

El principio o enfoque precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente (1)

ESCRIBEN: RAÚL ESTRADA OYUELA (*), SOLEDAD AGUILAR (**)

SUMARIO: I. Introducción. — II. El Principio 15 de la Declaración de Río. — III. Estatus del principio o enfoque en el Derecho Internacional. — IV. Interpretación del criterio de precaución en la O.M.C. — V. Definición del principio de precaución en la Ley General del Ambiente. — VI. Conclusiones

I. Introducción

La Ley 25.675, llamada Ley General del Ambiente, al incorporar una formulación del principio de precaución en su art. 4°, introduce en la legislación argentina un postulado que ya existía en otras legislaciones y también en el derecho ambiental internacional donde ha tenido un amplio y controvertido desarrollo. En nuestro país es frecuente que sectores ligados a la exportación de productos primarios o agro-industriales presenten una actitud de rechazo defensivo ante el principio o enfoque de precaución, porque preocupa que pueda ser aplicado de forma que resulte en una práctica proteccionista o discriminatoria en el comercio internacional.

La ley 25.675 también formula objetivos de la política ambiental nacional y principios aplicables a la interpretación de todas las normas ambientales, a los que el art. 6° considera "presupuestos

mínimos" de acuerdo con el art. 41 de la Constitución Nacional. En realidad no hemos podido constatar por qué se eligieron estos principios y no otros, ni conocemos que haya habido un debate abierto, con participación de las autoridades provinciales y de la sociedad civil sobre cuáles principios deberían incorporarse en esta categoría que tiene un alto rango jurídico y no es materia de la reglamentación ordinaria por la autoridad nacional. Hay otros postulados del derecho ambiental ampliamente reconocidos en legislaciones nacionales y recogidos de diversas formas en el derecho internacional que no aparecen en esta ley. Varios de los elegidos como "presupuestos mínimos" al menos requieren elaboración doctrinaria.

Ante la incorporación del principio de precaución al derecho positivo, el rechazo defensivo aludido más arriba puede atemperarse adoptando medidas de aplicación adecuadas que deberían instrumentarse a través del mecanismo previsto en los artículos 23 y 24 de la Ley. Estos artículos son de carácter procesal, pueden y deben ser reglamentados para asegurar la participación de todos los sectores de la administración pública nacional en el COFEMA en el cual, hasta el presente, sólo interviene la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable aunque se consideran materias comerciales, agrícolas, energéticas y sanitarias que no son de competencia de ese departamento. Una adecuada aplicación del principio, enfoque o criterio de precaución por la Argentina —ya que su negación hoy es imposible por imperio de la ley 25.675— será el mejor argumento para reclamar de los demás actores internacionales la aplicación comercial no discriminatoria.

A continuación se hacen consideraciones sobre la interpretación del principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, la cuestión relativa al estatus jurídico actual del enfoque, criterio o principio de precaución, su consideración en las controversias llevadas a la Organización Mundial del Comercio (OMC), la formulación adoptada por la Ley 25.675 y parámetros de aplicación que deberían adoptarse. Como se verá, el examen de los casos permite concluir que las medidas de aplicación del principio precautorio deben ser precedidas por un análisis de riesgo cuya conclusión haya sido la certeza científica sobre la existencia de un riesgo grave o irreversible, aunque no se pueda invocar certeza científica absoluta sobre las causas y efectos de tal riesgo sobre el ambiente o la salud. También se concluye que las medidas que eventualmente se adopten se deberán enmarcar en un proceso de adopción de decisiones, corresponder a las políticas de manejo de riesgo, ser proporcionales al riesgo que se pretende manejar, tener carácter provisional y estar sujetas a revisión en un plazo razonable a la luz de la información adicional disponible.

NOTAS

(*) Raúl Estrada Oyuela, Embajador. Representante especial para asuntos ambientales internacionales de la Cancillería argentina.

(**) Soledad Aguilar es abogada, especialista en Derecho Ambiental.

(1) Las opiniones expresadas en este artículo son realizadas a título personal, provienen de información pública y no representan necesariamente los puntos de vista oficiales o del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto sobre la materia.

(2) La traducción oficial de los documentos de la Conferencia usa "criterio", pero después los gobiernos han preferido "enfoque" para traducir "approach".

