1202.

⁹³⁴ BERMAN, P., *op. cit.*, p. 1203.

⁹³⁵ STEINER, H., “Ideals and Counter-Ideals in the Struggle Over Autonomy Regimes for Minorities”, en *Notre Dame Law Review*, Nro 66, Año 1991, p. 1541-3 citado en BERMAN, P., *op. cit.* pp. 1203 y 1204.

por consiguiente, debido a la dimensión de los efectos de la acción propuesta, pueden lograrse mejor a nivel comunitario”. Curiosamente, la soberanía se sustituye por la subsidiariedad, que es un mecanismo más flexible para la gestión de la hibridez. En consecuencia, los procesos institucionales de subsidiariedad tienen por objetivo garantizar un diálogo entre múltiples comunidades jurídicas, lo que idealmente garantiza una mayor aceptación de cada uno.⁹³⁶

El quinto elemento analizado por BERMAN se centra en la “*multiplicidad de jurisdicciones*” fenómeno que frecuentemente es visto como un problema, ya que potencialmente crea obligaciones en conflicto e incertidumbre; no obstante, desde el pluralismo jurídico ésta es vista como una característica necesaria de adaptación de un sistema jurídico multi-variable y plural⁹³⁷. De hecho, la multiplicidad de jurisdicciones puede ser considerada como un mecanismo para la gestión de la hibridez, porque la existencia de reclamos judiciales superpuestos a menudo conduce a una negociación matizada, ya sea explícita o implícita entre las diversas comunidades.

La multiplicidad de instancias jurisdiccionales puede ser visto como necesario, pero lamentablemente muestra el desorden normativo, generando la preocupación acerca del “*forum shopping*” y la incertidumbre sobre las normas aplicables. A fin de minimizar estas dificultades, podríamos buscar la armonización internacional o reglas para limitar la superposición de instancias, pero, como se discutió previamente, este esfuerzo es poco probable que sea plenamente eficaz⁹³⁸. Por lo tanto, es previsible que la superposición jurisdiccional continúe siendo una realidad. Por otra parte, un marco pluralista nos permite ver las formas en que la multiplicidad de competencias puede a veces ser un elemento generador de un mundo jurídico híbrido, y no simplemente un problema que debe eliminarse.

El sexto instrumento que retoma BERMAN se concentra en las “*modalidades de participación híbridas*” propuesta por LLEWELLYN consistente en la participación de expertos en los tribunales encargados de conocer los litigios comerciales, toda vez que puedan aportar conocimientos relevantes o de fondo que deben ser llamados para resolver el caso.⁹³⁹

El séptimo elemento lo constituye el “*régimen de reconocimiento mutuo*” el cual nace a partir que la armonización es a menudo difícil en lo que respecta a las normas sustantivas aplicadas a los productos o servicios, por lo tanto una estrategia más pluralista para lograr algún nivel de regulación intersistémica implica el reconocimiento mutuo.⁹⁴⁰

En conclusión, BERMAN sostiene que la hibridación es un proceso desordenado, pero es la condición necesaria de un mundo desterritorializado, donde se superponen varias comunidades que tratan de aplicar sus normas. En este mundo, la armonización universal es poco probable que sea del todo factible, aún si es normativamente deseable. La hibridación es una realidad, y sugiere a los juristas del Derecho internacional la tarea de desarrollar, evaluar y mejorar los mecanismos, instituciones y prácticas para gestionar la hibridez. El desorden de la hibridez también significa que es imposible

⁹³⁶ BERMAN, P., *op. cit.* pp. 1207 y ss.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 1210.

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 1218.

⁹³⁹ WISEMAN, Z., “The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules” en *Harvard Law Review*, Vol. 100, Nro. 3, Año 1987, pp. 512-515 citado en BERMAN, P., *op. cit.*, p. 1219.

⁹⁴⁰ BERMAN, P., *op. cit.*, p. 1224.

ofrecer respuestas ex-ante a los conflictos que se presenten, por lo tanto, a función del jurista frente a la realidad del pluralismo jurídico global, es preservar esos espacios híbridos e inculcar ideales que permitan la coexistencia pacífica en un mundo diverso y polémico.

a- La Aplicación particular del Derecho internacional en la Organización Mundial del Comercio.

En el ámbito específico de la Organización Mundial del Comercio, algunos autores expresan sus argumentos relacionados al carácter de los conflictos a los que se enfrenta el sistema de solución de diferencias de la organización y la mecánica que debería abordarse para resolverlos, en este sentido NEUMANN expresa que hay contradicciones entre regímenes que no se reducen a un conflicto normativo, sino que se está ante un conflicto programático en el que colisionan los objetivos y la lógica o racionalidad de cada régimen⁹⁴¹.

Como analizamos anteriormente, FISCHER-LESCANO y TEUBER también subrayan que hay colisiones entre regímenes que no sólo tienen una vertiente normativa, sino que se les entremezclan con aspectos políticos, económicos o culturales que no se resuelven simplemente aplicando normas de conflicto⁹⁴².

Finalmente y en el mismo sentido de la argumentación, ZAPATERO MIGUEL observa que los mecanismos especializados para la solución de diferencias suelen ser un elemento disfuncional para la solución de antinomias entre normas internacionales pues diversos factores jurídicos, políticos y sociológicos dificultan o impiden una aplicación neutra de las normas de conflicto generales, para el autor los mecanismos especializados suelen operar como guardianes de sus respectivos regímenes supeditando la relevancia de otras normas a las propias previsiones del régimen⁹⁴³.

De este modo, podemos aproximarnos a afirmar que las corrientes del pluralismo jurídico son reacias a la aplicación de normas extra-OMC dentro del mecanismo de solución de diferencias de la organización.

Una de las propuestas más interesante dentro de esta corriente reticente a la aplicación de derecho extra-OMC es representada por TRACHTMAN, quien aun cuando en su pensamiento general no considera a la OMC como un espacio jurídico auto-contenido, sino todo lo contrario, lo describe inmerso dentro del sistema general de Derecho internacional y propugna por la constitucionalización de la Organización, su respuesta a los problemas que emergen de la fragmentación del derecho no tienden a la “interpretación sistémica” como técnica de armonización de los conflictos normativos, sino que recoge una posición constructivista del derecho manifestando que “las normas constitucionales no son ley natural, sino que son acuerdos políticos diseñados para maximizar el logro de preferencias de los ciudadanos (...) las constituciones, en este sentido, resuelven costos de transacción y costos estratégicos”⁹⁴⁴.

Las relaciones a las cuales TRACHTMAN se refiere son aquellas nacidas de los vínculos entre las constituciones estatales, los acuerdos de la OMC y del sistema

⁹⁴¹ PULKOWSKI, D., *op. cit.*, pp. 153-160.

⁹⁴² FISCHER-LESCANO y TEUBER, *op. cit.*, p. 1004.

⁹⁴³ ZAPATERO MIGUEL, P., *Derecho del comercio global*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003 pp. 415-425.

⁹⁴⁴ TRACHTMAN, J., “The Constiotutions of the WTO...” *op. cit.*, p. 631.

jurídico internacional, predicando de éstas, que pueden ser entendidas como una relación de subsidiariedad, entendiendo al concepto como una clase de “norma terciaria”⁹⁴⁵, que determina la asignación de autoridad entre diferentes constituciones. Asimismo, resalta que el concepto de norma terciaria trae consigo la relatividad del principio de soberanía exclusiva, la no sustentabilidad del monopolio estatal y la constitucionalización a multinivel.⁹⁴⁶

La teoría de la constitucionalización reconoce la posibilidad de momentos constitucionales. En este sentido BUCHANAN y TULLOCK⁹⁴⁷ definen un momento constitucional, como “un momento histórico en el que los Estados acuerdan cambios constitucionales a pesar de estar inseguros de las implicancias futuras posibles. Es la incertidumbre la que facilita el acuerdo. Los momentos constitucionales en general resultan de un cambio en las preocupaciones, o en la percepción de las preocupaciones de los constituyentes. Podrían esperarse cambios constitucionales cuando hay cambios en las preferencias del Estado, en los resultados tecnológicos o institucionales para lograr esas preferencias o cambios en las percepciones del estado de esas cosas.”

Las decisiones constitucionales, por otro lado, reflejan los principios, antes que el partidismo, y la deliberación razonable, en lugar de la defensa de los intereses especiales. De esta forma KLABBERS argumenta que “la simple idea de constitucionalismo presume que el mismo asiste a la raza humana en un espacio sin política, ni ideología, una esfera más allá de las políticas donde la gente ya no estaría en desacuerdo con los demás”⁹⁴⁸.

La preocupación particular de TRACHTMAN nace luego de observar como la OMC ha crecido como organización de un modo exponencial, sobre todo, por el mecanismo de solución de controversias del que fuera dotada luego de la Ronda Uruguay. Un nuevo mecanismo de resolución con un efecto obligatorio de adopción de las reglas y recomendaciones, el cual distingue a la OMC de muchas otras instituciones internacionales, además, el sistema legal de esta nueva organización no es estático, sino evolutivo.⁹⁴⁹

Es posible vislumbrar en la OMC la encarnación de una organización constitucional, en el sentido que pueden ser dirigidas hacia ella diferentes temáticas que en otros momentos se encontrarían dispersadas; de ahí que algunos autores hablan que “la relación entre los valores del comercio y otros valores sociales como la protección del medio ambiente, de los derechos del consumidor, el derecho de la competencia, la protección de los derechos humanos, entre otros, es un desafío crítico para la OMC, toda vez que la constitucionalización se refiere a la capacidad para integrar diversos valores.”⁹⁵⁰

En consecuencia, es aquí donde el principio de subsidiariedad responde que habrá algunas áreas funcionales que deberían ser dirigidas juntas dentro de una sola organización internacional, y otras que serían mejor dirigidas separadamente.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 267.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 627.

⁹⁴⁷ BUCHANAN, J.M. y TULLOCK, G. (1962), *El cálculo de Consentimiento, Los fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993

⁹⁴⁸ KLABBERS, J., “Constitutionalism Lite”, en *International Organization Law Review*, Nro 1, Año 2004, p. 54 citado en DUNOFF, J., *op cit.* p. 665.

⁹⁴⁹ HU, J., *op. cit.*, p. 143.

⁹⁵⁰ TRACHTMAN, J., “The Constitutions of the WTO...” *op. cit.*, p. 634.

Por su parte LAMY considera que a pesar de creer en la necesidad de un gobierno más global, no existe una verdadera razón para otorgar a la OMC con la autoridad exclusiva para operar la muy necesaria coherencia entre normas de diferentes órdenes legales. La falta de coherencia del sistema legal internacional es amplificadora por el relativo poder de la OMC y, en particular, por su mecanismo de solución de diferencias. Esto muestra la discrepancia entre los poderosos mecanismos de refuerzo y el tradicional sistema descentralizado de medidas de oposición aún utilizadas en varios órdenes legales. La solución no descansa en debilitar el sistema de diferencias de la OMC. Muchos aspectos de esta organización deben ser mejorados, pero aún así el sistema de solución de diferencias funciona bien. La solución a la potencial falta de balance a la que hace referencia LAMY, reside, según sus palabras, en fortalecer la efectividad de otros órdenes legales hasta re-balancear el relativo poder de la OMC en el orden legal internacional.⁹⁵¹

Otros autores como BRONCKERS estiman que la OMC, debido a sus características, tiene el potencial de convertirse en un pilar clave del gobierno global o mundial. En principio, podría adoptar nuevas obligaciones relacionadas con el ambiente, trabajo, inversiones, competencia, etc. Pero aún en su presente, la OMC no puede asumir responsablemente un mandato mayor. Para ello un número de cambios institucionales fundamentales deberán realizarse primero.⁹⁵²

Los acuerdos de la OMC contienen matices que muestran el comienzo de una capacidad legislativa estrecha, no dentro de la OMC, sino incorporados a la OMC por otras organizaciones internacionales. Uno de los ejemplos más importantes es la referencia en el derecho de la OMC a las normas internacionales producidas por el Codex Alimentarius y la Organización Internacional de Estándares (ISO). De igual modo la OMC coopera con otras organizaciones tales como el Fondo Monetario Internacional, El Grupo Banco Mundial, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, entre otras.

No obstante, esta cooperación es menos clara en materia de derechos humanos o de protección ambiental, la cual es pretendida mediante la acción judicial, forzando una integración de las normas, más allá de los límites de la organización, olvidando que el alcance de la legislación y jurisprudencia en la OMC, tanto jurídica como políticamente, se ve limitado por otros valores que son articulados en otros lugares (...) Para lograr una integración más matizada entre las normas de la OMC y las normas de Derechos Humanos -o de otros regímenes especiales- dentro de la solución de controversias de la OMC, se requieren de cambios constitucionales en las normas de la OMC.⁹⁵³

En la medida que la OMC se entienda como una “organización de miembros”, tenemos que mirar a las Partes Contratantes como los responsables de los continuos problemas. Sin embargo, la experiencia de las Partes Contratantes dificultan los problemas de acción colectiva bajo regímenes de aprobación unánime de nuevos tratados o para su modificación. Para solucionar esto, es deseable ampliar la constitución de la OMC y su responsabilidad.

La OMC compite en una dimensión vertical con el Estado y el orden jurídico internacional general; y compite a lo largo de una dimensión horizontal con otras organizaciones funcionales. El diseño constitucional de la OMC va responder a estos

⁹⁵¹ LAMY, P., *op. cit.*, p. 984.

⁹⁵² BRONCKERS, M., *op. cit.*, p. 41.

⁹⁵³ TRACHTMAN, J., “The Constitutions of the WTO...” *op. cit.*, p. 641.

momentos constitucionales: a los momentos en que se hace evidente a los Estados, que pueden beneficiarse ampliamente del cambio institucional, sin necesidad de una comprensión clara de las consecuencias distributivas del cambio.⁹⁵⁴

DUNOFF ha intentado demostrar que el constitucionalismo es visto casi de modo invariable, como un mecanismo para desactivar o resolver potenciales conflictos políticos desestabilizadores. Sin embargo, el constitucionalismo, tanto en el plano internacional como interno, no puede apropiarse o desplazar el debate político en asuntos controversiales⁹⁵⁵, de esta manera, se llama a los Estados a abrir la discusión en torno a la modificación de las normas de la OMC si se pretende dirigir hacia ella la resolución de tópicos que en la actualidad están excluidos de su competencia material. Esta posición es sostenida por parte de la doctrina cuando sostienen que “pueden haber conflictos entre las obligaciones y requerimientos emergentes de los acuerdos de la OMC y aquellas emergentes de los acuerdos y convenios internacionales diseñados para la protección del medio ambiente. En tales casos puede ser que los órganos de solución de controversias de la OMC apliquen las disposiciones de los acuerdos de la OMC, incluso si esta decisión pone en conflicto los derechos y obligaciones de estos acuerdos, ya que su mandato es el de aplicar y hacer cumplir los acuerdos de la OMC (...) La solución de este conflicto, en última instancia, debería ser resuelta por negociaciones internacionales y la creación de nuevas reglas internacionales sobre conflictos.”⁹⁵⁶

La economía constitucional supone únicamente que cada individuo tiene diferentes preferencias y entra en la sociedad para maximizar esas diferencias. DUNOFF sugiere que la legitimidad es una métrica mejor para evaluar la estructura constitucional; no es más que la satisfacción de las preferencias o en términos de la economía constitucional, la aceptación de una satisfacción reducida de preferencias en virtud de una estructura que se acordó a priori debido a la anticipación de la maximización de las preferencias. Este es el concepto de simetría estocástica de HARSANYIAN y RAWLS. Dicho de otro modo, la legitimidad no es más que la aceptación *a posteriori* de los resultados de un mecanismo que fue diseñado *a priori*, para maximizar las preferencias globales.

Una característica constitucional crítica es un mecanismo para la subsidiariedad dinámica que podría permitir cambios en la asignación de poder en el tiempo, o que podría permitir asignaciones contingentes que solo surjan bajo condiciones específicas. Podemos ver una capacidad legislativa modesta y matizada dentro de la OMC, y compartida entre la OMC y otras organizaciones funcionales.

La solución de estos autores no deja de ser interesante, toda vez que por un lado presentan un modelo de constitucionalización de las organizaciones con el fin de suministrar a éstas los elementos necesarios para resolver controversias transversales, de todos modos, no dejan de reconocer que este proceso constitucionalizador depende de la voluntad de los sujetos soberanos o que dispongan de la capacidad para comprometer la voluntad de las entidades que representan y en la medida que no se materialice este “momento constitucional”, la realidad fragmentada debe ser recocida como tal y gestionada dentro de los límites que los propios sujetos han fijado, lo que supone una aplicación parcializada del derecho dentro de cada uno de sus regímenes particulares.

Finalmente presentaremos el análisis de POLLACK y SHAFFER quienes de un modo interdisciplinario analizan los problemas emergentes de controversias transversales,

⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 645

⁹⁵⁵ DUNOFF, J., *op cit.*, p. 675.

⁹⁵⁶ MATSUSHITA, M., *op. cit.*, p. 199.

pero focalizados en el mismo objeto de nuestro trabajo: la biotecnología

Los autores consideran que particularmente en materia de biotecnología las negociaciones dentro de cada uno de los regímenes particulares que se encuentran involucrados (OCDE, OMC, CBD, CODEX ALIMENTARIUS) han sido infructuosas como resultado de las causas que mencionan en su estudio, el desacuerdo en la “*distribución de conflictos*” dada la rigidez de sus pretensiones y la existencia de un “*régimen complejo*” que permite el *forum shopping* entre los principales actores del sistema, sin que ninguno de ellos goce de jerarquía normativa, por lo tanto, proponen que el *soft law* emergente de algunos de estos regímenes (OCDE y CODEX ALIMENTARIUS) pueda en alguna medida endurecerse y el *hard law* de otros regímenes (OMC y CBD) pueda ablandarse con relación a los vínculos que puede mantener con otros regímenes. Esta operatoria debería materializarse en el seno de los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación de la OMC teniendo en cuenta el derecho emergente de regímenes paralelos, no invocándolo como derecho aplicable, cuestión que no sería posible por la no participación algunas Partes Contratantes en todos los regímenes intervinientes, pero si podría hacerlo a través de una *interpretación alternativa* de las normas de la OMC. La legitimidad de la OMC se encuentra bajo una mayor amenaza si toma decisiones en un entorno cerrado ajeno a las normas de carácter no comercial y sus perspectivas.⁹⁵⁷

El método propuesto por POLLACK y SHAFFER para la solución de las controversias es definido como “Comparative Institutional Analysis” y se plantea como una alternativa estructuralista frente a la predominancia de los enfoques formalistas o funcionalistas utilizados en el análisis de casos. Para estos autores es común que los juristas recurran al criterio “textualist-oriented approach” creando categorías legales, buscando el significado normativo de éstas, focalizándose en el proceso judicial y prestando la atención a “cómo” los jueces “deben” resolver las diferencias, sin atender a “como los jueces son influenciados por el procesos”, “quien decide en última instancia” y “cuáles son las consecuencias estructurales de las decisiones”. Los autores consideran que su perspectiva de análisis estructuralista “evalúa el potencial impacto de las decisiones sobre otros procesos decisorios (...) coloca su mirada en la efectiva ubicación del poder desde una institución hacia otra institución (...) descansa sobre la *governance*, sobre la elección de alternativas institucionales y no en los enfoques judicéncricos focalizados sólo en la interpretación judicial (...) éste método hace explícitos los límites de cada elección dado efectos institucionales de la decisión, toda vez que la aplicación del derecho no implica sólo la interpretación de los textos, sino la distribución de responsabilidades en los diferentes actores con los consecuentes efectos institucionales que esto implica”⁹⁵⁸

Estos autores analizaron en concreto el asuntos *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*” y describen cinco alternativas institucionales que debieron tener en cuenta los miembros del Grupo Especial⁹⁵⁹. La primera asigna el poder al proceso decisorio nacional o en el caso concreto a la Unión Europea, permitiéndole ignorar los efectos de las decisiones domésticas sobre terceras partes. La segunda invierte el punto de apoyo del poder, dando todo el peso al mercado, declarando llanamente la violación por parte de la Unión Europea de sus obligaciones multilaterales, sin atender el proceso de construcción política que opera al interior de la demandada. La tercera opción implica alojar el poder en el proceso político, refiriéndose a los estándares del CODEX

⁹⁵⁷ POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 175 y ss.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 200 y ss.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 205 y ss.

ALIMENTARIUS, de la IPPC, el Derecho internacional consuetudinario, la CDB y el Protocolo de Cartagena, que de hecho fueron invocados por la demandada. La cuarta opción es asignar el poder de la decisión sustancial al propio Grupo Especial y balancear los intereses de las partes de la disputa, para direccionar de alguna manera las medidas nacionales y su impacto sobre terceras partes a la luz de alternativas posibles aplicando el principio de proporcionalidad.