(3) Al iniciarse ésta en Río el Jefe de la Delegación Argentina procuró abrir un espacio de negociación sobre el texto y fue públicamente desautorizado por la entonces Secretaría de Estado de Medio Ambiente.

(4) A/CONE/151/26.

(5) "The precautionary principle: A policy for action in the face of uncertainty" J. CAMPBELL and J. D. WERKSMAN, Cen-

II. El Principio 15 de la Declaración de Río

La Declaración de Río de Janeiro aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en junio de 1992, en su Principio 15, enuncia el criterio de precaución. Existieron varios precedentes con aproximaciones generalmente limitadas por enfoques parciales orientados a atender un tema o grupo de temas o a representar la opinión de un grupo de países. La Declaración de Río incorporó un texto que desde entonces constituye la referencia o definición con mayor grado de aceptación. Bajo el título "Principio 15" la Declaración contiene el siguiente texto:

"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio (2) de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente."

Esta definición es producto de más de dos años de negociación. A partir de varias iniciativas presentadas en los trabajos previos, fue presentada por el Embajador Tommy Koh de Singapur, presidente del Comité Preparatorio de la Conferencia. Lo hizo en el día final de la última sesión en Nueva York en abril de 1992, como parte del proyecto de declaración que en un "paquete" cerrado se transmitió a la Conferencia de Río (3). Más tarde, el mismo Embajador Koh, ya como Presidente del Comité Plenario de la Conferencia, con un eficiente alegato emocional, impulsó su aprobación a libro cerrado y obtuvo el consenso de todas las delegaciones sin debate ni exposición de motivos ni explicaciones. En la última sesión de la Conferencia, después de la aprobación formal de la Declaración —también sin debate— la delegación de los Estados Unidos presentó reservas por escrito con respecto a otros principios, pero no en relación con el Principio 15 (4).

La Conferencia no inventó el principio de precaución. En 1990 ya estaba presente en los debates (5). Su aplicación se enfocaba sobre procesos complejos relacionados con el ambiente en los cuales la investigación se basa en la experiencia y la certeza científica al tratar con procesos dinámicos es relativa, ya que no es posible garantizar en todos los casos la certidumbre de las leyes empíricas en condiciones futuras. Esto es propio de las varias interacciones que se producen en los procesos biológicos, geológicos, químicos y meteorológicos que configuran el ambiente. Generalmente se indica que el primer reconocimiento de este principio apareció en la legislación alemana de los años 70 (6). En la misma década la National Envi-

ronmental Policy Act (NEPA) de los Estados Unidos estableció para la evaluación del impacto ambiental el requisito de la información sobre el efecto adverso razonablemente previsible (7). En ambos casos el concepto aparece en forma general y no se limita a asuntos vinculados con la producción agrícola y lo mismo ocurre internacionalmente. Cuando se discutió la acción que debía adoptarse para mitigar el cambio climático, por ejemplo, también se acudió al principio de precaución para justificar la adopción de políticas y medidas ante la incertidumbre científica inherente al tema existente en el momento en que se discutía la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (8).

Como se ha señalado, el texto de Río de Janeiro tiene un alto grado de aceptación internacional, lo cual se puede explicar por varias razones que condicionan racionalmente su aplicación (9).

1. Se refiere a los procesos de toma de decisión.

2. Funciona como medida provisional en un punto del proceso de manejo del riesgo (10).

(Continúa en pág. 21)

SUPLEMENTO DE DERECHO AMBIENTAL

Año X - Nro. 4

Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN)

Consejo Asesor Académico

SHEILA ABED
RAÚL BRAÑES
NÉSTOR CAFFERATTA
JAVIER CORCUERA
JOSÉ LUIS INGLESE
YOLANDA KAKABADSE
ALDO RODRÍGUEZ SALAS
DANIEL A. SABSAY

Equipo de Redacción

Director

JUAN RODRIGO WALSH

Secretaría de Redacción

ALEJANDRA M. G. RIOS

Miembros

MARÍA EUGENIA DI PAOLA
MARCELA FLORES
MARÍA DEL CARMEN GARCÍA
GUSTAVO GONZÁLEZ ACOSTA
DIEGO KIMWETZ
ANDRÉS NAPOLI
MARÍA FABIANA OLIVER
AUGUSTO PAZ
MARTA ROVERE
MARCELA VITALE

Coordinadora del Centro de Información

PATRICIA AZERSTEIN

Correspondencia:

Para el envío de comentarios y notas en colaboración: Sr. Director, Suplemento de Derecho Ambiental, FARN, Monroe 2142, 1er. Piso (1428), Buenos Aires, Tel./Fax (54-11) 4787-3820/5919 - 4788-4266 - 4783-7032. Correos electrónicos: info@farn.org.ar y/o jwalsh@farn.org.ar - rodrigo.walsh@arnet.com.ar - alerios@fibertel.com.ar

El contenido de los artículos de este Suplemento es responsabilidad exclusiva de sus autores y no es necesariamente compartido por los editores o por los integrantes del equipo de Redacción. La FARN acepta y fomenta la difusión de todos los puntos de vista sobre los temas tratados en este suplemento.

Editorial

Como ya hemos señalado en reiteradas veces, el Suplemento de Derecho Ambiental "FARN La Ley" se ha caracterizado por la promoción de un debate franco y abierto de todas las ideas y posturas ligadas al derecho, el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente.

Este Número Especial coincide con la realización del Primer Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina sobre "Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental". Para acompañar este evento, organizado por FARN, el Instituto del Banco Mundial, CEPAL, PNUMA y el Instituto "O Direito por un Planeta Verde" del Brasil, hemos querido editar un Suplemento que refleje algunas de las cuestiones que revisten mayor actualidad en la discusión ambiental y en particular, el rol protagónico que ocupa la justicia en cuanto a plasmar en la realidad cotidiana los objetivos más amplios que persigue el derecho ambiental.

En este número incluimos un artículo sobre las implicancias del Principio Precautorio, desde las ópticas del derecho internacional y de la flamante Ley General del Ambiente, junto a un comentario del Dr. Costa referido a unos pronunciamientos judiciales recientes que marcan un verdadero hito en materia de contaminación de aguas subterráneas y las obligaciones en cuanto a la recomposición, a la luz de la Ley General del Ambiente.

Incluimos, además, un artículo del Dr. Aldo Casella referido a la problemática de los derechos del obtentor, a la luz de las obligaciones establecidas en el Convenio Marco sobre Diversidad Biológica. La cuestión reviste importancia clave en momentos en los cuales la actividad agrícola ha adquirido una gravitación fundamental en la recuperación de la economía argentina.

El Suplemento cierra con el comentario de Andrés Napoli sobre otro reciente fallo del fuero porteño, referido a la remediación de sitios contaminados.

J.R.W.

El principio ...

(Viene de pág. 1) ▶

3. En consecuencia se requiere el previo análisis de riesgo y la conclusión de que existe un riesgo cierto (11).

4. Es preciso que ese riesgo sea grave o irreversible.

5. Si concurriendo todo lo anterior, sin embargo no hay certeza científica absoluta, entonces se podrá aplicar el principio de precaución como medida de manejo de riesgo.

6. Falta de certeza científica absoluta no puede equipararse a capricho ni a pálpito, por el contrario hace falta cierta evidencia científica aunque no sea absoluta.

7. Esto habilita medidas eficaces en función de los costos, o sea, no cualquier medida (12).

8. Aunque no está expreso en el Principio 15 de Río, es generalmente aceptado que la medida no se puede prolongar indefinidamente en el tiempo. Las manifestaciones en contrario sólo aparecen en los argumentos de quienes han expresado categóricamente el rechazo del principio de precaución (13).

III. Estatus del principio o enfoque en el Derecho Internacional

El estatus actual del principio precautorio en el derecho internacional interesa porque en caso de ser considerado un Principio General del Derecho o una norma de la costumbre, debería ser tomado en cuenta en la aplicación de toda norma internacional y los Paneles para la solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio los Paneles deberían tenerlo en cuenta al resolver disputas relacionadas con temas ambientales.