La quinta y última alternativa visualizada por los autores consiste en asignar el poder a los procesos políticos nacionales -en el caso concreto a la Unión Europea- pero respetando los límites internacionalmente asumidos. Esta opción parece constituir para POLLACK y SHAFFER la mejor opción, porque es lo menos intrusiva a los procesos políticos nacionales que las evaluaciones sustantivas que puedan hacerse desde los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación. De esta forma el aplicador del derecho puede anticiparse a las reacciones de los actores involucrados, puede conseguir aliados dentro de las propias estructuras nacionales que facilitarán la aplicación del informe final y legitimar el sistema en general, porque se buscarán las alternativas para facilitar el cumplimiento de la decisión del Grupo Especial o el Órgano de Apelación y se minimizarán las posibilidades que el perdedor decida incumplir la decisión, divulgando la estrategia de incumplimiento que en última instancia deslegitima a todo el sistema como foro o mecanismo de solución de diferencias.

Finalmente, POLLACK y SHAFFER estiman que la Organización Mundial del Comercio, especialmente los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, no son totalmente independientes de la política y de las acciones estratégicas, no son solamente intérpretes y aplicadores de la norma OMC sino que en algún sentido asumen un rol de mediadores, pueden presionar a que las Partes Contratantes tengan en cuenta otras visiones e intereses y también deben facilitar el cumplimiento por medio de recomendaciones, o mediante el fortalecimiento de actores de la escena doméstica; a fin de cuenta es un sistema de solución de diferencias cuyo fin último es la solución de la disputa⁹⁶⁰

El proceso judicial de la OMC no juzga simplemente la legalidad de las medidas nacionales, sino que también puede afectar los procesos nacionales a través de los cuales han sido adoptadas las medidas cuestionadas y la posición de algunos Estados en sus relaciones internacionales, por lo tanto, el aplicador del derecho debe tener en cuenta las diversas posibilidades de resolución del conflicto y su impacto institucional, toda vez que puede jugar un rol positivo en los procesos políticos paralelos.⁹⁶¹

Aún cuando el enfoque de POLLACK y SHAFFER es novedoso por su abordaje multidisciplinario, la preocupación por la legitimidad de la Organización Mundial del Comercio ha sido abordada por otros autores, quienes han manifestado su preocupación por los problemas que se asocian a la fragmentación del Derecho internacional en general y a la relación comercio-ambiente. En particular, algunos consideran que esta relación, dada la naturaleza emocional que conlleva, coloca a la OMC en una situación en la cual sus decisiones en la materia puedan ser “políticamente controvertidas, técnicamente complejas y doctrinalmente confusas”⁹⁶² además de provocar enormes consecuencias políticas. Las decisiones de la OMC en este tipo de materias

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 222.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 233.

⁹⁶² GROSKO, B., “GE and International Law: Conflict or Harmony? An analysis of the Biosafety Protocol, GATT and the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures” en *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 20, Año 2001, p. 327.

transversales puede poner en entredicho, en materia de biotecnología- no sólo el Protocolo de Cartagena, sino también la legalidad de todas las prohibiciones comerciales consagradas en los acuerdos medioambientales multilaterales, y podría tener un efecto desastroso sobre la legitimidad de la OMC, en este sentido, otros consideran que la Organización Mundial del Comercio podría contribuir políticamente a asegurar formas de gobierno transnacional más respetuosas de la diversidad y un modo de hacerlo consistiría en que el Órgano de Apelación considerara la autoridad de otros instrumentos internacionales, de esta manera alimentaría la “constitucionalización de la OMC”, posicionándola en una situación de supremacía “judicial” y daría fuerza e incentivo para que los gobiernos armonicen sus criterios y regulaciones.

En el caso de los acuerdos medioambientales y su relación con el comercio, las cuestiones que se plantean son complejas, por lo tanto, se considera que el Órgano de Apelación podría adoptar una posición más compasiva a las restricciones de comercio según cada acuerdo. Esta posición descansa principalmente sobre el valor instrumental de una política de coordinación transnacional y en vista de algunos beneficios capaces de conseguir, entre ellos, la propia legitimidad de la Organización⁹⁶³.

En relación a estos autores, aun cuando coincidimos en gran parte de su aproximación y sus argumentos, pues comprenden que la fragmentación de Derecho internacional es un fenómeno político complejo nacido de la rigidez de las preferencias estatales, y que la solución no puede descansar solamente en el derecho intra-régimen por la función de rescate institucional que le atribuyen a las decisiones de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, divergimos en torno a los canales de influencia inter-régimenes, mientras que para POLLACK y SHAFFER estos canales consisten en un endurecimiento del *soft law* y un ablandamiento del *hard law* a fin de encontrar puntos de equilibrios, para nosotros, el canal de influencia no puede ser normativo, porque una vez más podemos encontrarnos con el estricto límite del Derecho internacional: el consentimiento estatal.

Aún cuando sean utilizadas expresiones “bajas calorías” para inducir la aplicación de proposiciones *sui generis* como las emergentes del Codex Alimentarius, siempre quedará abierta la puerta al rechazo de las partes en la controversia por la falta de consentimiento a una determinada norma.

Consideramos que si la fragmentación del derecho es fruto de un conflicto político, la solución a este conflicto en concreto debe ser de naturaleza política, porque es aquí donde precisamente el Derecho internacional muestra su límite consensual, en consecuencia, estimamos que la posible solución a las controversias transversales transita por el camino del poder y no solamente del derecho. Es el *soft power* de los régimenes el que llevará al juez a “*tener en cuenta*” no necesariamente las normas extra-régimen, porque frente a ellas se puede oponer el argumento de la falta de consentimiento otorgado por alguna de las Partes Contratantes de la OMC, sino que la función del juez es rescatar el “*núcleo duro*” de los “*regímenes internacionales paralelos*”, consistente en los valores más fundamentales de cada uno de ellos y contemplarlo dentro del “*margen de apreciación*” en el contenido de sus resoluciones al caso concreto.

⁹⁶³ SCOTT, J., *op. cit.*, pp. 353-354.

CONSIDERACIONES FINALES

Recapitulación teórica

Ya casi estamos llegando al final de nuestro trabajo y aun cuando a lo largo de éste hemos anticipado en varias ocasiones nuestra posición en relación a los temas que abordamos, a continuación nos disponemos a presentar de forma condensada nuestro pensamiento relativo al modo que consideramos pertinente y útil para la resolución de las controversias transversales a diferentes regímenes internacionales, principalmente en materia de biotecnología.

Nuestro orden lógico ha sido mostrar en primer término las diferentes concepciones que se mantienen en torno a la definición del Derecho internacional; desde el *universalismo o constitucionalismo*, fundado siempre en su idea de jerarquía, orden sistémico y unidad estructural, y desde el *pluralismo jurídico*, con su descripción del Derecho internacional como un conjunto de normas que en la mayoría de los casos no responden a una misma lógica, sino que todo lo contrario, cristalizan diferentes racionalidades que en muchos casos son contradictorias. Estos enfoques pueden ser caracterizados como “*funcionalistas*” o “*realistas*”.

A continuación analizamos las posibles causas de la fragmentación del Derecho internacional, presentando en primer lugar los argumentos propuestos por la mayoría de la doctrina que describen al fenómeno como una consecuencia de la propia evolución tecnológica, del aumento de la interdependencia y como resultado de esta, el aumento de materias a regular a escala internacional. Esta posición describe las causas de la fragmentación como una cuestión funcional, casual, espontánea, propia de la complejidad contemporánea; sin embargo, frente a esta posición notamos que desde la ciencia del Derecho se indaga superficialmente sobre el origen o la causa última de la fragmentación del Derecho internacional; de hecho, los juristas se enfrentan al problema como un fenómeno dado, objetivo, externo, al cual, sin preguntar por su origen, abordan con la intención de dar respuestas a los problemas que de él surgen.

Por nuestra parte, estamos convencidos en primer lugar que las causas presentadas anteriormente son verdaderas, pero insuficientes para explicar la fragmentación del Derecho internacional en general y mucho menos para explicar la fragmentación en un campo como la biotecnología. Asimismo, estamos seguros que comprender que el origen del fenómeno no es una cuestión menor, sino todo lo contrario, entendemos que comprender la causa del fenómeno puede suministrar un herramienta fundamental para solucionar los problemas de fondo. Tratar de solucionar las consecuencias sin atender al origen, es semejante a remediar los síntomas sin atender la etiología del problema.

A partir de este supuesto y aun cuando los hechos anteriormente descriptos constatan la existencia irrefutable de una contexto de interdependencia como parte de la realidad contemporánea, decidimos adentrarnos en construcciones teóricas emergentes desde la ciencia de las Relaciones Internacionales, toda vez que consideramos que ella suministra instrumentos de análisis más adecuados para comprender el origen de los regímenes internacionales.

De este modo, luego de haber presentado y analizado las más variadas escuelas que abordaron a lo largo de la historia el concepto de régimen internacional, entendemos que el surgimiento de los regímenes internacionales, especialmente en el campo de la biotecnología, puede ser explicado a través de los postulados teóricos del

“*institucionalismo neoliberal*” a los cuales podemos adicionarle algunos elementos del “*constructivismo*”, toda vez que a nuestro entender en los campos analizados es posible identificar en concreto los elementos que conforman los esquemas teóricos señalados:

El contexto de “*interdependencia compleja*” al que asistimos podemos tomarlo como un hecho notorio que no necesita mayor explicación, ni prueba, sobre todo a partir de la superación de las dicotomías ideológicas que caracterizaron gran parte del siglo pasado, pero sobre todo, por el aumento sostenido de los flujos transfronterizos. Además, en el campo que tratamos: la biotecnología, tal como ya expusimos, la complejidad es evidente pues en el seno de esta materia concreta se relacionan cuestiones tan diversas como la propiedad de los recursos genéticos; el vínculo entre la ciencia y la política, la economía y el derecho; la propiedad intelectual, la seguridad de los alimentos; los derechos humanos; la protección del medio ambiente y el comercio internacional.

Tal como expresamos en líneas anteriores, la complejidad sistémica es real y caracteriza nuestro tiempo; pero tal complejidad no es la determinante de la fragmentación del Derecho internacional ni del contenido de los regímenes. La interdependencia opera como un disparador o catalizador de la necesidad, pero no opera como un determinante de las soluciones que se materializan. Es aquí donde encontramos el límite a las explicaciones provenientes desde el Derecho, cuando confunden el contexto con el resultado. Aun en un contexto de interdependencia compleja, la realidad del Derecho internacional podría ser otra y sus resultados podrían reflejar mayores niveles de cooperación, cohesión y coherencia, sin embargo los tiempos de la política internacional parecen ser más lentos al punto que confundimos el escenario con los resultados de las acciones de los actores del sistema.

Prosiguiendo con el análisis, comprendimos que en este marco fenomenal, progresivamente es más evidente la existencia de “*gobierno multinivel*” que nos estimula a recurrir a la teoría de la “*governance*” para explicar el juego de presión y decisión dentro de las estructuras organizativas. En este sentido y aún cuando esta teoría fue pensada para explicar el funcionamiento de organizaciones complejas y *sui generis* como la Unión Europea, es útil para comprender la lógica de las relaciones que operan al momento de determinar una posición en el escenario internacional. Con algunos matices, más o menos importantes, es posible comprender que en el seno de las estructuras estatales o regionales se entremezclan múltiples actores, entre los que podemos encontrar aquellos que pertenecen al sector privado (industriales, productores agrícolas), al sector público (burocracias en sus varios niveles: supranacional, federal, autonómico o provincial y local) y al tercero sector (ambientalistas, consumidores, militantes de derechos humanos). A partir de la negociación, puja o imposición de sus preferencias particulares, los sujetos de Derecho internacional podrán consensuar una posición interna común a todos los participantes o mantendrán posiciones diversas, en algunos casos, antagónicas, dando lugar a los juegos de doble nivel caracterizados y explicados por PUTMAN⁹⁶⁴ donde el Estado debe conjugar elementos domésticos en la definición de su política exterior, la cual asimismo, condiciona su política interna.

A este punto del análisis estamos en condiciones de retomar el postulado de KEOHANE cuando enuncia que la ausencia de un criterio jerarquizante, como fue la seguridad nacional, facilita que emerjan intereses sectoriales no siempre vinculados indefectiblemente al “*interés nacional vital o tradicional*”. En consecuencia, los Estados o entidades regionales encargados de negociar a escala internacional, representan intereses propios nacidos de la interacción de sus actores internos y que llevarán al

⁹⁶⁴ PUTMAN, R., *op. cit.*

escenario internacional promoviéndolos como discursos legítimos y totalizantes susceptibles de ser acogidos como contenido sustancial de futuros acuerdos internacionales.

En el campo de la Biotecnología la interacción de los grupos de interés en el seno de las unidades estatales o en el caso europeo, en el seno de la Unión Europea, es evidente. Fácilmente podemos reconocer a los grupos ambientalistas, a los consumidores, a los agricultores, a las multinacionales, a los gobiernos regiones, los gobiernos locales, los activistas de derechos humanos; todos empujan para que sus intereses sean acogidos de una manera más amplia.

Si bien podríamos afirmar que entre los diversos actores que intervienen en la escena existe un “*interés compartido*” en resolver, desde lo procedimental, el modo o el estilo, y desde lo sustancial, el contenido de las normas que regularán una determinada área material en cuestión, también es verdadera la afirmación que cada una de las preferencias domésticas perseguidas y posicionadas por los grupos de presión han sido dotadas de un peso argumentativo de tales características que logran ser presentadas como “*ideas fuerza*” y que impiden resolver la diferencia acordando en concreto, aún cuando pueda existir interés cooperar globalmente.

Debemos rescatar que aun cuando en el campo de la biotecnología exista una gran percepción de falta de cooperación, porque como hemos visto en la primera parte de nuestro trabajo, la regulación de la biotecnología se encuentra totalmente fragmentada y gobernada por regímenes que responden a racionalidades contradictorias, no podemos negar que entre los principales actores mundiales existe la “*confianza*” descrita por la teoría como un factor determinante para el nacimiento de los regímenes, toda vez que más allá de las diferencias que hemos analizado en materia de biotecnología, la mayoría de los Estados líderes son socios comerciales, cuentan con historias nacionales comunes, son aliados militares y en cierta medida han creado conjuntamente la estructura sistémica global imperante, en consecuencia, podemos atribuir que la falta de resolución o retardo en el acuerdo sobre materia de biotecnología, responde a la presión política interna de los grupos de presión que fuerzan la construcción y sostenimiento de posiciones rígidas a nivel internacional.

En consecuencia, dada esta imposibilidad de acordar el contenido sustancial o procesal en materia de biotecnología dentro de un mismo régimen, es posible que los actores internacionales ejerzan su “*liderazgo*” en la fragmentación y consecuente conformación de regímenes paralelos en los cuales puedan ser recogidas sus pretensiones particulares, ampliando de esta manera los espacios de negociación y consecuentemente la concreción de acuerdos internacionales, aunque en un determinado momento, algunas cuestiones puedan estar reguladas de forma superpuesta y aún contradictoria en diferentes regímenes internacionales, dando lugar a las llamadas controversias transversales a diferentes regímenes internacionales.

De esta forma, estimamos haber podido explicar de modo contundente la causa de la fragmentación del Derecho internacional, no como un fenómeno *casual*, sino todo lo contrario, como un fenómeno *causal*, producto de la existencia de pretensiones irreconciliables emergidas desde el seno de las comunidades domésticas de los principales actores internacionales que han logrado posicionar un discurso y politizarlo extremadamente, dando lugar a regímenes que acogen con mayor cabida los intereses de los grupos representados.

De todas formas, esta explicación constituye sólo el origen de nuestro análisis. Hemos conocido las causas de la fragmentación, pero también sabemos que por la propia dinámica de los regímenes -cristalización de discursos fundados en el interés común y la confianza mutua-, éstos buscan la universalización de sus ideas, conceptos e intereses. Fue aquí donde RUIZ FABRI y GRADONI exteriorizaron en palabras el pensamiento que circundaba nuestra intuición. En este sentido los autores expresaron que observaban a la mundialización como un proceso de circulación y difusión de conceptos jurídicos uniforme por los distintos espacios normativos, toda vez que estos espacios se influyen mutuamente a través de su funcionamiento (...) expresaron que puede observarse el entrecruzamiento de valores normativos, técnicas, modelos interpretativos y conceptos jurídicos y es posible asociar la idea de mundialización de los conceptos jurídicos no solamente al fenómeno de transferencia desde el Derecho internacional hacia los sistemas nacionales (*circulación vertical*), sino también, entre los diferentes espacios normativos dentro del Derecho internacional (*circulación horizontal*)⁹⁶⁵.

De esta forma, comprendimos que el fin último de la fragmentación del derecho no era solamente la concretización de un sistema especial de normas con relación a una determinada materia, sino que el objetivo de los *líderes globales* es continuar llevando adelante este núcleo de *ideas fuerza* que nacieron de las pretensiones domésticas, estimular la construcción de instituciones que las recojan y propulsen, sumar el apoyo del mayor grupo de sujetos de Derecho internacional y actores internacionales, catalizar la construcción de principios jurídicos especiales y por medio de la repetición de conductas y la consolidación de los denominados discursos hegemónicos, influenciar sobre el núcleo de los regímenes paralelos y lograr que estos “tengan en cuenta” su contenido sustancial en la resolución de controversias transversales.

Así las cosas, el *líder* del régimen particular conseguiría la circulación de las ideas, conceptos jurídicos e intereses desde el régimen que auspicia, hacia otros regímenes en los cuales también puede participar y tiene interés, pero en los cuales no ha tenido la capacidad de negociar la recepción absoluta de sus pretensiones o en el caso que hayan sido receptadas, no lo han sido del modo o en la extensión de su interés. De esta forma se conseguiría concretar un cambio de régimen, cambio que como describe KEOHANE, al provenir de la influencia de una organización internacional, se transforma en el cambio más efectivo que puede darse.

Habiendo comprendido desde una posición *externa* los motivos del origen de los regímenes internacionales y su posterior influencia dentro del sistema internacional, es necesario retomar la posición *interna* desde la cual planteamos la pregunta de este trabajo: ¿Cómo resolver las controversias transversales a diferentes regímenes internacionales, principalmente en materia de biotecnología.

Al efecto de responder esta cuestión disgregaremos el contexto de la toma de decisión en una serie de preguntas:

- 1- ¿Quién debe resolver esta controversia transversal?
- 2- ¿Cuáles son las instancias del proceso de toma de decisión por los cuales atraviesa quien resuelve la controversia transversal?
- 3- ¿Cuáles son los instrumentos de los cuales dispone quien resuelve la controversia transversal?

¿Quién debe resolver esta controversia transversal?

⁹⁶⁵ RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L., (Directores), *op. cit.*, p. 13.

En relación a la primera de las preguntas: “*quien resuelve*” estamos convencidos que de las dos opciones que pueden plantearse, sea el “juez nacional” o el “juez internacional” debemos inclinarnos por la segunda opción. Es el juez internacional quien se encuentra en la mejor posición para resolver de un modo integral.

Si hemos comprendido que la principal causa de la existencia de las controversias transversales a diferentes regímenes internacionales, principalmente en materia de biotecnología, es la divergencia en la racionalidad que materializa cada uno de los regímenes involucrados, ya sea porque persiguen una racionalidad científica o una racionalidad social -inclinada a la precaución-, debemos comprender que el juez nacional, aun cuando pueda presentarse como un actor sobre el cual la doctrina internacionalista actualmente está dirigiendo su atención por el potencial impulso que puede dar por medio de sus resoluciones a la aplicación del Derecho internacional desde su espacio de acción doméstico, sin menospreciar su capacidad pretoriana, consideramos que siendo éste una parte integrante del Estado nacional, sus decisiones representan un elemento más para el fortalecimiento de la posición exterior del Estado al cual representa.

A nuestra consideración, aún cuando el juez nacional es igualmente influenciado por las *ideas fuerzas* de los diferentes regímenes internacionales, generalmente no se verá expuesto a discernir entre las dos racionalidades presentadas, sino que probablemente se incline en sus decisiones por fortalecer la posición de la entidad a la cual pertenece y que auspicia a nivel internacional. De este modo, podemos encontrar ejemplos en la Unión Europea como son las sentencias de 23 de noviembre de 1999 en el asunto *Portugal c. Consejo* (C-149/96), de 14 de diciembre de 2001 en los asuntos *Dior* (C-300/98) y *Assco* (C-392/98), de 11 de septiembre de 2002 en los asuntos *Pfizer Animal Health SA* (T-13/99) y *Alpharma Inc* (T-70/99).

Quien a nuestro entender se encuentra en mejores condiciones de resolver la cuestión de modo integral, porque precisamente debe sintetizar las diversas racionalidades que se enfrentan en el escenario internacional es el juez internacional. En este punto final consideramos que el peso de la resolución pacífica de la controversia estará en cabeza del “juez internacional” que deba conocer de la cuestión y que en su doble rol de “actor” del sistema internacional y “funcionario” internacional perteneciente a un determinado régimen jurídico particular, no está exento ni de la influencia de los regímenes internacionales, ni del mandato legal del cual nació su poder jurisdiccional, pero estamos convencidos que sobre estas dos influencias, debe responder a un principio universal que se materializa en su obligación más fundamental consistente en la resolución pacífica de la controversia transversal.

Estimamos que esta responsabilidad es la más importante y que la función pacificadora también se sostiene en dos extremidades; la primera la constituye el apego a la legalidad formal, pero sin olvidar que mantiene un segundo sostén en la legitimidad sustancial que trasciende al concepto weberiano de “legitimidad con origen en la legalidad” sino que encuentra su justificación en el respeto de aquellos estándares mínimos que conforman el “núcleo duro” de los regímenes paralelos, como puede ser el respeto de los derechos humanos más fundamentales o la protección del medio ambiente; en consecuencia, estimamos que aun cuando desde el formalismo jurídico las vías normativas para la inclusión o para la aplicación sustancial de derecho extra-régimen sean escasas o inexistentes, el juez internacional tiene la responsabilidad de atender, ponderar y acoger, dentro del margen de apreciación del cual dispone, el

“*núcleo duro*” de los regímenes paralelos y buscar una solución integral que surja de la aplicación del derecho del régimen al cual pertenece pero dentro de los límites que impone el respeto de los mínimos estándares de los regímenes internacionales involucrados por la naturaleza de las controversias vinculadas a la biotecnología.

¿Cuáles son las instancias del proceso de toma de decisión por los cuales atraviesa quien resuelve la controversia transversal?

La segunda pregunta que formulamos consiste en determinar cuales son las instancias del proceso de toma de decisión por los cuales atraviesa quien resuelve la controversia transversal. La respuesta a nuestro entender la constituyen dos momentos: *fase de discernimiento* y *fase de motivación*.

“La fase de discernimiento”

El primer momento es una etapa que podríamos denominar “*fase de discernimiento*” en la cual el juez internacional revisa los fundamentos y alcance de su jurisdicción, los límites del derecho aplicable, medita en torno a los argumentos y la prueba suministrada por las partes de la controversia y formula para si mismo un juicio hipotético sobre la resolución que desde su legal saber y entender y desde las máximas de la experiencia común y la lógica conquisten su íntima convicción.

Esta es una fase de contenido jurídico y meta-jurídico en la cual el juez internacional recibe la influencia del contenido propio del régimen al cual pertenece -en su rol de funcionario internacional-, como del contenido emergente de los regímenes paralelos -en su rol de actor internacional-

En esta fase consideramos que el juez debe adoptar adoptar una nueva determinación epistemológica y dejar de mirar a la ciencia jurídica de forma aislada y tal como habíamos experimentado al principio, debe recurrir a los instrumentos de la ciencia de las relaciones internacionales para comprender la causa del surgimiento de los regímenes internacionales con las características actuales de fragmentación y regresar al concepto de régimen internacional para indagar en su interior y ver las posibilidades que se le brindan.

La definición comúnmente aceptada por la disciplina, tal como oportunamente lo expusimos, fue ofrecida por KRASNER en 1983 cuando definió el régimen internacional como “los principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión, implícitos o explícitos, alrededor de los que convergen las expectativas de los actores en un área determinada de las relaciones internacionales”⁹⁶⁶. A partir de este momento, en el campo de las relaciones internacionales se entenderá a los “principios” como las creencias fundamentales; a las “normas” como los estándares de comportamiento definidos en términos de derechos y obligaciones; las “reglas” como las prescripciones o proscipciones de actuación y, por último, los procedimientos de toma de decisión” se definirán como las prácticas prevalecientes para llevar a cabo y aplicar las decisiones colectivas.

Si bien esta definición ha sido criticada, ampliada, reducida, actualmente continúa siendo la base de todos los análisis y en nuestro caso nos aporta un elemento fundamental. En primer lugar, recordar que el régimen internacional no sólo se conforma de normas, por lo tanto, podemos dirigir nuestra mirada al resto de los elementos de la definición, es decir, los principios y como tal, valores, ideas, intereses;

⁹⁶⁶ KRASNER, S., *Structural Causes and Regime Consequences...* op. cit., p. 2.

las reglas, que podrían estar materializadas por los códigos de conducta y acuerdos no convencionales y los procedimientos, y en segundo término nos dispone a analizar la función del régimen dentro de la comunidad internacional.

De esta manera, descubrimos que el régimen tiene una meta consistente en la expansión de su núcleo de ideas, que por medio de cada uno de sus elementos cumple una tarea de universalización en diferentes frentes y asimismo, desarrolla cumple un rol como marco de socialización, porque aun cuando no todos los miembros de una comunidad hayan dado su consentimiento a la aplicación dentro de sus jurisdicciones de las normas legales del régimen, éste a través de sus demás elementos constriñe las conductas de todos los miembros de la comunidad, sugiriendo y en muchos casos logrando una adecuación de la conducta de todos, al menos, a los estándares mínimos permitidos por el régimen al efecto de no considerar al miembro incumplidor como un actor antisistémico.

El régimen cumple una función de legitimador de los actores en el seno de la comunidad internacional, logrando que los pequeños actores se adecuen por la propia presión que ejercen los demás y sobre todo los líderes del régimen, y los grandes actores adecuan sus conductas con el fin de mantener su rol de líder, toda vez que el liderazgo también trae aparejado el costo de mantener el régimen si se pretende perpetuar el liderazgo, toda vez que el régimen una vez nacido adquiere cierta autonomía e independencia dentro del sistema internacional con relación a sus fundadores, ya que condicionan las conductas de los fundadores aun después que hubieran desaparecido las razones o intereses que lo llevaron a impulsar la fundación del régimen. De esta forma, como sostienen NYE “cuando un Estado representa los valores que otros quieren imitar, entonces cuesta menos ser líder (...) y será menos probable que tenga que cambiar”⁹⁶⁷

Desde esta perspectiva observamos que el régimen es una potente fuerza de influencia y cambio que ejerce presión sobre sus miembros, sobre sus no-miembros y sobre otros regímenes paralelos. Esta presión también opera sobre el juez internacional por medio de lo que NYE llamó “*soft power*” definiéndolo como la capacidad de marcar preferencias por medio de resortes intangibles como la cultura, una ideología y una institución atractiva (...) el *soft power* no es solamente la influencia, aunque es una forma de influencia, es también persuasión o la capacidad de transformar a los otros mediante argumentos, es la capacidad de atraer y actuar y la atracción a menudo lleva a la conformidad y a la imitación. El *soft power* procede en gran medida de los valores⁹⁶⁸. De este modo el juez internacional durante esta fase forma intelectualmente su respuesta al caso concreto a partir de los elementos normativos vinculantes y no vinculantes, como también a partir de elementos no normativos pertenecientes a todos los regímenes internacionales involucrados.

“La fase de motivación”

La segunda etapa la podemos denominar “*fase de motivación*” y está constituida por la obligación de transformar el contenido de la “*fase de discernimiento*” en argumentos de carácter jurídico que puedan motivar legal y lógicamente la decisión adoptada para resolver de la controversia transversal. En esta etapa el juez debe recurrir a los instrumentos o herramientas que suministra el Derecho como ciencia para poder dar una respuesta de contenido jurídico al problema vinculado a la biotecnología planteado, que si bien emerge de por causas meta-jurídicas, como es la divergencia en la racionalidad rectora de las normas internacionales que se involucran en este tipo de controversias, ha

⁹⁶⁷ NYE, J. Jr., *La paradoja del poder... op. cit.*, pp. 30 y 32.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 30-31

sido presentado en términos legales.

¿Cuáles son los instrumentos de los cuales dispone quien resuelve la controversia transversal?

En esta etapa es cuando debemos preguntarnos cuales son los instrumentos a los cuales puede el juez internacional echar mano para resolver la controversia transversal, recordando que ésta es la tercera y última pregunta.

A nuestro entender este último marco dispone de dos alternativas de acción dependiendo de la posibilidad concreta de recurrir al aspecto normativo que constituye el derecho positivo emergente de los regímenes internacionales paralelos a aquel al cual pertenece el juez que tiene ante si la resolución de la diferencia.

“Interpretación sistémica”

En el primero de los casos que analizaremos, desde el universalismo jurídico nos presentan la “*interpretación sistémica*” emergente del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como la herramienta más adecuada para la solución de controversias transversales, instrumento que si bien no resulta en la aplicación sustantiva del derecho extra-régimen en los mecanismos de solución de diferencias de un régimen, permite su “ingreso” por medio de las técnicas de interpretación que obliga a “tener en cuenta” toda regla de Derecho internacional que sea aplicable entre “las partes”.

No obstante, si analizamos las diferentes corrientes doctrinales que interpretan y explican el significado de la referencia “las partes” encontramos que éstas no son pacíficas. Por nuestra parte adoptamos los argumentos de la posición “restrictiva” que considera que para que una regla de Derecho internacional sea tenida en cuenta para interpretar el sentido de la norma destinada a la resolución de la controversia en concreto, es necesario que todas las partes del acuerdo a interpretar sean parte del acuerdo que se utiliza como instrumento de ayuda para la interpretación. Adoptamos esta posición por coincidir con las razones expuestas oportunamente y que por razones de economía, remitimos a la sección oportuna para su repaso.

El instrumento de la *interpretación sistémica* no es aceptado por toda la doctrina, de hecho también hemos presentamos aquellas corrientes más cerradas a la influencia del Derecho internacional general como a la influencia de los regímenes internacionales especiales, descubriendo que para estas corrientes no es posible expresar una solución teórica en abstracto de cómo resolver las controversias transversales, sino que se limitan a indicar una serie de instrumentos jurídicos a disposición del aplicador del derecho o a sugerir la formulación de un derecho de regímenes internacionales que se disponga a resolver un conflicto que de acuerdo a la normativa existente es imposible conducir.

Según nuestra consideración las soluciones dispuestas por la teoría jurídica con relación a la *interpretación sistémica* siempre llegan a un límite que esta dado por la necesidad del consentimiento de los sujetos de Derecho internacional, por lo tanto, aun cuando el Derecho internacional general contenga una norma de las características del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, que nos permite “tener en cuenta” toda regla de Derecho internacional aplicable entre las partes; en el caso que “todas las partes” de un tratado no lo sean de la norma a la que apelamos como instrumento de ayuda a nuestra interpretación, estaríamos impedidos de recurrir a ésta norma extra-régimen.

Esta realidad de impotencia aumenta su frecuencia en la medida que nos referimos a tratados multilaterales, donde la probabilidad que “todas las partes” coincidan es cada vez menor, cuanto mayor sea la cantidad de sujetos de Derecho internacional ratificantes. Por lo tanto, estamos en condiciones de afirmar que en la medida que se den las condiciones impuestas por el artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, desde su visión restrictiva, existe una posibilidad de solución de la controversia transversal, pero si volvemos sólo por un instante al análisis de las causas de la fragmentación, descubriremos que lo más probable es que no exista esta coincidencia, porque precisamente la fragmentación se debe a la disparidad de pretensiones estatales o en el caso de coincidencia en el fin, a la divergencia no negociable y rígida en cuanto al medio o modo para llegar a ese fin. El temor de los juristas a la fragmentación del derecho no puede nacer de la multiplicidad de sistemas normativos especiales o de la pluralidad de jurisdicciones, sino de la divergencia en la racionalidad que estas acogen.

“Interpretación evolutiva”

El segundo de los instrumentos que consideramos apropiados para la resolución integral de la controversia transversal en materia de biotecnología consiste en la “*interpretación evolutiva*”. Este instrumento apela al contenido de los regímenes internacionales involucrados para informar sobre el significado actual de los términos del acuerdo aplicable directamente al caso, el que generalmente pertenecerá al régimen internacional del cual el juez internacional interviniente es funcionario. La interpretación evolutiva aborda la cuestión de la “inter-temporalidad” de las normas.

La interpretación evolutiva no es un instrumento aceptado sin reparos dentro de la doctrina y principalmente, por la jurisprudencia internacional. Es fácil encontrar en los libros de texto la referencia a la opinión del árbitro Huber en el asunto “Islas Las Palmas” cuando manifestó que “un hecho jurídico debe examinarse a la luz de la legislación que le es contemporánea, y no de la legislación vigente al momento en que surgió la controversia (...) el mismo principio que somete el acto creador de un derecho a la legislación vigente en el momento en que surge el derecho exige la existencia de otro derecho, es decir, sus manifestaciones continuadas, sigan las condiciones requeridas por la evolución de la legislación⁹⁶⁹”.

No tan lejos en el tiempo, en el asunto Laguna del Desierto sometido a arbitraje internacional por la Argentina y Chile en 1991, el tribunal arbitral *ad hoc* resolvió aplicar el mismo criterio de interpretación de los términos de acuerdo a las circunstancias operativas al momento de su redacción, El tribunal trajo a colación expresiones del tribunal arbitral que en 1978 delimitó la plataforma continental entre Francia y el Reino Unido cuando aquel manifestó que “la interpretación es un proceso puramente auxiliar que puede servir para explicar, pero no para modificar, lo que el tribunal ya decidió con fuerza obligatoria y cosa juzgada. La interpretación plantea la cuestión de saber lo que el tribunal ha resuelto con fuerza obligatoria en su decisión y no la de saber lo que el tribunal debería decidir ahora a la luz de hechos y argumentos nuevos⁹⁷⁰ (...) En particular, el tribunal hizo referencia al concepto de “water-parting” e indicó que este concepto cumple una función esencial en el laudo de 1902 y si se modifica su significado, cambiaría también el contenido de sus prescripciones, por lo tanto el tribunal considera que el concepto de “water-parting” en el laudo de 1902 se

⁹⁶⁹ P.C.A., The Island of Palmas Case (or Miangas) United States of America Vs. The Netherlands, 1928, p. 14.

⁹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Arbitral Internacional sobre la Controversia sobre el recorrido de la traza del límite argentino – chileno entre el hito 62 y el monte Fitz Roy, Argentina – Chile, de 21 de octubre de 1994, párrafo 75.

halla amparado por la cosa juzgada y no es susceptible de ninguna modificación posterior por los usos, por la evolución del idioma o por la actividad o decisión de una de las Partes en la controversia⁹⁷¹.

Dada la falta de uniformidad en la aceptación o no del instrumento de interpretación que analizamos, éste fue desaconsejado por la Comisión de Derecho Internacional en su informe⁹⁷² presentado a consideración de la Asamblea General que llamaría con posterioridad a la Conferencia Multilateral que tendría por resultado la creación de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969, no obstante, con el paso del tiempo los jueces de diversos tribunales internacionales comenzaron a aplicar este mecanismo de forma pretoriana, motivando su uso a partir de la necesidad de interpretar el significado de los términos a partir del contexto en el cual se incerta la norma interpretada. De este modo, se rescata en la práctica aquello que la propia Comisión de Derecho internacional mencionaba oportunamente cuando manifestaba que los instrumentos contenidos en el artículo 27 del proyecto -actual 31 de la Convención- no son “regla(s) de interpretación”, sino que constituye una única “regla de interpretación”⁹⁷³.

Por medio de la “interpretación evolutiva” se trata de reconocer que el Derecho, por el carácter cultural y social de sus normas, debe adaptarse a las circunstancias, creencias y exigencias cambiantes de cualquier sociedad tanto a la hora de crear esas normas como de interpretarlas. Los textos de las disposiciones deben constantemente acomodarse mediante ajustes en su exégesis al tiempo y al espacio, a la realidad social del momento en que han de ser aplicadas. La literalidad de la disposición, vehículo formal de los mandatos, es evidentemente un punto de partida y un límite, un obstáculo a menudo en apariencia insalvable y, en otras, infranqueable. Pero la interpretación de los derechos es frecuentemente una “interpretación constructiva”⁹⁷⁴ de normas, por la textura abierta a los hechos y a las modificaciones científicas, culturales o tecnológicas de los derechos. Es una exégesis que, antes de “revelar” el sentido oculto del precepto, lo construye

⁹⁷¹ *Ibid.*, párrafo 130.

⁹⁷² (...) Paragraph 3(c) adds as a third element to be taken into account together with the context: "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties". This element, as previously indicated, appeared in paragraph 1 of the text provisionally adopted in 1964, which stated that, inter alia, the ordinary meaning to be given to the terms of a treaty is to be determined "in the light of the general rules of international law in force at the time of its conclusion". The words in italics were a reflection of the general principle that a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it. When this provision was discussed at the sixteenth session some members suggested that it failed to deal with the problem of the effect of an evolution of the law on the interpretation of legal terms in a treaty and was therefore inadequate. Some Governments in their comments endorsed the provision, others criticized it from varying points of view. On re-examining the provision, the Commission considered that the formula used in the 1964 text was unsatisfactory, since it covered only partially the question of the so-called intertemporal law in its application to the interpretation of treaties and might, in consequence, lead to misunderstanding. It also considered that, in any event, the relevance of rules of international law for the interpretation of treaties in any given case was dependent on the intentions of the parties, and that to attempt to formulate a rule covering comprehensively the temporal element would present difficulties. It further considered that correct application of the temporal element would normally be indicated by interpretation of the term in good faith. *The Commission therefore concluded that it should omit the temporal element* and revise the reference to international law so as to make it read "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties". At the same time, it decided to transfer this element of interpretation to paragraph 3 as being an element which is extrinsic both to the text and to the "context" as defined in paragraph 2. Ver párrafo (16) del comentario a los artículos 27-28 en *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 222.

⁹⁷³ Ver párrafo (8) del comentario a los artículos 27-28 en *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 220.

⁹⁷⁴ BÖCKENFÖRDE, E.W., *op. cit.*

desde su propia inmanencia, confiere o irroga sentido a la norma, delimitando objetos, contenidos, límites, facultades e interacciones de los derechos que se adhieren al texto escrito del precepto.⁹⁷⁵

A juicio de GARCIA ROCA, una buena definición judicial de interpretación evolutiva es: aceptar que las transformaciones de las realidades sociales deben producir cambios paralelos en las normas que regulan las instituciones que las contemplan, pues los hechos —y con mayor razón en los derechos que son un *case law*— forman parte de las estructuras normativas que han de ser interpretadas⁹⁷⁶

En lo concreto encontramos su aplicación tanto en tribunales universales, como la Corte Internacional de Justicia; multilaterales como el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio y regionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En todas estas instancias se recata un elemento rector: el “carácter evolutivo” del Derecho internacional, que se pone de manifiesto en su capacidad de adaptación a los cambios de la sociedad, tanto en su estructura moral, como por la modernización a partir de las nuevas tecnologías o las nuevas preocupaciones y problemas de la comunidad internacional instaladas en la agenda global.

La Corte Internacional de Justicia afirmó que el concepto de “misión sagrada” estaba, por definición, sujeto a evolución, y que “se debe considerar por tanto que las partes en el Pacto han aceptado ese hecho. Es por esto que, aun teniendo presentes las instituciones de 1919, la Corte debe tomar en consideración los cambios que se han producido en el medio siglo que ha transcurrido desde entonces, y su interpretación no puede no quedar afectada por la transformación que se ha producido en el derecho con posterioridad a aquella fecha, con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y la evolución del derecho internacional consuetudinario. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco de la totalidad del régimen jurídico vigente en el momento de la interpretación”⁹⁷⁷.

Años después la misma Corte afirmó que los conceptos incorporados a un tratado son “por definición, evolutivos”, su “interpretación no puede permanecer insensible a la evolución posterior del derecho (...) Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco de la totalidad del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación”⁹⁷⁸.

En el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project* la Corte predica que “el objeto y fin del tratado, la textura abierta de sus disposiciones o el carácter continuo del régimen o de las obligaciones asumidas pueden determinar una interpretación no sólo amplia, sino dinámica, incluso evolutiva de sus términos”⁹⁷⁹ (...) “las recientes normas del derecho ambiental son pertinentes a la hora de aplicar el Tratado, y que las partes podrían, de

⁹⁷⁵ GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coordinadores), *La Europa de los derechos...* *op. cit.*; GARCIA ROCA, J. “La interpretación constitucional...” *op. cit.*, Año 2006, p. 164., GARCIA ROCA, J. “La interpretación constitucional...” *op. cit.*, Año 2005, p. 64.

⁹⁷⁶ GARCIA ROCA, J. “La interpretación constitucional...” *op. cit.*, Año 2006, p. 166.