La discusión sobre si el "precautorio" es "principio" o "enfoque/criterio" se origina precisamente en la cautela de algunos países, especialmente los Estados Unidos, que como ya señalamos no reservó su posición con respecto al párrafo 15 de la Declaración de Río, por evitar una interpretación que le atribuya la naturaleza jurídica de un "Principio General del Derecho reconocido por las naciones civilizadas", convirtiéndolo así en una fuente de obligaciones para los Estados de acuerdo con el Art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La opinión mayoritaria es que el "precautorio" no reúne aún los requisitos para ser un Principio General del Derecho (14). Hay algunos autores, sin embargo, que consideran al principio de precaución en vías de convertirse en Costumbre Internacional por la cantidad de instrumentos internacionales ambientales donde lo receptan (15). La inclusión en instrumentos legales internacionales, sin embargo, no es suficiente para formar una costumbre internacional y de paso conviene señalar que la formulación del Principio de Precaución no es idéntica en todos los tratados, ya que en cada caso se adecua a la materia que rige el instrumento. Para probar que existe costumbre se debe presentar evidencia de una práctica uniforme y sostenida de los Estados y la convicción de la obligatoriedad de tal norma (*opinio iuris*). Hasta el momento, la conducta de los Estados no muestra la práctica ni la convicción y ningún tribunal internacional lo ha pretendido reconocer.

Por otra parte en lo referido al comercio internacional de productos agrícola-ganaderos, sector donde con mayor fuerza se ha presentado el rechazo defensivo aludido al inicio, el Órgano de

Apelación de la OMC ya ha dicho que el principio precautorio fue tomado en cuenta al redactar el Art. 5.7 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS), por lo cual para esta área carece de relevancia determinar si es o no una norma consagrada por la Costumbre en el derecho internacional o un Principio General del Derecho, dado que ya es derecho positivo. Al reconocerse que el principio de precaución ya ha sido incluido en la normativa de la OMC sobre medidas sanitarias y fitosanitarias la discusión sobre su estatus internacional en este ámbito deviene abstracta.

En el caso "UE s/ Carne con Hormonas" (16) se discutió el estatus del principio precautorio cuando los Estados Unidos y Canadá separadamente desafiaron una norma de la Unión Europea que impedía la importación de carne de animales que hubieran recibido hormonas durante su crecimiento. La Unión Europea basó su medida en el enfoque precautorio. El Órgano de Apelación consideró que la medida no podía encuadrarse en las excepciones autorizadas por el Art. 5.7 del Acuerdo SPS, entre otras razones, porque la decisión de la UE no estuvo precedida por el correspondiente análisis de riesgo.

Al discutir el estatus del principio o enfoque precautorio, la Unión Europea alegó que es una regla de la Costumbre Internacional o al menos un Principio General del Derecho por lo que constituye una fuente de obligaciones para los Estados. Por el contrario, Estados Unidos sostuvo que no es parte de la Costumbre Internacional y afirmó que es simplemente un enfoque. Canadá, a su vez, dijo que puede ser un principio emergente del derecho y en consecuencia sólo después que sea reconocido por todas las "naciones civilizadas" constituirá una fuente de obligaciones internacionales.

El Órgano de Apelación de la OMC determinó que si bien el principio precautorio es considerado por algunos como un principio de la costumbre internacional no está claro si ha sido aceptado ampliamente como tal, por lo que no se considera que constituya Costumbre Internacional. El tribunal reconoció, sin embargo, la naturaleza controversial de este tema y consideró innecesario ahondar en su análisis notando asimismo que la Corte Internacional de Justicia no había arribado a una decisión concluyente sobre la cristalización de este principio en un Principio General del Derecho (17).

Por lo tanto hasta tanto se le asigne al principio precautorio otro estatus en el derecho internacional, para resolver un caso particular la OMC sólo deberá tenerlo en cuenta en dos situaciones:

1) Si éste se encuentra incluido en otro tratado internacional aplicable a las Partes y a la disputa en cuestión (18). En este caso el sistema de solución de disputas de la O.M.C. deberá interpretar de manera armónica el contenido de ambos Tratados.

2) Si una parte reclama haber tomado una medida unilateral de excepción en virtud del principio precautorio. En este caso la Parte deberá probar que su aplicación puede ser encuadrada dentro del art. XX del GATT 1947 como una excepción a los principios generales basada en la protección de la salud humana, animal o vegetal o en la conservación de los recursos naturales no renovables, o en el art. 5.7 del SPS como una excepción específica dentro del mismo.