⁹⁷⁷ *Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 31

⁹⁷⁸ *Case concerning Aegean Sea Continental Shelf, Greece v. Turkey*, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 3.

⁹⁷⁹ *Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, en particular p. 78.

mutuo acuerdo, incorporarlas (... al ...) Tratado. Estos artículos no contienen obligaciones de hacer, sino que requieren a las partes que, en cumplimiento de sus obligaciones de velar por que la calidad del agua del Danubio no se degrade y por que la naturaleza esté protegida, tengan en consideración las nuevas normas ambientales al convenir los medios que han de especificarse en el Plan Contractual Conjunto (...)⁹⁸⁰.

Como expresa REMIRO BROTONS “está en la naturaleza de las cosas y el objeto y fin de los tratados de protección medioambiental optar por interpretaciones evolutivas, que permitan incorporar los progresos técnicos y convativir las amenazas sobrevenidas”⁹⁸¹

En 2009 la Corte observó en el caso relativo a la *Disputa relacionada con los Derechos de Navegación y Relacionados*, que “hay situaciones en que la intención de las partes luego de concluir el tratado fue, o se puede presumir que fue, dar a los términos usados – o a algunos de ellos – un significado o contenido capaz de evolucionar, no uno fijo de una vez y para siempre, de manera de permitir, entre otras cosas, el desarrollo del derecho internacional”⁹⁸²

Finalmente la Corte Internacional de Justicia en 2010 retoma la “interpretación evolutiva” en el asunto de las pasteras sobre el Río Uruguay que enfrentó recientemente a la Argentina con Uruguay.

En este caso la Argentina afirmó que el derecho aplicable a la presente controversia sometida a la Corte, es el Estatuto de 1975, completado para su aplicación e interpretación, por diversos principios de derecho consuetudinario y tratados que se encuentran en vigor para ambas Partes a los que el Estatuto “reenvía” (...) sosteniendo particularmente que el Estatuto de 1975 debe ser interpretado a la luz de los principios que gobiernan el derecho de los cursos de agua internacionales y los principios de derecho internacional relativos a la protección del medio ambiente, por lo tanto la interpretación del Estatuto de 1975 debe tener en cuenta toda “regla pertinente” de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las Partes, para mantenerse actualizado y reflejar la evolución de las normas ambientales⁹⁸³ (...) Si bien el Uruguay también considera que la interpretación del Estatuto de 1975 debe hacerse a la luz del derecho internacional general y constata el acuerdo de las Partes al respecto, sostiene que el Estatuto del río Uruguay no contiene una cláusula de reenvío, por lo tanto la Corte no tendría competencia para decidir sobre alegaciones de violaciones de obligaciones internacionales no previstas en el Estatuto de 1975⁹⁸⁴.

Finalmente, la Corte concluye que nada en el texto del artículo 41 del Estatuto de 1975 apoya la tesis según la cual este artículo constituiría una “cláusula de reenvío”. En consecuencia, las diferentes convenciones multilaterales invocadas por la Argentina no son, como tales, incorporadas al Estatuto de 1975 (...) Si bien a los fines de la interpretación del Estatuto de 1975, se tendrán en cuenta las reglas pertinentes del derecho internacional aplicables en las relaciones entre las Partes, ya sea que se trate de las reglas de derecho internacional general o de las reglas contenidas en las convenciones multilaterales de las cuales los dos Estados son partes, no incide sobre la

⁹⁸⁰ Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, en particular pp. 67-68.

⁹⁸¹ REMIRO BROTONS, A., Derecho Internacional... *op. cit.*, p. 604.

⁹⁸² Case concerning the dispute regarding navigational and related rights, (Costa Rica V Nicaragua) Judgment, I.C.J. Reports 2009, párrafo 64.

⁹⁸³ Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, párrafo 55.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 57

extensión de la competencia conferida a la Corte en virtud del artículo 60 del Estatuto de 1975, que permanece circumscrip̄ta a las divergencias concernientes a la interpretación y aplicación del Estatuto⁹⁸⁵.

A este fin, la Corte resolvi3 que as parte deben, a los fines de proteger y preservar el medio acuático con respeto a las actividades que sean susceptibles de causar daño transfronterizo, llevar a cabo un estudio de impacto ambiental. Esta obligaci3n la Corte la justifica a partir de la interpretaci3n evolutiva que sugiere la pr3ctica, que en aros recientes ha ganado mucha aceptaci3n entre los Estados y que puede ser considerada un requisito bajo el derecho internacional general. La Corte se refiere a la obligaci3n de emprender un estudio de impacto ambiental donde hay un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular, en un recurso compartido⁹⁸⁶.

Aun cuando la Corte visiblemente aumenta su frecuencia en recurrir a la interpretaci3n evolutiva como instrumento u0til en la soluci3n de las diferencias, es tambi3n destacable dos opiniones individuales que en cierta medida hacen notar los l0mites del mecanismo.

En la opinion separada del Juez BECFIAOUI en el asunto Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros 3ste manifest3 que una “interpretaci3n evolutiva” del Tratado de 1977 un0nicamente puede aplicarse si se respeta la norma general de interpretaci3n del articulo 31 de la Convencion de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que la “definici3n” de un concepto no ha de confundirse con el “derecho” aplicable a ese concepto ni debe confundirse la “interpretaci3n” de un tratado con su “revisi3n”.⁹⁸⁷

Por su parte, en la opini3n separada del Juez TORRES BERNARDEZ en el asunto de las Pasteras sobre el R0o Uruguay 3ste expres3 que “el m3todo de interpretaci3n adoptado por la Corte en este caso facilita una “interpretaci3n evolutiva” de las disposiciones del Estatuto del R0o que apruebo -sin reservas- para aquellas obligaciones sustantivas, dado el tenor literal del art0culo 41 del Estatuto sobre la obligaci3n de proteger y preservar el medio acuático y prevenir la contaminaci3n del agua del r0o. Dado los desarrollos que han tenido lugar en los 0ltimos aros en el derecho internacional general, a los que se refiere el p3rrafo 204 de la Sentencia, son indiscutibles. La posici3n positiva de ambas partes en la presente instancia con relaci3n a su aceptaci3n respectiva, en general, a estos avances en el derecho internacional es notable. Sin embargo, no creo que el m3todo de interpretaci3n que conduce a un resultado evolutivo se justifique para el caso de normas relativas a las obligaciones procedimentales. Ni la redacci3n de estas normas, ni su contexto, ni los acuerdos posteriores entre las partes, ni la pr3ctica posterior en la interpretaci3n o aplicaci3n del Tratado no justifica, en mi opini3n, la aplicaci3n de m3todos de interpretaci3n que den lugar a interpretaciones evolutivas.”⁹⁸⁸

En el 3mbito del derecho interamericano, el Art0culo 29 del Pacto de San Jos3 de Costa Rica establece los principios de interrelaci3n y de mayor protecci3n al sealar: “Ninguna disposici3n de la presente Convenci3n puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p3rrafo 63 y 66

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p3rrafo 204

⁹⁸⁷ Opinion separada del Juez BECFIAOUI en Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) Judgment, I.C.J. Reports 1997, P3rrafo 5.

⁹⁸⁸ Opini3n Separada del Juez ad hoc TORRES BERNARDEZ en Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p3rrafo 13.

de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza⁹⁸⁹. Este aspecto normativo es completado por el accionar jurisprudencial que como señala CANÇADO TRINIDADE no parece faltar al momento de hablar de una interpretación evolutiva⁹⁸⁹.

En este sentido, la Corte Interamericana estableció que “una interpretación evolutiva de los derechos humanos es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados y que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los derechos humanos como instrumentos vivos”⁹⁹⁰. Asimismo, se ha establecido que al aplicar e interpretar las disposiciones de los instrumentos interamericanos de derechos humanos es apropiado y necesario tener en cuenta las obligaciones de los Estados miembros en virtud de otros tratados de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, que en su conjunto crean un régimen interrelacionado y que se refuerza mutuamente de protecciones de los derechos humanos.⁹⁹¹

En este sentido la Corte Interamericana ha especificado que “los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración. (...) las funciones de la Comisión en la interpretación y aplicación de la Declaración, están descritas más detalladamente en su Estatuto, que es aprobado por la Asamblea General de la OEA y en su Reglamento, que es aprobado por la propia Comisión. En virtud del Estatuto, le corresponde a la Comisión, en relación con los Estados que no son signatarios de la Convención Americana, prestar particular atención al cumplimiento de los derechos fundamentales contemplados en los Artículos I,II,III,IV,XVIII,XV y XXVI de la Declaración Americana”⁹⁹².

La Corte Interamericana ha explicado en una opinión consultiva sobre la interpretación

⁹⁸⁹ En el mismo sentido, ver CANÇADO TRINIDADE, A.A., “The development of international human rights law by the operation and the case-law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights”, conferencia pronunciada en el TEDH con ocasión de la solemne apertura del año judicial, 22-I-2004, www.echr.coe.int/Eng/Speeches/, p. 2, quien menciona el empleo de una interpretación evolutiva en las Opiniones Consultivas OC-16/99 “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de la legislación del debido proceso legal*” de 01 de octubre de 1999, párrafos 114 y 115, y la OC-18/03 “*Condición Jurídica y derechos de los Migrantes Indocumentados*” de 17 de septiembre de 2003, párrafos 120 y 121, en las que se extendió la protección de la Convención a nuevas situaciones sobre la base derechos preexistentes

⁹⁹⁰ Corte I.D.H., “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1.

⁹⁹¹ Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos” de la CIDH (OEA/Ser.L/V/II.116) y Corte I.D.H., Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) *Villagrán Morales y otros v. Guatemala*, sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafos 192 y ss.

⁹⁹² Corte I.D.H. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A No. 10., párrafo 43.

de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, en el proceso de interpretación: “Es conveniente mirar hacia el sistema interamericano de hoy a la luz de la evolución que ha experimentado desde la aprobación de la Declaración, en lugar de examinar el valor normativo y la importancia que se creía que ese instrumento ha tenido en 1948.”⁹⁹³

Más recientemente, la Corte Interamericana ha hecho mención expresa de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e indicó que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe evolucionar con el tiempo en vista de las circunstancias existentes”⁹⁹⁴

En el asunto *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, el Tribunal aludió a una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos y al citado artículo 29 de la Convención, para reconocer que el artículo 21 de la misma protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas a la propiedad comunal.⁹⁹⁵ Al parecer, el Estado demandado había otorgado concesiones de tierra sin haber previamente delimitado las tierras comunales de los indígenas —una titularidad consuetudinaria basada en el uso y la ocupación ancestral— ni haberles reconocido títulos de propiedad ni haber reclamado su consentimiento ni siquiera haberles otorgado un recurso efectivo.

Estrechamente relacionado con el imperio de la “interpretación evolutiva” se encuentra la regla de “interpretación autónoma”, que mejor se puede explicar con un ejemplo: El derecho de propiedad en materia de derechos humanos no es interpretado automáticamente como se interpreta al derecho de propiedad en la legislación nacional, en virtud de las normas de derechos humanos su concepto puede ser mucho más amplio. Los tribunales del sistema Interamericano y Europeo de derechos humanos han insistido en su autonomía en la interpretación del significado de los términos de sus respectivas convenciones. En el asunto de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó el concepto y su estrecha relación con la regla de la interpretación evolutiva: “Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen significado autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que les dan en el derecho interno. Además, como los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en concreto, a las condiciones de vida actuales. (...) Ninguna disposición puede ser interpretada como una restricción al goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido de acuerdo con las leyes de cualquier Estado Parte o de acuerdo con otra convención en que uno de dichos Estados sea parte”⁹⁹⁶.

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, la protección de las personas también ha requerido de una “interpretación evolutiva” de los tratados de derechos humanos. Éstos no son estáticos y por la tanto una eficaz protección de estos derechos implica tomar en cuenta la evolución del Derecho y la sociedad. La necesidad

⁹⁹³ *Ibid.*, párrafos 37 y 38.

⁹⁹⁴ Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 114; Corte I.D.H., Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrafo 146

⁹⁹⁵ Corte I.D.H., Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrafo 148.

⁹⁹⁶ Corte I.D.H., Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrafo 146-147.

de tener en cuenta los cambios que se producen en la sociedad y en el Derecho a menudo ha sido señalados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha subrayado en reiteradas ocasiones que la Convención es un “instrumento vivo, que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”.

Vale la pena señalar que, al igual que el principio de eficacia, la importancia de la “interpretación evolutiva” es la consecuencia del objeto y la finalidad de los tratados de derechos humanos. La interpretación del texto a la luz de lo que requiere el objeto y fin (artículo 31 Convención de Viena) es requerido para que las disposiciones sobre tratados de derechos humanos sean “prácticas y eficaces” y tener en cuenta “las condiciones actuales” para la protección del individuo. Esto es claro, por ejemplo, en *Loizidou c. Turquía*, donde el Tribunal Europeo sostuvo: “la Convención es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales. Esta premisa está firmemente arraigada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...). De ello se deduce que estas disposiciones no pueden interpretarse únicamente de conformidad con las intenciones de sus autores, expresada hace más de cuarenta años. Posteriormente, el Tribunal de Justicia añadió que “el objeto y propósito de la Convención como un instrumento para la protección de los seres humanos requiere que sus disposiciones se interpretarán y aplicarán con el fin de hacer sus salvaguardias prácticas y efectivas (...)”⁹⁹⁷.

En cuanto a la interpretación evolutiva, la importancia de la Convención es considerarla como un "instrumento vivo y dinámico". La Convención ha demostrado la capacidad de evolucionar en función del desarrollo social y tecnológico que sus redactores nunca podrían haber imaginado. La Convención ha demostrado que es capaz de crecer con la sociedad, y en este sentido, sus formulaciones han demostrado su valor en más de cinco décadas. Se ha mantenido como un instrumento vivo y moderno. La doctrina del “instrumento vivo” es uno de los mejores principios conocidos de la jurisprudencia de Estrasburgo, y expresa el principio de que la Convención se interpreta a la luz de las actuales condiciones, que evoluciona a través de la interpretación de la Corte.⁹⁹⁸

Este principio de “interpretación dinámica” fue enunciado por primera vez en relación a los castigos corporales como consecuencia del procedimiento penal. La Corte recordó que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de “present day conditions” y que no podía dejar de estar influida por los desarrollos y estándares comúnmente aceptados hoy en este terreno según las políticas criminales de los Estados miembros del Consejo de Europa⁹⁹⁹ Sin embargo, ha recibido su expresión más frecuente con relación al artículo 8. Esto no es sorprendente, no sólo por la amplitud de los intereses contemplados en el artículo 8, que es la vida privada y familiar, la correspondencia y el hogar, sino también porque son, precisamente, los intereses que tienen más probabilidades de verse afectados por los cambios en la sociedad.

En un instrumento dinámico, el artículo 8, ha demostrado ser la disposición más elástica. Por lo tanto, ha abordado cuestiones tales como la adopción de niños, las molestias causadas por una planta de tratamiento de residuos, la planificación de las cuestiones, el ruido de las aeronaves, los derechos de los transexuales, los castigos

⁹⁹⁷ Eur. Court H.R., *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)* judgment of 23 March 1995, Series A Nro. 310; p. 26, párrafo 71.

⁹⁹⁸ WILDHABER, L., “The European Court of Human Rights in action” en *Ritsumeikan Law Review* Nro. 21, Vol. 2004, pp. 83-92

⁹⁹⁹ Eur. Court H.R., *Tyler v. United Kingdom* judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, págs. 15-16, párrafo. 31.

corporales en las escuelas, el acceso a documentos confidenciales públicos relativos al pasado de un aspirante a funcionario, la elección del nombre de un niño, la aplicación de las normas de inmigración, la divulgación de los registros médicos, etc.

En el caso de *Sheffield y Horsham*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1998 reconoció la creciente aceptación social de la transexualidad y el reconocimiento cada vez mayor de los problemas que encuentran los transexuales post-operatorio. Con el fin de determinar si debe revisar su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia examinó dos aspectos: los avances científicos y la evolución jurídica. En cuanto a los avances científicos, confirmó su opinión de que seguía habiendo incertidumbre en cuanto a la naturaleza esencial de la transexualidad y observó que la legitimidad de la intervención quirúrgica fue cuestionado a veces. No había habido ningún hallazgo en el área de la ciencia médica que se estableció definitivamente las dudas sobre las causas de la condición de transexualidad. La no aceptación por parte del Estado demandado del cambio de sexo no puede ser criticado como poco razonable¹⁰⁰⁰.

En cuanto a la evolución jurídica, el Tribunal examinó el estudio comparativo que había sido presentado por una organización de derechos humanos. No estaba convencido de que esta demostrado la existencia de cualquier enfoque europeo común para los problemas creados por el reconocimiento en la legislación de la situación de género post-operatorio. En particular, no existía un enfoque común en cuanto a la forma de abordar las repercusiones que tal reconocimiento podría entrañar para otras áreas del derecho tales como el matrimonio, la filiación, la intimidad o la protección de datos. No obstante, pocos años después en el caso de *Goodwin* el Tribunal decidió finalmente que el equilibrio justo ahora estaba inclinado en favor del reconocimiento legal de los transexuales¹⁰⁰¹.

Recordó que tenía que tener en cuenta las condiciones cambiantes en el Estado demandado y dentro de los Estados contratantes en general, y para responder a cualquier evolución de la convergencia en cuanto a las normas que deben alcanzarse. El hecho de que el Tribunal de Justicia mantenga un enfoque dinámico y evolutivo, amenazaría con crear un obstáculo para la reforma. En este caso, el Tribunal de Justicia concedió menos importancia a la falta de pruebas de un enfoque europeo común para la resolución de los problemas jurídicos y prácticos que plantea la transexualidad. Más bien se hizo hincapié en la evidencia clara y sin oposición de una continua tendencia internacional en favor no sólo de una mayor aceptación social de los transexuales, sino de reconocimiento legal de la nueva identidad sexual de los transexuales operados. Ninguna dificultad concreta o sustancial o perjuicio para el interés público se había demostrado como probable que se derivan de los cambios en la situación de los transexuales. La Sociedad puede razonablemente tolerar un cierto inconveniente para que las personas puedan vivir en dignidad y de acuerdo con la identidad sexual que elijan. En otras palabras, el interés individual afirmó no imponer una carga excesiva a la comunidad en su conjunto.

La Corte es comprensiblemente cauta de ampliar su jurisprudencia en materia de obligaciones positivas. En primer lugar tiene que estar convencida no sólo que ha sido clara la evolución moral, sino que ésta también ha sido acompañada por una evolución científica que se refleja en la legislación y la práctica de la mayoría de los Estados contratantes. Mas, el Tribunal al interpretar los términos de la Convención a la luz de

¹⁰⁰⁰ Eur. Court H.R., *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, judgment of 30 July 1998, Reports 1998, Nro 55

¹⁰⁰¹ Eur. Court H.R., *Goodwin v. United Kingdom*, judgment of 11 July 2002.

esa evolución no trata de generar cambios en la sociedad o de imponer opciones morales.¹⁰⁰²

La lógica y la importancia del concepto de interpretación autónoma también se explica por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de *Engel c. Países Bajos* donde expresó que si los Estados Contratantes pudieran a su discreción calificar una conducta como delito o como falta disciplinaria, o procesar al autor por una conducta “mixta” entre delito y falta disciplinaria, el funcionamiento de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7 -artículos que garantizan mínimos procesales a quienes son acusados penalmente- estaría subordinado a su voluntad soberana de los Estados lo cual implica un resultados incompatible con el objeto y el fin de la Convención.

En el seno de Naciones Unidas, dentro de los mecanismos de control convencionales, en particular, en el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se analizó la cuestión de la discriminación por la edad, notando que ésta no aparecía en ninguna de las declaraciones o convenciones del régimen internacional de derechos humanos en su primera época. La inclusión de este tipo de discriminación como un ámbito prohibido ha sido el producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos de derechos humanos de aplicación general. En su comentario general sobre la no discriminación, el Comité de Derechos Humanos dejó abierta expresamente esta posibilidad, interpretando que la protección contra la no discriminación no se limita a los motivos expresamente citados en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ni a los derechos recogidos en él. Sobre la base de esta interpretación, la jurisprudencia del comité ha afirmado expresamente que toda distinción fundada en la edad que no esté basada en criterios objetivos y razonables puede ser constitutiva de discriminación, y por lo tanto de una violación del pacto.¹⁰⁰³

Finalmente, en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, el Órgano de Apelación recurrió a la interpretación evolutiva en un caso, aunque luego ha evitado recurrir a ello. En este sentido, en el asunto *Estados Unidos – Camarones* el Órgano de Apelación estableció que “el intérprete de tratados debe leerlos a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano. Aunque el artículo XX no fue modificado en la Ronda Uruguay, el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC revela que los firmantes de ese Acuerdo eran plenamente conscientes en 1994 de la importancia y legitimidad de la protección del medio ambiente como objetivo de la política nacional e internacional. El preámbulo del Acuerdo sobre la OMC -que informa no sólo al GATT de 1994 sino también a todos los demás acuerdos que incluye- reconoce explícitamente “el objetivo de un desarrollo sostenible¹⁰⁰⁴” entendiéndose por este al desarrollo económico y social y la protección del medio ambiente¹⁰⁰⁵.

Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, advertimos que el término genérico "recursos naturales" del párrafo g) del artículo XX no es "estático" en su contenido o en sus referencias sino más bien "por definición,

¹⁰⁰² WILDHABER, L., “The European Court of Human Rights in action...” op. cit.

¹⁰⁰³ Comité de Derechos Humanos, 1989.

¹⁰⁰⁴ Asunto Estados Unidos – Camarones – Apelación, párrafo 129.

¹⁰⁰⁵ HANDL, G., Sustainable Development: General Rules versus Specific Obligations en LANG, W., (editor) Sustainable Development and International Law, 1995, p. 35; Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Our Common Future, Oxford University Press, 1987, p. 43.

evolutivo"¹⁰⁰⁶

Por lo tanto, el Órgano de Apelación observa que ante el reciente reconocimiento por la comunidad internacional de la importancia de una acción bilateral o multilateral concertada para proteger los recursos naturales vivos, y recordando el reconocimiento explícito hecho por los Miembros de la OMC del objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, creen que ya es demasiado tarde suponer que el párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994 puede interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a la conservación de recursos minerales o de otros recursos naturales inertes agotables, por lo tanto, el Órgano de Apelación sostiene que, de acuerdo con el principio de eficacia en la interpretación de los tratados, las medidas destinadas a conservar recursos naturales extinguibles, tanto vivos como no vivos pueden quedar comprendidas en el apartado g) del artículo XX.¹⁰⁰⁷

Si formulamos una evaluación global de la jurisprudencia que hemos descrito es menester señalar que la interpretación evolutiva como instrumento judicial ha sido utilizado de modo creciente en los últimos años, no obstante, este recurso no se da en todas las materias que aborda el Derecho internacional, sino que ha tenido como foco de concentración a las cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, en consecuencia, se muestra como un instrumento tentador para que sea utilizado al momento de la motivación de las decisiones tomadas en un contexto de resolución de controversias transversales en materia de biotecnología.

Consideramos pues, que el “juez internacional” que tiene ante sí el estudio de una controversia transversal debe “aplicar” la norma que ordena la voluntad de los sujetos de Derecho internacional partes en la disputa, y a su vez “tener en cuenta” el contenido sustancial de los regímenes paralelos que suministren elementos necesarios para dar una solución integral a la controversia, traduciendo esta influencia probablemente meta-jurídica -entendiendo por tal a la influencia que emerge tanto de elementos no normativos, como normativos no aplicables al caso, en términos estrictamente técnicos- a través de la interpretación evolutiva de los términos contenidos en la norma técnicamente aplicable.

A nuestra consideración el juez internacionalmente competente no tiene facultades de aplicar derecho extra-régimen sí la propia norma que le otorga competencia no se lo permite, porque una acción de estas características lo pondría en una situación de exorbitancia. No obstante, mediante el recurso a la interpretación evolutiva se logra respetar el límite formal de la competencia y al mismo tiempo resolver la controversia de un modo sustancialmente integrador de todos los elementos involucrados en la ésta, sin la necesidad de recurrir a la aplicación formal, pero sin obviar el valor real de los regímenes paralelos.

El Derecho extra-régimen como hecho notorio y la teoría del uso jurídico

La última cuestión que analizar busca determinar cuales son los límites que tiene un juez internacional cuando utiliza el recurso de la interpretación evolutiva. En este sentido consideramos que el juez debe perseguir la búsqueda de una solución pacificadora, donde por medio del ejercicio de su rol diplomático busca rescatar el “núcleo duro” de los regímenes internacionales paralelos para determinar el alcance los términos que regulan la diferencia, pero si bien es el juez internacional el encargado de

¹⁰⁰⁶ Asunto Estados Unidos – Camarones – Apelación, párrafo 130.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 131.

determinar este “*núcleo duro*” caso por caso, porque dada la propia dinamicidad de los regímenes es imposible determinar su contenido en abstracto, de aquí que GEHRING califica a los regímenes internacionales como “dinámicos”, toda vez que el texto de los tratados representa sólo picos de icebergs normativos”¹⁰⁰⁸, consideramos que tampoco el juez internacionalmente competente puede ser autónomo en esta interpretación de los conceptos emergentes de los regímenes paralelos.

En esta tarea de indagar sobre el contenido del núcleo duro de los regímenes paralelos es aplicable la teoría del uso jurídico de GOLDSCHMIT cuando explica que el juez de un régimen no aplica el derecho del régimen extranjero (extra-régimen), sino que indaga el uso jurídico que se da a la norma extranjera (extra-régimen) dentro de su propio orden. No se aplica la norma literalmente, ni se avoca a analizar la constitucionalidad o validez, sino que solamente debe atender la probable sentencia con el máximo grado asequible que le daría el que dictaría el juez extranjero (extra-régimen)¹⁰⁰⁹. Se analiza la aplicación, alcance e interpretación que dan los jueces extranjeros a la norma que analizan y de esta manera no aplican la norma extranjera, sino que imitan la probable resolución que dictaría un juez extranjero en caso de aplicar la norma que buscan traer al caso.

El autor considera que el juez cumple una función creadora de Derecho y que una interpretación autónoma de la norma extranjera (extra-régimen) significaría la posibilidad que un juez formalmente incompetente cree Derecho para el régimen del cual no es parte, en consecuencia, la teoría del uso jurídico limita esta acción al imponer la obligación de imitar la sentencia extranjera (extra-régimen), en caso contrario implicaría una lesión a la soberanía del Estado extranjero¹⁰¹⁰

La teoría del uso jurídico da los límites a la interpretación evolutiva, toda vez que el juez internacionalmente competente no formula una interpretación autónoma, sino que imita la interpretación que daría un juez al cual pertenece la norma que utiliza para informar el concepto que busca interpretar. Como manifiesta GOLDSCHMIT, el derecho extranjero ingresa como si se tratara de un hecho notorio, que no requiere ser alegado y probado por las partes, sino que el propio juez internacionalmente competente puede investigar *ex officio*.

Cuando buscamos las razones por la cual el juez debe atender a los valores que conforman el “núcleo duro” de los regímenes paralelos, llegamos a la conclusión que no constituye un aplicación finalista, sino solamente una cuestión instrumental para dotar al régimen o institución a la cual pertenece de legitimidad que nace de la protección de los estándares mínimos. Cuanto más se involucre una institución con una serie de valores, más relevante se hará la legitimidad de la responsabilidad democrática¹⁰¹¹. En este sentido, compartimos los argumentos expuestos por POLLACK y SHAFFER cuando mencionan que el juez debe ser consiente del efecto de sus resoluciones sobre otros procesos políticos circundantes y del efecto que sus decisiones tienen en el sostenimiento de la institucionalidad internacional¹⁰¹² como estructura legítima para el cauce de las relaciones internacionales.

¹⁰⁰⁸ GEHRING, T. *op. cit.* en BODANSKY, D., *The Art and Craft... op. cit.*, p. 155.

¹⁰⁰⁹ GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado... op. cit.*, p. 137.

¹⁰¹⁰ GOLDSCHMIDT, W., *La consecuencia jurídica... op. cit.*, Barcelona, 1935, p. 16

¹⁰¹¹ NYE, J. Jr., *La paradoja... op. cit.*, p. 230.

¹⁰¹² POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 233.

CONCLUSIÓN GENERAL

La biotecnología como fenómeno revolucionario

Es indudable que la Biotecnología constituye uno de los procesos tecnológicos más destacados de los últimos años, y que constituirá en los próximos tiempos un factor de desarrollo industrial, agrícola y social sin precedentes. Como todo cambio de estas características, arroja defensores y detractores. Por una parte, encontramos los defensores del mejoramiento genético, la lucha contra las malezas, el control de los insectos, el aumento de la productividad y la gestión flexible de los cultivos; en cambio en la vereda enfrentada se presentan aquellos que postulan los riesgos a la biodiversidad, la seguridad alimentaria, y las consideraciones de equidad entre las grandes empresas y los pequeños agricultores. Esta revolución se ve reflejada tanto en las ciencias naturales, como en las sociales. La manipulación de la vida, el control del clima por la adaptación de la producción, las variaciones en los mercados y la regulación de la actividad tecnológica, ya no serán las mismas después de la irrupción de este fenómeno, objeto de nuestro estudio.

La regulación fragmentada de la biotecnología

Hemos podido probar a través de la multiplicidad de acuerdos internacionales que tienen por objeto de regulación de la biotecnología, la fragmentación del Derecho internacional en esta materia. No obstante, estamos convencidos que en caso de considerar esta fragmentación como uno de los problemas actuales de la ciencia jurídica en su versión internacionalista, el núcleo del problema no radica en la cantidad de normas, ni en su diversidad de origen, y ni siquiera, en la segmentación del objeto al momento de ser regulado. El núcleo del problema emergente de la fragmentación yace en la diversidad de racionalidades que guían el proceso de fragmentación del Derecho internacional. De esta forma, tras el análisis normativo que efectuamos en el presente trabajo pudimos visualizar dos racionalidades o lógicas bien marcadas y claramente identificables. Por una parte, aquella apegada a la ciencia en términos metodológico-positivistas, toda vez que requieren de la prueba causal entre dos elementos que se pretenden vincular por la identificación del primero como causa eficiente del segundo. Por otra parte, encontramos la lógica social vinculada especialmente a cuestiones éticas, de percepción social, de precaución ambiental, etc., que atribuyen a la lógica científica ciertos límites que deben ser gestionados bajo criterios políticos diferentes a los tradicionales.

Las inconsistencias concretas en la regulación de la biotecnología

Las inconsistencias normativas sostenidas en la divergencia de racionalidad que gobierna el espíritu de cada acuerdo, pueden ser localizadas en concreto en todos los momentos de la “vida” de los productos biotecnológicos. En primer término, existe una fuerte inconsistencia en determinar la propiedad de los recursos genéticos, cuando por una parte se reconoce el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales, pero al mismo tiempo, se reconoce por una parte el derecho de los pueblos originario a estos mismos recursos y por otro, el sistema de protección de derechos de propiedad intelectual no contempla de ninguna forma este tipo de previsiones, toda vez que el sistema no prevé forma alguna de averiguación del modo de obtención del recurso cuando se pretende patentar algún tipo de modificación genética sobre un recurso generalmente proveniente de países en vías de desarrollo, obtenido en muchos casos, con la ayuda de comunidades originarias que legendariamente han hecho uso de estos

recursos genéticos y han desarrollado utilidades sobre éste.

En segundo lugar, aún cuando el proceso de toma de decisión diseñado en cada uno de las organizaciones internacionales que han intervenido sea similar, toda vez que respetan un esquema que comprende la determinación de los niveles de aceptación del riesgo, formulación de la evaluación del riesgo, determinación de las políticas públicas que consideran necesarias para la gestión del riesgo previamente registrado, y por último, la revisión periódica de las medidas adoptadas a fin de considerar su continuidad o remoción, la gran inconsistencia a la que se ven sometidas las autoridades competentes en cuestiones vinculadas a la biotecnología radica en la pretensión de incluir o excluir la precaución como criterio presente en el mencionado proceso. Coincidimos que la precaución o cautela es un concepto que en la actualidad se encuentra en una instancia de construcción, tanto de su propio contenido sustancial, para definirse en su versión amplia o en su versión restringida; como asimismo para definir su propia naturaleza jurídica, toda vez que encontramos posturas doctrinarias que la definen como un principio general de Derecho internacional general, un principio general del Derecho del medio ambiente, una costumbre internacional, un enfoque de políticas públicas, una simple aproximación en la consideración de la gestión del riesgo. Por nuestra parte, estimamos que la propia indefinición a la que asiste el concepto de precaución o cautela lo limita en cualquier pretensión de universalidad, sometiéndolo al paso del tiempo como requisito para su cristalización.

Por último, encontramos un inconsistencia final que se materializa en el proceso de comercialización de los productos biotecnológicos. Nos referimos a las disposiciones de etiquetado de estos productos como forma de individualizarlos en el mercado aun cuando han superado todas las instancias de aprobación. El debate transita por posiciones que van desde el “*etiquetado voluntario*” o “*etiquetado obligatorio*” en cuanto al modo de presentar el producto en el mercado; “*equivalencia sustancial*” o “*alimentos nuevos*” en cuanto a la naturaleza de los organismos genéticamente modificados; y “*acceso a la información*” o “*gestión del riesgo ambiental o de la salud*” en cuanto al objetivo que persigue. Cada una de las opciones posibles encarna una racionalidad diferente y manifiesta la necesidad de encontrar respuestas a la inconsistencia que representa.

La operatoria de la “cláusula de apoyo mutuo”

Estamos convencidos de haber probado la inconsistencia sustancial de la cláusula de apoyo mutuo en que se enmarcan la relación entre el Protocolo de Cartagena y los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio en materia de biotecnología. Esta contundente afirmación encuentra apoyo en la propia redacción de la cláusula que elige adoptar un lenguaje vago que otorga a los principales negociadores del Protocolo -por referirnos a las potencias globales- diferentes párrafos que acogen sus pretensiones, aunque omite dar una solución de fondo cuando estas pretensiones sean irreconciliables. La cláusula descansa a nuestro entender en una cosmovisión ideal del Derecho que presupone la coherencia de la inter-actividad gubernamental y la buena fe intertemporal. Para nosotros representa, como dicen algunos, un acuerdo viable, que en términos diplomáticos, facilita la adopción de un texto que no contiene soluciones *a priori* sobre el verdadero vínculo que se construye entre los acuerdos que se deberían sustentarse un apoyo recíproco, sino que remite la resolución del problema a la aplicación *a posteriori* de técnicas jurídicas con el fin de revestir al sistema de una coherencia inestable y ficta, trasladando la responsabilidad desde el creador del Derecho internacional, al aplicador del Derecho internacional, quien sumergido en sus propias

condiciones personales y contextuales deberá encontrar un nuevo punto de equilibrio inter-régimen no logrado por la política y desplazado a la judicatura.

El carácter político del fenómeno de fragmentación del Derecho internacional

La fragmentación del Derecho internacional más allá de ser un fenómeno sociológico con consecuencias jurídicas, como lo describe la mayor parte de la doctrina, tanto desde las vertientes constitucionalistas, como desde las vertientes pluralistas, a nuestro entender, es la consecuencia jurídica de un fenómeno político. Este hecho político se hace evidente al observar la construcción de los regímenes internacionales bajo los lineamientos teóricos del neoliberalismo institucional y del constructivismo que armonizan conceptos tales como "interdependencia compleja" "interés compartido" "liderazgo" "confianza recíproca" "diversificación de la agenda nacional e internacional" "ideas fuerza" y "gobierno multinivel". De este modo se logran consolidar conjuntos de principios, normas, reglas y procedimientos que gobiernan un determinado sector de la realidad internacional, pero lejos de ser concebido como un segmento aislado, es pensado como un instrumento dinámico y propenso a la propagación de sus ideas sobre el resto del escenario internacional.

De este modo es posible visualizar la mundialización como un proceso de circulación y difusión de conceptos jurídicos uniformes por los distintos espacios normativos, toda vez que estos espacios se influyen mutuamente a través de su funcionamiento. Es posible observar el entrecruzamiento de valores normativos, técnicas, modelos interpretativos y conceptos jurídicos, como también es factible asociar la idea de mundialización de los conceptos jurídicos, no solamente al fenómeno de transferencia desde el Derecho internacional hacia los sistemas nacionales (circulación vertical), sino también, entre los diferentes espacios normativos dentro del Derecho internacional (circulación horizontal).

Según nuestra visión, estamos convencidos que la fragmentación del Derecho internacional constituye un fenómeno causal perseguido por el *líder* de un régimen particular que busca conseguir la circulación de las ideas, conceptos jurídicos e intereses desde el régimen que auspicia, hacia otros regímenes en los cuales también puede participar y tiene interés, pero en los cuales no ha tenido la capacidad de negociar la recepción absoluta de sus pretensiones o en el caso que hayan sido receptadas, no lo han sido del modo o en la extensión de su interés. De esta forma se conseguiría concretar un cambio de régimen proveniente de la influencia de una organización internacional sobre otra, que según la doctrina propia de la disciplina de las Relaciones Internacionales, se transforma en el cambio más efectivo que puede darse.

En consecuencia, concluimos que la fragmentación del Derecho internacional no es un fenómeno peligroso ni mucho menos destructivo, por lo tanto desestimamos la idea que la creación de regímenes complejos, como es el caso en materia de biotecnología, sea un obstáculo para la cooperación internacional, sino que a nuestro entender lejos de ser una falla en la cooperación, representa una estrategia temporaria de los actores internacionales para materializar sus pretensiones bajo una forma normativa, dotarlas de notoriedad pública al ser introducidas en la agenda, fortalecerla como argumento o discurso legítimo, persuadir a más participantes de apoyar la causa, pero en última instancia ejercer presión sobre otros regímenes para continuar la negociación y lograr un eventual acuerdo más integral y universal.

Las soluciones tradicionales a las controversias transversales

Las respuestas planteadas por las grandes corrientes doctrinales que ilustran el Derecho internacional, léase constitucionalismo y pluralismo jurídico, a nuestra consideración pecan por exceso o por defecto en el suministro de instrumentos para la resolución de las controversias transversales caracterizadas en aquellas que son objeto de nuestro análisis. La primera vertiente, al estimar al sistema jurídico internacional totalmente cohesionado, coherente y fundado en criterios jerárquicos, generalmente ha optado por la inclusión de "cláusulas de apoyo mutuo", como ya analizamos precedentemente, o en la férrea creencia que instrumentos como la "interpretación sistémica" del Derecho pueden proporcionar herramientas idóneas para la integración la normativa internacional, aun en circunstancias que se haya llegado a los límites tradicionales del Derecho internacional, como es la ausencia de consentimiento de una entidad soberana o regional en condiciones de obligar internacionalmente a un sujeto de Derecho internacional, como es el caso más frecuente en materia de biotecnología, donde a partir de la divergencia de racionalidades en las que se fundan los acuerdos internacionales, se observa que generalmente, los sujetos de Derecho internacional optan por firmar y ratificar sólo aquellos acuerdos internacionales que gozan de una inclinación hacia sus pretensiones, por lo tanto, el instrumento de la interpretación sistémica, aunque no es refutable lisa y llanamente, en materia de biotecnología cuenta con ciertas limitaciones que no permiten su universalización como mecanismo siempre apto.

Por otra parte, la respuesta dada por el pluralismo jurídico rechazando cualquier tipo de relación inter-regímenes por predicar que el sistema internacional carece de todo tipo de vinculación jerárquica y que toda pretensión de orden es simplemente una ilusión del pasado que no responde a las características de la sociedad actual, porque las contradicciones entre regímenes que no se reducen a un conflicto normativo, sino que se está ante un conflicto programático en el que colisionan los objetivos y la lógica o racionalidad de cada régimen, resultando por consecuencia la imposibilidad de aproximar una solución jurídica más o menos general para las controversias transversales, en general, y en materia de biotecnología, en particular, es a nuestro entender una valoración que peca por defecto, toda vez que desconoce las propias intenciones y expectativas de los sujetos de Derecho internacional de modelar el sistema global de acuerdo a los intereses "nacionales" para lo cual, la fragmentación opera como una instancia de transición y negociación para la concreción de nuevos equilibrios.

Autoridad con mayor aptitud para resolver una controversia transversal

Habiendo evaluado entre dos posibilidades concretas, materializadas en la autoridad nacional y la autoridad internacional, consideramos que el peso de la resolución pacífica de la controversia estará en cabeza del "juez internacional" dado que debe conocer la cuestión y desde su doble rol de "actor" del sistema internacional y "funcionario" internacional perteneciente a un determinado régimen jurídico particular, no está exento ni de la influencia de los regímenes internacionales, ni del mandato legal del cual nació su poder jurisdiccional. No obstante, estamos convencidos que sobre estas dos influencias, debe responder a un principio universal que se materializa en su obligación más fundamental consistente en la resolución pacífica de la controversia transversal, respetando aquellos estándares mínimos que conforman el "núcleo duro" de los regímenes paralelos. En cuanto a la figura del juez nacional predicamos que aun cuando sea igualmente influenciado por las *ideas fuerzas* de los diferentes regímenes internacionales, generalmente no se verá expuesto a discernir entre las dos racionalidades presentadas, sino que probablemente se incline en sus decisiones por

fortalecer la posición de la entidad a la cual pertenece y que auspicia a nivel internacional.