IV. Interpretación del criterio de precaución en la O.M.C.

La posibilidad de una contradicción entre el principio precautorio incluido en tratados ambientales multilaterales y el derecho de la O.M.C. es un tema que preocupa a muchos países por la incertidumbre jurídica que la aplicación abusiva de tal principio pudiera generar. Sin embargo tal contradicción no ha sido planteada hasta hoy en la OMC. En los casos en que se ha discutido en la OMC la aplicación de una norma ambiental como justificación para imponer restricciones al comercio, tal medida fue unilateral y fundada en la legislación interna de una de las partes (19). En dos controversias, sin embargo, se invocaron tratados ambientales para fundamentar las medidas unilaterales tomadas por un país. En la disputa sobre el "Pez Espada", que sólo llegó a etapa de consultas, Chile invocó la Convención sobre el Derecho del Mar y en el caso "Camarón/Tortugas" Estados Unidos recurrió al CITES.

En el caso "Pez Espada" se contraponían los artículos del GATT con la aplicación de una medida de protección a una especie pesquera. Chile había prohibido recalar en puertos chilenos a buques que hubieran capturado pez espada invocando los Art. 118 y 119 de la Convención sobre Derecho del Mar, los cuales obligan a las partes a cooperar en la conservación de los recursos vivos en alta mar y a implementar medidas de conservación siempre y cuando éstas no discriminen contra pesqueros de otros Estados. Las partes resolvieron la disputa en consultas previas y no se llegó a la constitución de un Panel, pero de todas maneras lo que podía haber llegado a entrar en conflicto con la OMC no era una cláusula de la Convención del Derecho del Mar, sino la interpretación y aplicación que hacía Chile de los artículos citados.

En el caso "Camarón/Tortugas" Estados Unidos invocó el Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Silvestres de Flora y Fauna en Peligro de Extinción (CITES), para fundamentar la imposición de medidas que restringían las importaciones de camarón de países que no tuvieran una política de protección de tortugas similar a la norteamericana. El recurso al Convenio CITES era endeble porque ese instrumento internacional regula el comercio de tortugas, no su muerte incidental como resultado de la captura de otra especie. Por lo tanto en este caso no se discutió un conflicto entre el CITES y las reglas de la OMC sino un conflicto entre esas reglas y las medidas adoptadas por Estados Unidos, que inicialmente perdió el caso porque sus medidas unilaterales no satisfacían los requisitos del *chapeau* del Art. XX del GATT de 1947. Más tarde Washington reformó las medidas para ajustarse a esos requisitos y hoy la O.M.C. ha reconocido la validez de la medida unilateral que restringe el comercio basada en argumentos ambientales.

Por eso el párrafo 31 (i) de la Declaración de Doha que propone revisar todas las cláusulas restrictivas del comercio incluidas en tratados ambientales es en realidad un ejercicio de gran abstracción, en el que las secretarías de la OMC y del PNUMA acompañadas por algunas delegaciones voluntaristas, se han esforzado en imaginar conflictos que no se han presentado y probablemente jamás se presentarán. No es que los convenios ambientales no contengan limitaciones al comercio internacional. Desde la década del '30 existen limitaciones de esa naturaleza. Numerosos convenios adoptados desde la década del '70 han insistido en la técnica de limitar el comercio internacional para proteger los recursos naturales y el ambiente, pero con ninguno de ellos se ha suscitado una controversia (20). Las controversias, si

se presentaran, seguramente versarán sobre la aplicación arbitraria o discriminatoria de medidas cuyo fundamento consiste en cumplir con obligaciones ambientales. Por lo tanto, de poco sirve analizar la formulación convencional de tales obligaciones en abstracto. En efecto, lo que puede llegar a incumplir reglas de la OMC es su aplicación incorrecta en la práctica —y ello se deberá ser analizado a la luz del GATT de 1947 en sus excepciones del Art. XX y del Acuerdo Sanitario y Fitosanitario de la Ronda Uruguay cuando corresponda—.