Etapas del proceso de resolución de una controversia transversal

Este proceso se divide en dos momentos, el primero de ellos lo denominamos “*fase de discernimiento*” en la cual el juez internacional revisa los fundamentos y alcance de su jurisdicción, los límites del derecho aplicable, medita en torno a los argumentos y la prueba suministrada por las partes de la controversia y formula para sí mismo un juicio hipotético sobre la resolución que desde su legal saber y entender y desde las máximas de la experiencia común y la lógica conquisten su íntima convicción. Esta es una fase de contenido jurídico y meta-jurídico en la cual el juez internacional recibe la influencia del contenido propio del régimen al cual pertenece -en su rol de funcionario internacional-, como del contenido emergente de los regímenes paralelos -en su rol de actor internacional-

Desde esta perspectiva observamos que el régimen es una potente fuerza de influencia y cambio que ejerce presión sobre sus miembros, sobre sus no-miembros y sobre otros regímenes paralelos. Esta presión también opera sobre el juez internacional por medio del llamado “*soft power*” o capacidad de marcar preferencias por medio de resortes intangibles como la cultura, una ideología y una institución atractiva. El *soft power* no es solamente la influencia, aunque es una forma de influencia, es también persuasión o la capacidad de transformar a los otros mediante argumentos, es la capacidad de atraer y actuar y la atracción a menudo lleva a la conformidad y a la imitación. El *soft power* procede en gran medida de los valores. De este modo el juez internacional durante esta fase forma intelectualmente su respuesta al caso concreto a partir de los elementos normativos vinculantes y no vinculantes, como también a partir de elementos no normativos pertenecientes a todos los regímenes internacionales involucrados.

La segunda etapa denominada “*fase de motivación*” está constituida por la obligación de transformar el contenido de la “*fase de discernimiento*” en argumentos de carácter jurídico que puedan motivar legal y lógicamente la decisión adoptada para resolver de la controversia transversal. En esta etapa el juez debe recurrir a los instrumentos o herramientas que suministra el Derecho como ciencia para poder dar una respuesta de contenido jurídico al problema vinculado a la biotecnología planteado, que si bien emerge de por causas meta-jurídicas, como es la divergencia en la racionalidad rectora de las normas internacionales que se involucran en este tipo de controversias, ha sido presentado en términos legales.

La solución integral de las controversias transversales

Consideramos que existen dos mecanismos para brindar una solución integral a las controversias transversales, en general, y en materia de biotecnología, en particular, dependiendo de la presencia o ausencia de la manifestación del consentimiento no sólo de las partes en la controversia, sino también de la coincidencia entre todas las partes ratificantes de las normas involucradas en la diferencia internacional.

En el caso que se de el supuesto que las partes en la controversia y todas las partes ratificantes de las normas vinculadas directa o indirectamente al caso sean coincidentes, la autoridad intra-régimen con la misión de resolver la diferencia estaría en condiciones de recurrir al artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados para interpretar la norma directamente aplicable a la luz de toda norma de

Derecho internacional aplicable entre las partes. De esta manera, el derecho extra-régimen es tenido en cuenta, en su carácter de “derecho” y es utilizado al efecto de interpretar el sentido y alcance de la norma intra-régimen que resolverá la cuestión de fondo.

El segundo de los escenarios, posiblemente más frecuente en materia de biotecnología por la divergencia de racionalidades que gobiernan los regímenes internacionales involucrados, implicaría el supuesto que las partes en la controversia o las partes ratificantes de las normas vinculadas directa o indirectamente al caso, no coinciden, dado que todos o algunos sujetos de Derecho internacional vinculados a las normas referidas, han ratificado una de las norma de Derecho internacional aplicables al caso, presumiblemente aquella que pertenece al régimen del “juez internacional” competente, pero han omitido hacerlo con relación a otra de las normas de Derecho internacional vinculada al conflicto. En este caso, consideramos que al ser imposible la aplicación del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el “juez internacional” puede recurrir a otro instrumento jurídico si pretende responder íntegramente al caso que se ventila ante sus estrados. En particular concluimos que la interpretación evolutiva tiene por meta adaptar los conceptos jurídicos a las circunstancias, creencias y exigencias cambiantes de cualquier sociedad, en este caso global. El juez internacional construye un concepto por la textura abierta a los hechos y a las modificaciones científicas, culturales o tecnológicas de los derechos.

El límite del consentimiento expreso de los sujetos de Derecho internacional es superable por medio de la aplicación de la teoría del uso jurídico, toda vez que el juez internacionalmente competente no formula una interpretación autónoma, sino que imita la interpretación que daría un juez al cual pertenece la norma que utiliza para informar el concepto que busca interpretar. El derecho extra-régimen no ingresa al proceso en carácter de "derecho" sino que es tenido en cuenta en el proceso de interpretación como si se tratara de un "hecho notorio", que no requiere ser alegado y probado por las partes -por no tratarse de un simple hecho-, y que el propio juez internacionalmente competente puede investigar *ex officio* -por su notoriedad-

Estamos convencidos que en materia de biotecnología la solución de controversias transversales requiere respuestas integrales que emergen de la prudencia judicial puesta en la atención a los valores que conforman el “núcleo duro” de los regímenes paralelos. En este sentido, la interpretación evolutiva de los conceptos involucrados configura un instrumento apropiado y funcional para dar respuesta a nuestro problema de origen, aunque no en sentido finalista, sino meramente instrumental para dotar al régimen o institución competente de la legitimidad que nace de la protección de los estándares mínimos de cada uno de los regímenes concomitantes, toda vez que al conciliar pretensiones y expectativas de la agenda doméstica y la agenda internacional, facilitará la continuidad de procesos políticos circundantes y sostendrá la institucionalidad internacional como estructura legítima para el cauce de las relaciones internacionales.

BIBLIOGRAFIA

ABBOTT, F., COTTIER, T. y GURRY, F., *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, Vol. 1.

ABI-SAAB, G., "Fragmentation or Unification: some concluding remarks", en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, Año 1999, pp. 919-933

ABLIN, E.R., MENDEZ, G., MORELLI, E., "La Organización Mundial del Comercio y el tratamiento de los Productos de Biotecnología: hacia una Aproximación Normativa" en *Revista del Centro de Economía Internacional* Nro. 04, Año 2005, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina, pp. 131-147.

ADLER, E. y HAAS, P., "Epistemic Communities, World Order, and the Creation of a Reflective Research Program" en *International Organization* Vol. 4, Nro. 6, Año 1992

ADLER, J.H., "The Cartagena Protocol and Biological Diversity: Biosafe or Bio Sorry?" en *Georgetown International Environmental Law Review*, Spring 2000, 12, 3, pp. 761-777

AGUILAR, S. y JORDAN, A., "Principio de precaución, políticas públicas y riesgo" en *Política y Sociedad*, Vol. 40, Nro. 3, Año 2003, pp. 61-79

ALLOTT, P., *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford University Press, Oxford, 1990

ALMODOVAR IÑESTA, M., *Régimen jurídico de la biotecnología agroalimentaria*, Granada, Comares, 2002

APPLETON, A., "The Labeling of GMO products pursuant to international rules" en *New York University Environmental Law Journal*, Año 2000, pp. 566-578

APPLETON, A.E., *Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property- Module Technical Barriers to Trade*, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Geneve, 2003.

ARHTER, J., QUTUB, M., BURNHAM, N. y AKHTAR, M., "Genetically Modified foods: Health and Safety Issues" en *Annals of Saudi Medicine*, Vol. 21 Nros. 3 y 4, Año 2001, pp. 161-164

ATLEE, L., *Balancing concerns about genetically modified organisms with SPS and TBT obligations en SPS and TBT: Tools for harmonization of national legislations, or tool for fragmentation of markets? Analysis based on the case of foodstuff derived from modern biotechnology*, World Trade Institute, Berna, 2003.

BALICK, M., *Traditional Knowledge: lessons from the pass, lessons for the future* en MCMANIS, C., (Coord) *Biodiversity and the Law*, Earthscan, Londres, 2007

BARNHOORN y WELLENS, K., (editores), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, La Haya, Nijhoff, 1995.

BARSH, R., "Indigenous People: An Emerging object of International Law", en *American Journal of International Law*, Vol. 80, Año 1986, pp. 369-385.

BASSAN, F., *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Aracne, Roma, 2004.

BECK, U., *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998a

BECK, U., *Politics of risk society* en FRANKLIN, J. (editor) *The politics of risk society*, Polity Press, Londres, 1998b.

BENVENISTI, E. y DOWNS, G., "The Empire's New Clothes: Political Economy and fragmentation of international Law" en *Stanford Law Review*, Vol. 60, Año 2007, pp. 595-631.

BERMAN, P., "Global Legal Pluralism" en *Southern California Law Review*, Vol. 80, Año 2007, pp. 1155-1238.

BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Instituciones del Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001.

BIRNIE, P. y BOYLE, A., *International Law of the Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2 ed, 2002

BODANSKY, D., "New Developments in International Environmental Law: Remarks by Daniel Bodansky" en *Proceedings of the American Society of International Law*, 1991, pp. 413-417.

BODANSKY, D. y CROOK, J., "Introduction and Overview to Symposium: The ILC's State Responsibility Articles" en *American Journal of International Law*, Vol. 96, Año 2002, pp. 773-791.

BODANSKY, D., *The Art and Craft of International Environmental Law*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2010.

BODANSKY, D., "What's so Bad about Unilateral Action to Protect the Environment?" en *European Journal of International Law*, Vol. 11 Nro. 2, Año 2000; pp. 339-347

BOISSON DE CHAUZOURNES, L., "Faire entrer le doute dans le droit" *Biotech Forum: Le principe de Précaution pour mieux gérer les incertitudes*, Programme prioritaire Biotechnologie du fonds nationale suisse de la recherche scientifique, 2001

BOISSON DE CHAZOURNES, L., "Unilateralism and environmental Protection: Issues of perception and Reality of Issues" en *European Journal of International Law*, Vol 11, Nro. 2, Año 2000, pp. 315-338

BOISSON DE CHAZOURNES, L., *Le principe de précaution: nature, contenum limites*, en LEBEN, C. y VERHOEVEN, J., *Le principe de precaution. Aspects de droit international et communautaire*, Editions Pantheon Assas, Paris, 2002,

BOISSON DE CHAZOURNES, L., *The Precautionary Principle*, en Programa de las

Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Precaution: From Rio to Johannesburg. Proceedings of a Geneva Environment Network Roundtable*, Ginebra, pp.10-12

BORGEN, C., “Resolving Treaty Conflicts”, en *George Washington International Law Review*, Vol. 37, Año 2005, pp. 573-648

BRONCKERS, M., “More power to the WTO?”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Nro. 1, Año 2001, pp. 41-65.

BROW, J.L. y PING, Y., “Consumer perception of risk associated with eating genetically engineered soybean is less in the presence of a perceived consumer benefit” en *Journal of the American Dietetic Association*, Vol. 103, Año, 2003, pp. 208-214.

BROWN, S. y DAUD H., “Application of the “Precautionary Principle” in the 2000 Biosafety Protocol to the 1992 Convention on Biological Diversity” en *Journal of International Biotechnology Law*, Vol. 02, Año 2005-I, pp. 112-116

BRUNNÉE, J., “The United States and International Environmental Law: Living with an elephant” en *European Journal of International Law*, Vol. 15, Nro. 4, Año 2004, pp. 617-649

BUCHANAN, JM y TULLOCK, G., (1962), *El cálculo de Consentimiento, Los fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993.

BUCKINGHAM, D., “The labeling of GM Foods – The link between Codex and the WTO” en *AgBioForum* Vol. 3, Nro. 4, Año 2000, pp. 209-212.

CAILLAUX ZAZZALI, J., *Propiedad intelectual, diversidad biológica y conocimientos tradicionales. Una visión desde los Andes y la Amazonia* en AZTUDILLO GOMEZ, F., *Biología y Derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

CAMERON, V.J., *The Status of the Precautionary Principle in International Law*, en O'RIORDAN, T. y CAMERON, J., (editores), *Interpreting the Precautionary Principle*, Cameron May, London, 1994.

CANARIS, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker&Humblot, Berlín, 1969.

CANIZZARO, E., *Il principio della proporzionalità dell'ordinamento internazionali*, Giuffrè, Milano, 2000

CARLSSON, F., FRYKBLUM, P. y LAGERKVIST, C.-J., *Consumer benefits of label and bans on genetically modified food – An experimental analysis using choice experiments* - Working Paper in Economics Nro. 129 – University of Gothenburg, 2004

CARTER, C. y GRUÈRE, G., “Mandatory Labeling of Genetically Modified Foods: Does it really provide consumer choice?” en *AgBioForum*, Vol. 6 Nro. 1&2, Año 2003a, pp. 68-70.

CARTER, C. y GRUÈRE, G., “International approaches to the labeling of Genetically

Modified Foods” en *Agricultural Marketing Resource Center*, University of California, 2003b, pp. 1-4

CARTER, C., “International Approaches to the Labeling of Genetically Modified Foods” en *Update: Agricultural and Resource Economics* – University of California - Giannini Foundation, Vol 6, Nro 1, Año 2002, p. 2-10;

CARTY, A., *The Decay of International Law?: A reappraisal of the limits of legal imagination in international affairs*, Manchester University Press, Manchester, 1986

CASS, D, ‘The “Constitutionalization” of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade”, en *European Journal of International Law*, Vol. 12, Año 2001, pp. 39- 42

CASWELL, J., “Labeling Policy for GMOs: To each his own?” en *AgBioForum* Vol. 3, Nro. 1, Año 2000, p. 53-57

CASWELL, J., “Should use of genetically Modified organisms be labeled?” en *AgBioForum* Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, p. 22-24

CAZALA, J., *Principe de précaution et procédure devant le juge international*, en LEBEN, C. y VERHOEVEN, J., *Le principe de precaution. Aspects de droit international et communautaire*, Editions Pantheon Assas, Paris, 2002.

CAZALA, J., *Le role de l'interpretation des traités a la lumière de toute autre “regle pertinente de droit international applicable entre les parties” en tant que “pasarelle” jetée entre systemes juridiques différents* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores) *La circulation des concepts juridiques: Le Droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, Vol 16, Año 2009.

CAZORLA GONZALEZ, M., *La protección jurídica de las invenciones biotecnológicas y sus limitaciones* en CAZORLA GONZALEZ, M. y HERRERA CAMPOS, R., (editores), *Aspectos legales de la Agricultura Transgénica*, Universidad de Almería, Almería, 2004

CHAPMAN, A., “The human rights implications of intellectual property protection” en *Journal of International Economic Law*, Vol. 5, Nro. 4, Año 2002, pp. 861-882

CHARNEY, J., “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?”, en *Recueil des Courts*, Vol. 271, Año 1998, pp. 101-382.

CHARNEY, J., “The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals”, en *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 31, Año 1999, pp. 697-708.

CHARNOVITZ, S., “The WTO's environmental progress” en *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Nro. 3, Año 2007, pp. 685-706.

CHESS, C., “Fearing Fear: Communication about Agricultural Biotechnology” en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 17-21

- CHO, S., "The WTO Panel on the EC-Biotech Dispute Releases Its Final Report" en *American Journal of International Law*, Vol. 10, Nro. 28, Año 2006.
- CHRISTOFOROU, T., *The Precautionary Principle in EC Law and Science*, en TICKNER, J. (editor), *Environmental Science and Preventive Public Policy*, Island Press, Washington, DC, 2003.
- CLIVE, J., *Situación Global de los Cultivos Transgénicos/GM comercializados: 2009*, *International Service for the Acquisition of agri-biotech applications*, Cornell University Press, Ithaca, USA.
- COLYER, D., "The Role of Science in Trade Agreements" en *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 7 Nro. 1, Año 2006, pp. 84-95.
- COMBACAU, J. y SUR, S., *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 7ed, 2006
- COMISIÓN del CODEX ALIMENTARIUS, Grupo de Trabajo sobre etiquetado de alimentos e ingredientes alimentarios obtenidos por ciertas técnicas de modificación genética/ingeniería genética, Doc. CL 2007/38-FL, Octubre de 2007.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expención del Derecho internacional*, 58 Sesión, Año 2006.
- COOMBE, R., "Intellectual Property, Human Rights & Sovereignty: New Dilemmas in International Law Posed by the Recognition of Indigenous Knowledge and the Conversation of Biodiversity", en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 59, Nro 6, Año 1998.
- CORTI VARELA, J., *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales – Derecho de la Unión Europea y de la Organización Mundial del Comercio*, Reus, Madrid, 2010
- COTTIER, T. y HERTING, M., *The Prospects of 21st Century Constitutionalism – Working Paper*, World Trade Institute, Geneve, 2003.
- COTTIER, T. y PANIZZON, M., Legal perspectives on traditional knowledge: The case for intellectual property protection, en *Journal of International Economic law*, Vol. 7, Nro. 2, Año 2004.
- CRAIG, B., "Biopiracy and Native Knowledge: Indigenous Rights on the Last Frontier" en *Native Americas*, Vol. 14, Nro. 2, Año 1997.
- CZAR de ZALDUENDO, S., "The International Legal System and its Tensions: Fragmentation and Universal Ambition" en *Puente@Europa*, Año V, Nro. 2, Año 2007, pp. 4-15
- DELLA THOMPSON (editor). *The concise Oxford Dictionary of current English*, 9 ed. Oxford, 1995
- DELMAS-MARTY, M., *Global Law: A Triple Challenge*, Transnational Publishers, New York, 2003.

DI BENEDETTO, S., “La funzione interpretativa del Principio di Precauzione in Diritto Internazionale” en *Rivista del Commercio Internazionale*, Año 2006, p. 321-352

DI MASSO TARDITTI, M., *Gestión política del riesgo: reflexiones en torno a la regulación europea y catalana del OMG*, Universidad Autónoma de Barcelona, Paper 89, Año 2008, pp. 41-63

DIEZ de VELAZCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 14ed, 2003

DRAHOS, P., “Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a Global Bio-Collecting Society the Answer?” en *European Intellectual Property Review*, Vol. 22, Año 2000, pp. 245–250

DUNOFF, J., “Constitutional Conceits: The WTO’s ‘Constitution’ and the Discipline of International Law”, en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro 3, Año 2006, pp. 647–675

DUPUY, P-M., *Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international*, en BEN ACHOUR, R. y LAGHMANI, S., (directores) *Harmonie et contradictions en droit international*, Pedone, Paris, 1996.

DUPUY, P-M., “The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice”, en *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 31, Nro. 4, Año 1999, pp. 791-808.

DUPUY, P.M., *Le principe de précaution, règle émergente du droit international général*, en LEBEN C. y VERHOEVEN, J., *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Editions Pantheon Assas, Paris, 2002.

DUPUY, P-M., “L'unité de l'ordre juridique international” – Cours général de droit international public” en *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Vol. 297, Año 2002.

DUPUY, R-J., *A la recherche de l'homme: Le conseil de l'Europe et la bioéthique Perspectives du droit International et Européen*, *Recueil d'Etudes à la mémoire de Gilbert Apollis*, Pedone, Paris, 1992.

DUPUY, R-J., *La cloture du système international. La cité terrestre*, PUF, Paris, 1989

ECHEVERRIA, Y., *La propiedad intelectual en materia de patentes biotecnológicas y variedades vegetales* en CAZORLA GONZALEZ, M. y HERRERA CAMPOS, Ramón (editores), *Aspectos legales de la Agricultura Transgénica*, Universidad de Almería, Almería, 2004

EINSIEDEL, E., “Consumer and GM Food Labels: Providing information or Sowing Confusion?” en *AgBioForum* Vol. 3, Nro. 4, Año 2000, p. 231-235

EKANEM, E. y MAFUYAI-EKANEM, M., “Food Policy, Trade, Market, and Genetically Modified Foods: A Review of the literature on the Sciences, Technology, Politics and Economics of labeling” en *Journal of Food Distribution Research*, Vol.

35, Nro. 1, Año 2004, p.65-70.

FABRONI, M. y LENZERINI, F., *Indigenous Peoples' Rights, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge: The case of the Sataré-Mawé People* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

FALKNER, R., *Negotiating the biosafety protocol: the international process*, en BAIL, C., FALKNER, R. y MARQUAD, H. (Editores) *The Cartagena Protocol on Biosafety. Reconciling Trade and Biotechnology with Environment and Development?* Earthscan & The Royal Institute of International Affairs, Londres, 2002.

FAO – Commission on genetic resources for food and agriculture. “The role of law in realising the potential and avoiding the risks of modern biotechnology” Background Study Paper Nro. 19, Año 2002. p. 16

FARLEY, C., “Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?” en *Connecticut Law Review*, Vol. 30, Año 1997, pp. 1–48

FASSBENDER, B., *Sovereignty and Constitutionalism in international law* en WALKER, N. (editor) *Sovereignty in transition*, Hart, Oxford, 2003.

FASSBENDER, B., *The meaning of international constitutional law* en TSAGOURIAS, N., *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

FERNANDEZ GONZALEZ, M., Las medidas comerciales de los tratados internacionales de medio ambiente: Reflexiones sobre el multilateralismo medioambiental y la normativa de la OMC en *Boletín Económico de ICE*, Nro. 2785, Año 2003, pp. 31-40.

FERNANDEZ PONS, X., *La OMC y El Derecho Internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

FISHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, en *Michigan, Journal of International Law*, Vol. 25, Año 2004, pp. 999 a 1046.

FONTAGNE, L., MINOUNI, M. y PASTEELS, J.M., “Estimación de los efectos de los OTC y las MSF ambientales en el comercio internacional” en *Integración y Comercio*, Vol. 22, Año 2005, pp. 7-37.

FOSTER, C.E., “Prior Approval Systems and the Substance – Procedure Dichotomy Under the WTO SPS Agreement” en *Journal of World Trade*, Vol. 42, Nro. 6, Año 2008, pp. 1203-1217.

FRANCIONI, F., (editor), *Environment, Human Rights and International Trade*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001.

FRANCIONI, F., *Environment, Human Rights and the limits of free trade* en FRANCIONI, F. (editor) *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001

FRANCIONI, F., y SCOVAZZI, T. (Editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.

FRANCIONI, F., *International law for biotechnology: basic principles* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., (editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2006

FREESTONE, D., *International Fisheries Law since Rio: the Continued Rise of the Precautionary Principle*, en BOYLE, A.E. y FREESTONE, D., *International Law and Sustainable Development: Past achievements and future challenges*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

FRENCH, D., “Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, Año 2006 pp. 305-307

GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coordinadores), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

GARCIA ROCA, J. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* Nro. 5, Año 2006, pp. 139-182.

GARCIA ROCA, J. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Vol. 2, Nro. 2, Año 2005, pp. 37-82.

GASTON, G. y ABATE, R., “The Biosafety Protocol and the World Trade Organization: Can the Two Coexist?”, en *Pace International Law Review*, Vol. 12, Año 2000, pp. 107-151

GHEI, N., “Evaluating the WTO's two step test for environmental measures under article XX”, en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 18 nro. 1, pp. 117-150

GIRSBERGER, M., “Biodiversity and Tile Concept of Farmer's Rights in International Law – Factual Background and legal Analysis”, en *Studies in Global Economic Law*, Vol. 90, Nro. 320, Año 1999.

GODARD, O., *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 1997.

GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado. Derecho de tolerancia*, Buenos Aires, 1988.

GOLDSCHMIDT, W., *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1935.

GOLDSTEIN, J. y KEOHANE, R., (editores) *Ideas and Foreign Policy: An Analytical*

Frame-work. en GOLDSTEIN, J. y KEOHANE, R., (editores) *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change*, Cornell University Press, Ithaca, 1993

GOKLANY, I., *Applying the Precautionary Principle to Genetically Modified Crops*, Center for Studies of American Business, Policy Study Nro. 157, Washington, 2000.

GOMEZ LOZANO, M., *Biología, Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales* en CAZORLA GONZALEZ, M. y HERRERA CAMPOS, Ramón (editores), *Aspectos legales de la Agricultura Transgénica*, Universidad de Almería, Almería, 2004.

GRADONI, L. *Systemes juridiques internationaux: une esquisse* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L., (Directores) *La circulation des concepts juridiques: Le Droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, *Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, Vol 16, Año 2009.*

GRANT, I., "The WTO and Cartagena Protocol: International Policy Coordination or Conflict?" en *Current, Agriculture, Food and Resource Issues*, Nro. 4, año 2003, pp. 116-123.

GRANT, I. y KERR, W., "Genetically Modified Organisms at the World Trade Organization: A Harvest of Trouble" en *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nro. 6, Año 2003, pp. 1083-1095.

GRANT, I.E., "The SPS Agreement and Agri-food Trade Disputes: The Final Frontier" en *Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 05, Nro. 1, Año 2004, pp. 43-55

GRIECO, J., *Cooperation among Nations: Europe, America, and Non-Tariff Barriers to Trade*, Cornell University Press, Ithaca, 1990.

GRIECO, J., "The Maastricht Treaty, Economic and Monetary Union and the Neo-Realist Research Programme" en *Review of International Studies*, Vol 21, Año 1995, pp. 21-40.

GROSKO, B., "Genetic Engineering and International Law: Conflict or Harmony? An analysis of the Biosafety Protocol, GATT and the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures" en *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 20, Año 2001, p. 295

GUILLAUME, G. Discurso ante la sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 2000, disponible en <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>

GUILLAUME, G., "La Cour International de Justice. Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire" en *Revue Général de Droit International Public*, Vol 100, Nro. 2, Año 1996, pp. 323-333.

GULLETT, W., "Environmental Protection and Precautionary Principle: A response to scientific uncertainty in Environmental management" en *Environmental and Planning Law Journal*, Vol. 14, Nro. 1, Año 1997, pp. 52-69.

GÜNDLING, V.L. "The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action", en *International Journal Estuarine and Coastal Law*, Vol. 5, Año 1990, pp. 23-30.

HABERMAS, J., *The divided west*, Policy Press, Cambridge, 2006

HAFNER, G., *Risks Ensuring from fragmentation of International Law*, Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth session, supplement No. 10, Annex.

HAGEN, P. y WEINER, J.B., "The Cartagena Protocol on Biosafety: New Rules for International Trade in Living Modified Organisms" en *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol 12, Nro. 3, Año 2000, pp. 697-716

HALFER, L. y SLAUGHTER, A-M., "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication" en *Yale Law Journal*, Nro. 107, Nro. 2, Año 1997, pp. 273-391.

HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., "Interests, Power, Knowledge: The study of International Regimes", en *Mershon International Studies Review*, Vol. 40, Nro. 2, Año 1996, pp. 177-228.

HAAS, P., "Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination" en *International Organization*, Vol. 4, Nro. 6, Año 1992.

HAUGE, H., "Patent Rights and Human Rights: Exploring their relationships" en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 10, Nro. 2, Año 2007, pp. 97-124.

HAUGEN, H., "Traditional Knowledge and Human Rights" en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 8, No. 5, Año 2005, pp. 663-677

HEALY, M.P., "Information based regulation and International trade in Genetically Modified Agricultural Products: An evaluation of the Cartagena Protocol on Biosafety" en *Washington University Journal of Law and Policy*, Nro 9, 200, pp. 205-243

HELLIO, H., *Résolution et Prévention des conflits normatives* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores), *La circulation des concepts juridiques: Le Droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, Vol 16, Año 2009.

HENKIN, L., *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, Praeger, New York, 1968.

HERRERA HIZAGUIRRE, J.A., "El principio precautorio en la era de los OGM: incertidumbre y conflicto internacional" en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Núm. 12-13, Año 2005, p. 1-11

HERRERA, J.A., HERNANDEZ, F., RODRIGUEZ, J.G., ZAMUDIO, C., LOPE, L.H., HUERTA, M., SALINAS, R., "El Protocolo de Cartagena y la Conservación del Medio Ambiente en la era de la Biotecnología", en *Revista Desarrollo Local Sostenible*, Vol. 2, Nro. 5, Año 2009, pp. 1-10

HIGGINS, R., "The ICJ, the ECJ, and the integrity of international law", en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 18, Año 2003, pp. 1-20.

HILF, M. “¿Libertad del comercio mundial contra protección del medio ambiente?” en *Revista Electrónica de Estudios Internacional*, Nro. 1, Año 2000, pp.1-27

HILF, M., “Power, rules and principles - which orientation for WTO/GATT law?” en *Journal of International Economic Law*; Vol. 4, Nro. 1, Año 2001, pp. 111-130.

HOBAN, T., “Trends in consumer attitudes about agricultural biotechnology” en *AgBioForum*, Vol 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 3-7

HOBBS, A.L.; HOBBS, J.E.; KERR, W.A.; “The Biosafety Protocol: Multilateral Agreement on Protecting the Environment or Protectionist Club?” en *Journal of World Trade*; Vol 39, Nro. 2, Año 2005, pp. 281-300.

HOHMANN, H., *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, London / Dordrecht / Boston, 1994.

HOWSE, R. y REGAN, D., “The Product/Process Distinction -an illusory basis for Disciplining “Unilateralism in Trade Policy”, en *European Journal of International Law*, Vol. 11, Nro. 2, Año 2000, pp. 249-289

HU, J., “The role of international law in the development of WTO law”, en *Journal of International Economic Law*; Vol. 7, Nro. 1; Año 2004, pp. 143-167.

I.C.J. Opinión Consultiva sobre “Licitud de la Amenaza o del empleo de Armas Nucleares” Recueil 1996.

I.C.J. Reports 1997, Gabcikovo-Nagymaros – Hungría c. Eslovaquia, Judgment, I.C.J. Reports 1997.

JACKSON, J. *World Trade and the Law of GATT. A legal analysis of General Agreement on tariffs and Trade*, The Bobbs-Merril Company, Charlottesville, Virginia, The Michie Company, Law Publisher, 1969.

JEROME, J.S., “How International Legal Agreements Speak About Biodiversity” en *Anthropology Today*, Vol. 14, Nro. 6., año 1998, p. 7-9

JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P., “Análisis del Principio de Precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea” en *Política y Sociedad*, Vol. 40, Nro. 3, Año 2003, pp. 7-22.

JOERGES, C., *Conflict of Laws as Constitutional Form: Refletions on International Trade Law and Biotech Panel Report*, RECON Online Working Paper, Nro. 2007/3, Año 2007

JOERGES, C., *Constitutionalism in Postnational Constellations: Contrasting Social Regulation in EU an the WTO*, en JOERGES, C. y PETERSMANN, E-U., (editores) *Constitutionalism, Multi level Trade Governance and Social regulation*, Hart Publishing, Londres, Año 2006a.

JOERGES, C., *Trade with Hazardous Products? The emergence of Transnational*

Governance with Eroding State Government, European University Institute, Working Paper Nro. 2006/5, Año 2006b

KADELBACH, S. y KLEINLEIN, T., “International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles” en *German Yearbook of International Law*, Vol. 50, Año 2007, pp. 303-347

KARJALA, D. “Biotech Patents and Indigenous Peoples”, en *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 7, Año 2006, p.483.

KATZ, D., “The Mismatch between the Biosafety protocol and the Precautionary Principle” en *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol 13, Nro. 4, Año 2001, pp. 949-982.

KELCH, D., SIMONE, M. y MADELL, M., “Biotechnology in agriculture confronts agreements in the WTO” en *Agriculture in the WTO/WRS*, Vol. 4, Año 1998, pp. 34-35

KEOHANE, R., *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, Princeton, 1984.

KEOHANE, R. y NYE, J., *Poder e Interdependencia: La política mundial en transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988.

KEOHANE, R., *Neoliberal Institutionalism: A Perspective on World Politics* en KEOHANE, R., *International Institutions and State Power: Essays in International Theory*, Westview Press, Boulder, 1989.

KEOHANE, R., *The Analysis of International Regimes: Towards a European-American Research Programme*, en RITTBERGER, V. *Regime Theory and International Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

KERR, W. “Who Should Make the Rules of Trade? – The Complex Issue of Multilateral Environmental Agreements” en *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 3, Nro. 2, Año 2002, pp.163-175.

KERR, W., “Science-based Rules of Trade – A Mantra for Some, An Anathema for Others” en *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 4, Nro. 2, Año 2003, pp. 86-97.

KINDLEBERGER, C., “Dominance and Leadership in the International Economy: Exploitation, Public Goods, and Free Rides” en *International Studies Quarterly*, Vol. 2, Nro 5, Año 1981, pp. 242-254.

KINDLEBERGER, C., *The World in Depression 1929-1939*, London, Penguin, 1973.

KING, S. *Commentary about the biodiversity, the Biotechnology and the Protection of the Traditional Knowledge: A perspective from the private Sector*, en MCMANIS, C., (Coord), *Biodiversity and the Law*, Earthscan, Londres, 2007.

KLABBERS, J. “Constitutionalism Lite”, en *International Organization Law Review*, Nro 1, Año 2004, pp. 31-58

KOLB, R., "Principles as sources of international law (with special reference to good faith)" en *Netherlands International Law Review*, Nro. 1, Año 2006, pp. 1-36.

KOSKENNIEMI, M., "Keynote Address at Harvard Law School Symposium on Comparative Visions of Global Public Order: Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought" disponible en <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MKPluralism-Harvard-05d%5B1%5D.pdf>

KOSKENNIEMI, M. "Formalismo, fragmentación y libertad. Temas Kantianos en el Derecho internacional actual" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nro. 15, Año 2008, pp. 1-16.

KRASNER, S., *Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables* en KRASNER, S. (editor), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983a

KRASNER, S., "Global Communications and National Power: Life on the Pareto Frontier" en *World Politics*, Vol. 43, Año 1991, pp. 336-366.

KRASNER, S., *Regimes and the Limits of Realism: Regimes as Autonomous Variables* en KRASNER, S. (editor), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983a

KRASNER, S., *Structural Conflict: The Third World Against Global Liberalism*, University of California Press, Berkeley, 1985

KRATOCHWIL, F., *Norms Versus Numbers: Multilateralism and the Rationalist and Reflexivist Approaches to Institutions - A Unilateral Plea for Communicative Rationality* en RUGGIE, J. (editor), *Multilateralism Matters: The Theory and Praxis of an Institutional Form*, Columbia University Press, New York, 1993b.

KRATOCHWIL, F., *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989

KRISCH, N., "International Law in times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of international Legal Order" en *European Journal of International Law*, Vol. 16, Nro. 3, Año 2005, pp. 369-408.

KRISCH, N. "The pluralism of global Administrative Law" en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 1, Año 2006, pp. 247-278.

KURUK, P., "Bridging the Gap between Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: Is Reciprocity an Answer?" en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 7, Nro. 3, Año 2004, pp. 429-446.

KWIATKOWSKA, B., "The Ireland v. United Kingdom (Mox Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism", en *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 18, Nro. 1, Año 2003, pp. 1-58

LAIDLAW, A.K., "Is it better to be safe than sorry? The Cartagena Protocol versus the World Trade Organisation" en *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 36,

Nro. 2, Año 2005, p. 427-467

LAMY, P., “El lugar y la función (del derecho) de la OMC en el orden jurídico internacional”, Intervención ante la Sociedad Europea de Derecho Internacional, Paris, 2006, disponible en http://www.wto.org/spanish/news_s/sppl_s/sppl26_s.htm

LAMY, P., “The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order” en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 5, Año 2007, pp. 969–984

LATORRE QUINN, M., “Protection for Indigenous Knowledge: An International Law Analysis” en *Saint Tomas Law Review*, Vol 14, Año 2001, pp. 287-313

LEBEN, C. y VERHOEVEN, J., *Le principe de precaution. Aspects de droit international et communautaire*, Editions Pantheon Assas, Paris, 2002.

LEWINSKY, S., *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, Kluwer Law International, La Haya, 2004

LINDERFALK, U., “Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation” en *Netherlands International Law Review*, Año 2007, pp. 133-154

LINDERFALK, U., “Who are “the parties”? Article 31, paragraph 3(C) of the 1969 Vienna Convention and the “Principle of systemic integration” revisited” en *Netherlands International Law Review*, Año 2008, pp. 343-364.

LOPEZ MARTÍN, A.G., “Judicialización y sectorización del Derecho Internacional” en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Año 2001-2002, pp. 145-175

MACKENZIE, A., “The process of developing labeling standard for GM Foods in the Codex Alimentarius” en *AgBioForum*, Vol. 3, Nro. 4, Año 2000 pp. 203-208.

MACMILLA, F., *WTO and the Environment*, Sweet and Maxwell, London, 2001.

MALJEAN-DUBOIS, S., *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et Protection de l'environnement*, Centre d'etudes et de Recherche Internationales et Cummunautaires (CERIC), Bruylent, Brussels, 2003.

MARCEAU, G., “A call for coherence in international law – Praises for the prohibition against “clinical isolation” in WTO disputes settlements” en *Journal of World Trade*, Nro. 33, Año 1999, pp. 87-152.

MARCEAU, G., “Conflict of norms and conflict of jurisdictions -the relationship between the WTO agreements and MEAs and other treaties” en *Journal of World Trade*, Nro. 35, Año 2001, pp. 1081-1131.

MARCEAU, G. *Le principe de précaution et les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce*, en LEBEN, C. y VERHOEVEN, J., *Le principe de precaution. Aspects de droit international et communautaire*, Editions Pantheon Assas, Paris, 2002.

MARCEAU, G., “WTO Disputes Settlement and Human Rights” en *European Journal of International Law*, Vol. 14 Nro. 4, Año 2002, pp. 753-814

MARCHALL, K., “What's in a label?” en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 35-37

MARR, S. “The southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources” en *European Journal of International Law*, Vol. 11, Nro 4, Año 2000, pp. 815-831.

MARTIN-BIDOU P., “Le Principe de Precaution en Droit International de l'environnement” en *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 103, Nro3, Año 1999, pp. 631-666

MATSUSHITA, M., “Governance of International Trade Under World Trade Organization Agreements-Relationship between World Trade Organization Agreements and another Trade Agreements” en *Journal of World Trade*, Vol. 38, Nro. 2, Año 2004, pp. 185-210.

MC GRADY, B., “Fragmentation of international law or “Systemic integration” of treaty Regimes: EC – Biotech Products and the Proper Interpretation of article 31 (3) (c) of Vienna Convention on the Law of Treaties” en *Journal of World Trade*, Vol. 42, Nro. 4, Año 2008, pp. 589-618.

MCMANIS, C. *Biodiversity, Biotechnology and the Protection of Traditional Knowledge: Law, Science and Practice* en MCMANIS, C., (Coord) *Biodiversity and the Law*, Earthscan, Londres, 2007

MC NELIS, N., “EU communication on the precautionary principle” en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3 Nro.3, Año 2000, pp. 545-551

MC NELIS, N., “The rol of the judge in the EU and the WTO” en *Journal of International Economic Law* , Vol. 4, Nro. 1, Año 2001, pp. 189-208.

MC RAE, D. “The WTO in international law: tradition continued or New Frontier?”, en *Journal of International European Law*, Vol. 3, Nro. 1, Año 2000, pp. 27-41.

MC RAE, D., “The Contribution of International Trade Law to the development of International Law”, en *Recueil des Cours*, Vol. 260, Año 1996, pp. 103-237.

MCLACHLAN, C., The principle of Systemic Integration and Article 31. 3 c) of Vienna Convention en *International and comparative Law Quarterly*, Vol. 54, Nro. 2, Año 2005, pp. 279-320.

MERGES, R., *Patent Law and Policy*, Michie, 2 ed. 1997

MERSON, J. “Bio-Propecting or Bio-Piracy: Intellectual Property Rights and Biodiversity in a Colonial and Postcolonial Context” en *Osiris*, 2nd Series, Nature and Empire: Science and the Colonial Enterprise, Año 2000, Vol. 15, pp. 282-296.

MOSCHINI, G.C. y LAPAN, H., *Labeling regulations and segregation of first and second generation Genetically Modified Product: Innovation incentives and welfare effects*, Working Paper 05-WP, Agricultural Marketing Resource Center – Center form Agricultural and Rural Development – Iowa State University, 2005

MOSSINGHOFF, G., The Biodiversity Convention and Intellectual Property Rights: Conflict or Harmony?, en *Patent World*, Nro. 106, Año 1998, pp. 27-30.

MOTAAL, D.A., "The "Multilateral Scientific Consensus" and the World Trade Organization" en *Journal of World Trade*, Vol. 38, Nro. 5, Año 2004, pp. 855-876.

MOTAAL, D.A., "Is the World Trade Organization Anti-Precaution?" en *Journal of World Trade*, Vol. 39, Nro. 3, Año 2005, pp. 483-501.

NGO, M., "La conciliation entre les impératifs de sécurité alimentaire et la liberté de commerce dans l'accord SPS" en *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 21, Nro. 1, Año 2007, pp. 27-42.

NOIVILLE, C., "Principe de precaution et organisation mondiale du commerce, le cas du commerce alimentaire" en *Journal de Droit International*, Nro. 2, Año 2000 pp. 263-297.

NYE, J., "Soft Power" en *Foreign Policy*, Nro. 80, Año 1990, pp. 153-171.

NYE, J. Jr., *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, Madrid, 2003.

OCDE, "Biotechnology: international trends and perspectives", Paris, 1982

OCDE, "Policy Brief: Modern Biotechnology and the OCDE" Paris, 2005.

OGUAMANAM, C., *International Law and Indigenous Knowledge, intellectual Property, Plant Biodiversity and Traditional Medicine*, University of Toronto Press, Toronto, Canadá, 2006

OGUAMANAM, C., "Local Knowledge as Trapped Knowledge: Intellectual Property, Culture, Power and Politics" en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 11, Nro. 1, Año 2008, pp. 29-57.

OKAFOR, O., "Viewing international legal fragmentation from a third world plane: A TWAIL Perspective", en *Proceedings of the 34th Annual Conference of the Canadian Council on International Law*, Ottawa, 2006, pp. 115-132.

ORAKHELASHVILIP, A., "The Idea of European International Law" en *European Journal of International Law*, Vol. 17 Nro. 2, Año 2006; p. 315-347.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, La Protección de los Conocimientos Tradicionales: Revisión de Objetivos y Principios, Documento preparado por la Secretaría, 2010.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Nota de la Secretaría, IP/C/W/368/Rev.1, 2006.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los

Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, Protección de los Conocimientos Tradicionales y el Folclore – Resumen de las Cuestiones Planteadas y de las Observaciones Formuladas, Nota de la Secretaría, IP/C/W/370/Rev.1, 2006.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Exámen de las Disposiciones del Párrafo 3 b) del Artículo 27 – Resumen de las Cuestiones Planteadas y las Observaciones Formuladas - Nota de la Secretaría, IP/C/W/369/Rev.1, 2006.

OSAVA, M., *Brazil - Biodiversity: Crackdown on Eco-Pirates*, International Press Service, 1997

OST, F. y VAN de KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Brussels, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PAGLIARI, A., “Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos” en *Ars Boni et Aequi - Revista Jurídica Universidad Bernardo O'Higgins*, Nro 5, Año 2010, pp. 11-38

PAULUS, A., “Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation”, en *Nordic Journal International Law*, Vol. 74, Año 2005

PAUWELYN, J., *The application of Non-WTO rules of International Law in WTO Dispute Settlement* en MACRORY, P., APPLETON, A. y PLUMMER, M. *The World Trade Organization: Legal, economic and Political Analysis*, Springer, New York, 2005

PAUWELYN, J. “The role of public international law in the WTO: How Far Can We Go?” en *American Journal of International Law*, Vol. 95, Año 2001, p. 535-578

PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Order Rules of International Law*, Cambridge University Press, New York, Año 2003

PAUWELYN, J., “How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization law?” en *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nro. 6, Año 2003, pp. 997-1030.

PAUWELYN, J., “Recent Books on Trade and environment: GATT Phantoms still haunt the WTO” en *European Journal of International Law*, Vol 15, Nro. 3, Año 2004, pp. 575-592.

PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology: consolidation and Strains in the emerging International Legal Regimes* en FRANCONI, F., y SCOVAZZI, T. (Editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford- Portland, 2006.

PAVONI, R., *Biosafety and Intellectual Property Rights: Balancing Trade and Environmental Security – The Jurisprudence of the European Patent Office as a Paradigm of an international Public Policy Issue* en FRANCONI, F., (editor), *Environment, Human Rights and International Trade*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001.

PEEL, J., “A GMO by Any Other Name . . . Might Be an SPS Risk!: Implications of Expanding the Scope of the WTO Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement” en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 5, Año 2007, pp. 1009–1031.

PEEL, J., *Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science as an International Normative Yardstick?* The Jean Monnet Working Papers No.2/04, 2004.

PEEL, J., “A Paper Umbrella Which Dissolves in the Rain? The Future for Resolving Fisheries Disputes under UNCLOS in the Aftermath of the Southern Bluefin Tuna Arbitration” en *Melbourne Journal of International Law* , Vol. 3, Nro. 1, Año 2002, pp. 53-78.

PELLET, A. “Droit de l’hommisme et droit international”, Conferencia en memoria de Gilberto Amado, Naciones Unidas, 2000.

PETERSMANN, E.U., *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, 1995.

PETERSMANN, E-U., *Constitutionalism, International Law and “We the people of the United Nations*, Springer, Berlin, 2002.

PETERSMANN, E., “Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration” en *European Journal of International Law*, Vol. 13, Nro. 3, Año 2002, pp. 621-650.

PETERSMANN, E., *The WTO Constitution and the Millennium Round* en BRONCKERS, M. y QUICK, R. (editores), *New Directions in International Economic Law*, Kluwer Law International, Año 2000.

PETERSMANN, E., “The WTO Constitution and Human Rights” en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Nro. 1, Año 2000, pp. 19-25.

PETERSMANN, E., “Constitutionalism and International Organizations” en *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 17 Año 1996., pp. 398-469.

PETERSMANN, E., “How to Reform the UN System? Constitutionalism, International Law, and International Organizations” en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 10, Nro. 3, Año 1997, pp. 421-474.

PETERSMANN, E., “How to Constitutionalize the United Nations? Lessons from the “International Economic Law Revolution”, in *Liber Amicorum Gunther Jaenicke*, Año 1998.

HILF, M. y PETERSMANN, E., (editores), *National Constitutions and International Economic Law*, Año 1993.

PETERSMANN, E., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, University Press Fribourg, Fribourg, 1991.

PHILLIPS, P. y GRANT, I., “GMO Labeling: Threat or opportunity?” en *AgBioForum*,

Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, p. 25-30.

PICONE, P. y LIGUSTRO, P., *Diritto de l'Organizzazione Mondiale del Commercio*, CEDAM, Padova, 2002.

POLI, S., *Setting out international food standars: Euro-American conflicts within Codex Alimentarius Commission* en MAJONE, G. (Editor), *Regulation in the European Union: between enlargement and internationalization*, European University Institute, Florence, 2003.

POLLACK, M. y SHAFFER, G., *When Cooperation Fails: The International Law and Politics of Genetically Modified Foods*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

PRINCEN, S., "EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics" en *European Journal of International Law*, Vol. 15, Nro.3, Año 2004, pp. 555-574.

PULKOWSKI, D., "Book Review" en *European Journal of International Law*, Vol 16, Nro. 1, Año 2005, pp. 153-160.

PUTMAN, R., "Diplomacy and Domestic Politics: The logic of two-level games" en *International Organizations*, Vol. 42, Nro. 3, Año 1988, pp. 427-460.

RAAB, C. y GROBE, D., "Labeling Genetically Engineered Food: The consumer Right to Know?" en *AgBioForum*, Vol. 6, Nro. 4, Año 2003, pp. 155-161.

RAFFENSPERGER, C., TICKNER, J., JACKSON, W., *Protecting Public Heath and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Island Press, Washington, 1999.

RAUSTIALA, K. Y VICTOR, D., "The regime complex for plant genetic resources" en *International Organization*, Vol. 58, Nro. 2, Año 2004, pp. 277-309.

READ, R., "Like Products, Health & Environmental Exceptions: The Interpretation of PPMs in Recent WTO Trade Dispute Cases" en *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 5 Nro. 2, Año 2004, pp.123-146.

REAL ACADAMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española 23 ed. <http://www.rae.es/>

REDGWELL, C., *Biotechnology, Biodiversity and Sustaintable Development: conflict or Congruence?* en FRANCONI, F., y SCOVAZZI, T. (Editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publising, Oxford and Portland, 2006.

REDICK, T.P., "The Cartagena Protocol on Biosafety: Precautionary Priority in Biotech Crop Approval and Containment of Commodities Shipments" en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 18 Nro. 1, pp. 51-62.

REICHMAN, J. "The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Corporation with Developing Countries?, Case Western Reserve" en *Journal of International Law*, Vol. 32, Año 2000, pp. 441-470.

REMIRO BROTONS, A., "Entrevista a Antonio Remiro Brotons" en *Puente @ Europa*,

Año V, Nro. 2, Año 2007, p. 24-27.

REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DIEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E. y PEREZ-PRAT DURBAN, L., *Derecho internacional*, Titant lo Blanch, Valencia, 2007.

RODILES, A., “La fragmentación del Derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidad para México?” en *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, Vol. IX, Año 2009, pp. 373-413.

RODRIGUEZ, J., “La evolución de la patentabilidad de material biológico en Estados Unidos y Europa: Patentes sobre descubrimientos y apropiación de vida” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nro. 17, Año 2008-I, pp. 201-227.

ROHT-ARRIAZA, N., “Of Seeds and Shamans: The Appropriation of Scientific and Technical Knowledge of Indigenous and Local Communities” en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, Año 1996, pp. 919–966.

ROSENDAL, K., *The Convention on Biological Diversity and TRIPs: different approaches to Property Rights to Genetics Resources – Cause for Worry?* Project Deliverable Nro. 5 D.5 The Fridtjof Nansen Institute, 2003, Oslo.

ROSSI DAL POZZO, F., *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Giuffrè, Milano, 2005.

RUGGIE, J., “International Responses to Technology: Concepts and Trends” en *International Organization*, Vol. 29 Nro. 3, Año 1975, pp. 557-584.

RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores) *La circulation des concepts juridiques: Le Droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, Vol 16, Año 2009.

SAGEMUELLER, I., “Non-Compliance Procedures under the Cartagena Protocol: A wise Decision for a Soft Approach?” en *New Zeland Journal of Environmental Law*, Nro. 9, Año 2005, pp. 163-208.

SAIGO, H., “Agricultural Biotechnology and the Negotiation of Biosafety Protocol” en *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 12, Nro. 3, Año 2000, pp. 779-816.

SALINAS ALCEGA, S. y TIRADO ROBLES, C., *Adaptabilidad y fragmentación del Derecho internacional: La crisis de la sectorización*, Real Instituto de estudios Europeos, Zaragoza, 1999.

SAN MARTIN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *La Organización Mundial del Comercio y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2000.

SANDS, P. “Unilateralism, Values and International Law” en *European Journal of International Law*, Vol. 11, Nro. 2, Año 2000, pp. 292-301

SANDS, P., “Vers une transformation du droit international? Institutionnaliser le doute”

en *Droit International*, Vol. 4, IHEI-Pedone, Paris, 2000, pp. 181-272.

SANDS, P., "Treaty, Custom and the Cross. Fertilization of International Law" en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 1, Año 1998, pp. 85-105.

SCOTT, J., "International Trade and environmental Governance: Relating Rules (and Standards) in the EU and the WTO" en *European Journal of International Law*, Vol. 15, Nro. 2, Año 2004, pp. 307-354.

SEIFERT, F., *Divided We Stand: The EU as Dissonant Player in the Global Governance of Agro-Food Biotechnology*, UNU-IAS (United Nations University - Institute of Advance Studies), Working Paper No. 146, Yokohama, Japón, 2006

SEIFERT, F., "The Transatlantic Conflict over Biotechnology and the Hegemony of Physical Risk" en *Yearbook of the Institute for Advanced Studies on Science, Technology & Society*, Año 2005, pp. 367-388.

SEIN, A. y MAHMOD, N., "The WTO rules versus Multilateral Environmental Agreements: The Search for reconciliation" en *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, Vol 57, Nro. 5, Año 2008, pp. 57-79.

SHAW, S. y SCHWARTZ, R., *Precaución Comercial: El principio de Precaución y la OMC*, Informe UNU-IAS (United Nations University - Institute of Advance Studies), Yokohama, Japón, 2005.

SHIM, Y., "Intellectual Property Protection of Biotechnology and Sustainable Development in International Law" en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation.*, Vol. 29, Nro. 2, Año 2003 pp. 157-247.

SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law" en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 3, Año 2006, pp. 483-529.

SINDICO, F., "La Prohibición del Comercio Internacional en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología: ¿Un desafío a la Organización Mundial del Comercio?" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nro. 7, Año 2003, pp. 1-23.

SINDICO, F. *Unravelling the Trade and Environment Debate through Sustainable Development Law Principles*, Florence Founding Conference de la European Society of International Law, 2004.

SLAUGHTER, A-M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

SLOTBOOM, M., "Do public Health Measures Receive Similar Treatment in European Community and World Trade Organization Law?" en *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nro. 3, Año 2003, pp. 553-596.

SMITH, F., "Multifunctionality and non-trade concerns in the agriculture negotiations" en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3 Nro. 4, Año 2000, pp. 707-713.

SNIDAL, D., "Coordination Versus Prisoners' Dilemma: Implications for International

Cooperation and Regimes” en *American Political Science Review* Vol. 79, Año 1985a, pp. 923-942.

SNIDAL, D., “The Limits of Hegemonic Stability Theory” en *International Organization*, Vol. 3, Nro. 9, Año 1985b, pp. 579- 614.

SOMPORN, T., “Intellectual Property: Changes Sought in WTO Agreement on Living Material: Concerns over Issue becoming Trade-Related” en *Bangkok Post*, 1999.

SOREL, J-M., *Secion 3 – Interprétation des traités - Article 31: Règle Générale d'interprétation* en CORTEN, O. y KLEIN, P. (Directores) *Les conventions de Vienne sur le Droit des Traités – Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, T. II.

STANTON, J., “Sustainable Development of Genetically Modified Organisms” en *New Zealand Journal of Environmental Law*, Nro. 10, 2006, pp. 1-40.

STEINER, H., “Ideals and Counter-Ideals in the Struggle Over Autonomy Regimes for Minorities” en *Notre Dame Law Review*, Vol. 66, Año 1991, pp. 1539-1560.

STEWAR, T. y JOHANSON, D., "Anexus of trade and the environment:the relationship between the Cartagena Protocol on Biosafety and the agreement on the aplication of sanitary and Phitosanitary Measures of the WTO" en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 25, Nro. 1, Año 2003,

STILWELL, M. y VAN DYKE, B., *An Activist's Handbook on Genetically Modified Organisms and the WTO*, Center of international Environmental Law, Second Edition, 1999.

SUNSTEIN, C., “Beyond the Precautionary Principle” en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol 151, Nro. 3, Año 2003, pp. 1003-1059.

SUPPAN, S., *The WTO Agreements and the Biosafety Protocol: Prospects for Reconciliation and Implementation*, Institute for Agriculture and Trade Policy, 2000.

SWEPSTON, O., “Latin American Approaches to the Indian Problem” en *International Labour Review*, Vol. 117, Nro. 2, Año 1978, pp. 179-196.

SYVERSON, M., “Afterword GATT, the Environment and the Third World” en *Environmental Law*, Vol. 23, Año 1993, pp. 715, 716-17

TARASOFKY, R., “Ensuring the compatibility between Multilateral Environmental Agreements and GATT/WTO” en *Yearbook of international Environmental Law*, Nro. 7, Año 1996, pp. 52-74.

TEJERA, V., “Tripping over Property Rights: It is possible to reconcile the Convention on Biological Diversity with article 27 of the Trips agreements?” en *New England Law Review*, Vol 33, Nro. 4, Año 1999, pp. 967-987.

TOMUSCHAT, C., “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law”, en *Recueil des cours*, Vol. 281, Año 1999, pp. 9-438.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela*, Universidad Autónoma de Madrid, Cortesía de la autora.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Lección sobre los derechos de los pueblos indígenas en el orden internacional*, presentada el 22 de noviembre 2000 en la oposición a titular en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid, Cortesía de la autora

TRACHTMAN, J., "Regulatory jurisdiction and the WTO" en *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Nro. 3, Año 2007, pp. 631-651.

TRACHTMAN, J., "The Constitutions of the WTO", en *European Journal of International Law*, Vol. 17 Nro 3, Año 2006, pp. 623-646.

TROUCHE, A., "Le principe de Précaution, entre unité et diversité: Étude comparative des systèmes communautaire et Organisation Mondiale du Commerce" en *Cahiers de Droit Européen*, Bruxelles, 2008, Nro. 3-4, pp. 279-338.

TROUWBORST, A., *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague/London/New York, 2002.

ULLRICH, H., *Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics?* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T. *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2006.

UNNVEHR, L. y HASLER, C. "Health claims and labeling regulation: How will consumer learn about functional foods?" en *AgBioForum*, Vol. 3, Nro. 1, Año 2000, pp. 10-13.

VEGGELAND, F. y BORGEN, S., "Negotiating International Food Standards: The World Trade Organization impact's on the Codex Alimentarius Commission en *Governance*, Vol. 18, Nro 4, Año 2005, pp. 675-708.

VICTOR, D., "The sanitary and phytosanitary Agreement of World Trade Organization: An Assessment after five years" en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 32, Nro 4, Año 2004, pp. 865-937.

VIRALLY, M., "Review Essay: Good Faith in Public International Law" en *American Journal of International Law*, Vol. 77, Nro. 1, Año 1983, pp. 130-134.

VON BOGDANDY, A., "El constitucionalismo en el Derecho internacional: comentario sobre una propuesta alemana" en *Puente@Europa*, Año V, Nro. 2, Año 2007, pp. 34-42.

VON BOGDANDY, A., *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, Nro. 1, Año 2006, pp. 223-242.

WALKER, N., *Late sovereignty in the European Union*, en WALKER, N., (editor) *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Londres, 2003.

WALKER, V. y HICKEY, J., "Refining the Precautionary Principle in International

environmental Law” en *Virginia environmental Law Journal*, Vol. 3, Año 1995, pp. 423-454.

WARD, H., “Introduction and Overview” en *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs 1944), Vol. 76, Nro. 2 (Special Biodiversity Issue) Año 2000, pp. 213-222.

WARWICK, G. “Environmental Protection and Precautionary Principle: A response to scientific uncertainty in Environmental management” en *Environmental and Planning Law Journal*, Vol. 14, Nro. 1, Año 1997, pp. 52-69.

WENDT, A. y DUVALL, R., *Institutions and International Order* en CZEMPIEL, E.O. y ROSENAU, J., (editores) *Global Changes and Theoretical Challenges: Approaches to World Politics for the 1990s*, Lexington Books, Lexington, 1989.

WISEMAN, Z., “The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules”, en *Harvard Law Review*, Vol. 100, Nro. 3, Año 1987, pp. 465-545.

WOLFF, C., *Biosafety, Biotechnology And The WTO - The SPS And TBT Agreements And GATT*, Paper presentado en el ICTSD Workshop sobre Biotechnology, Biosafety and Trade: Issues for Developing Countries, 18-20 de Julio de 2001, Ginebra, Suiza.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), Introduction to Intellectual Property, in Draft Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), en <http://www.wipo.int/globalissues/tklreport/interim/docs/2-5.doc>.

WOUTERS, J. y DE MEESTER, B., “The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation on International Law” en *Journal of World Trade*, Vol. 42, Nro. 1, Año 2008, pp. 205-240.

YOUNG, O., *Resource Regimes: Natural Resources and Social Institutions*, University of California Press, Berkeley, 1982.

YOUNG, O., *International Cooperation: Building Regimes for Natural Resources and the Environment*, Cornell University Press, Ithaca, 1989a.

YOUNG, O., “International Regimes: Problems of Concept Formation” en *World Politics*, Vol. 32, Nro 2, Año 1980, pp. 331-356.

YOUNG, O., “International Regimes: Toward a New Theory of Institutions” en *World Politics*, Vol. 39, Nro. 1, Año 1986, pp. 104-122.

YOUNG, O., “Political Leadership and Regime Formation: On the Development of Institutions in International Society” en *International Organization*, Vol. 4, Nro. 5, Año 1991, pp. 281-308.

YOUNG, O., *Regime Dynamics: The Rise and Fall of International Regimes*, en KRASNER, S., *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983.

YOUNG, O., “The Politics of International Regime Formation: Managing Natural Resources and the Environment” en *International Organization*, Vol. 4 Nro. 3, Año

1989b, pp. 349-376.

ZAPATERO MIGUEL, P., *Derecho del comercio global*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003

ZARILLI, S., *Legal Frameworks and Developing Country Concerns* en FRANCONI, F., y SCOVAZZI, T. (Editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.

ZARRILLI, S., *International Trade in GMOs and GM products: National and Multilateral Legal Frameworks*, Study Series Nro. 29, UNCTAD, 2005.

ZOLLER, E., *La Bonne Foi en Droit International Public*, Pedone, Paris, 1977

ZURN, M., *Bringing the Second Image (Back) In: About the Domestic Sources of Regime Formation* en RITTBERGER, V. (editor), *Regime Theory and International Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1993a.

ZURN, M., *Problematic Social Situations and International Institutions: On the Use of Game Theory in International Politics* PFETSCH, F. (editor) *International Relations and Pan-Europe: Theoretical Approaches and Empirical Findings*, Lit Verlag, Minster, 1993b.

ZURN, M., WOLF, K. D. y EFINGER, M., *Problemfelder und Situationsstrukturen in der Analyse internationaler Politik: Eine Brücke zwischen den Polen?* en RITTBERGER, V. (editor), *Theorien der Internationalen Beziehungen. Bestandsaufnahme und Forschungsperspektiven*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1990.