La ausencia de conflictos entre convenios ambientales y comerciales no es consecuencia del azar. Las delegaciones que negociaron los acuerdos ambientales representan a los mismos gobiernos que negociaron las regulaciones del comercio internacional y actuaron teniendo en cuenta los compromisos que ya habían asumido. Es cierto que algunas delegaciones pretendieron ignorar otros acuerdos, pero los consensos sólo se lograron cuando a juicio de todos los participantes se habían alcanzado fórmulas compatibles. Un ejemplo notable del cuidado que se ha tenido en estos casos lo puso en evidencia la actuación de los EE.UU. en la negociación del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Todos sus puntos fueron aceptados por los negociadores como consta en el Acta Final de la negociación suscripta en Nairobi en abril de 1992, lo cual a juicio de los participantes incluía la compatibilidad entre ese Convenio y las normas sobre protección de la propiedad intelectual, pero en junio cuando el Convenio debía abrirse a la firma en Río de Janeiro se produjo una polémica pública en la administración republicana que finalmente no firmó ese Convenio pero sí suscribió el Convenio Marco sobre el Cambio Climático.

Además, una regla básica para la interpretación de las normas jurídicas es que éstas deben entenderse de manera armónica e integrada. En el Derecho Internacional Público ello está específicamente reglado en el Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los Convenios Ambientales que se han redactado teniendo en cuenta las necesidades de estas normas (21). La interpretación armónica del Derecho Internacional permite balancear adecuadamente intereses ambientales y comerciales y evita legitimar aspiraciones proteccionistas justificadas en la utilización del principio de precaución.

Para asegurar que el criterio de precaución ahora incorporado a nuestra legislación se implemente de acuerdo con las normas de la Organización Mundial del Comercio y no perjudique las posiciones sostenidas por nuestro país en foros internacionales comerciales, es preciso asegurar que sea aplicado con proporcionalidad, razonabilidad y eficacia de acuerdo con los parámetros señalados más arriba para el Principio 15 de Río de Janeiro. Como se ha reiterado, las medidas para aplicar el principio se más importantes que su formulación verbal, ya que las normas para la solución de controversias de la OMC se enfocan sobre los resultados de la aplicación en casos particulares.

Las reglas de la OMC regulan las medidas de cualquier tipo cuya aplicación efectiva cause restricciones al comercio. En otras palabras, en el caso de Argentina, una medida podrá ser desafiada en el ámbito de la O.M.C. sólo si una autoridad decide aplicar una medida precautoria (fundada o no en la Ley General del Ambiente), cuya consecuencia sea una restricción al comercio internacional que viole el derecho de la O.M.C. y perjudique a otro Estado miembro. En el caso particular del enfoque precautorio será preciso

NOTAS

(11) En la teoría, el riesgo se define como una función que combina la magnitud de un daño con la posibilidad de que tal daño suceda.

(12) Las Reglas de la CE dicen "...Measures...shall be proportionate and more restrictive of trade than is required to achieve the high level of health protection chosen in the Community, regard being had to technical and economic feasibility and other factors regarded as legitimate in the matter under consideration."

(13) Idem: "The measures shall be reviewed within a reasonable period of time..."

(14) BOISSON de CHAZOURNES, Laurence, "The Precautionary Principle" en Precaution from Rio to Johannesburg, p. 12. International Environment House, 2002.

(15) BOISSON de CHAZOURNES (op. cit.), a favor. Gabrielle Marceau, "The Precautionary Principle under WTO law" en Precaution from Rio to Johannesburg, p. 23., en contra.

(16) EC Measures concerning meat and meat products (Hormones) (Canada vs. European Community; United States v. European Community.) WT/DS26/R, WT/DS48/R; Appellate Body Report, 13 February, 1998.

(17) Sentencia del órgano de Apelación, Párrafos 123 y 124.

(18) Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). Art. 31.3.c.

(19) Controversias analizadas: Estados Unidos - prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá, adoptado el 22 de febrero de 1982, IBDD 295/91; Canadá - Medidas que afectan a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar, adoptado el 22 de marzo de 1988, IBDD 355/98; Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos, adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 375/200; Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún, informe no adoptado y distribuido el 3 de septiembre de 1991, DS21/R; Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún, informe no adoptado y distribuido el 16 de junio de 1994, DS29/R. Estados Unidos - Impuestos sobre Automóvil, informe no adoptado

y distribuido el 11 de octubre de 1984, DS31/R; Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, informe del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS/R y WT/DS2/AB/R; Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, informe del Órgano de Apelación e informe del Grupo Especial adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58; Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, informe del Órgano de Apelación y informe del Grupo Especial, adoptado el 5 de abril de 2001, WT/DS135.

(20) Los ejemplos más notables son el CITES (1973) sobre comercio de especies silvestres, el Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono (1987) y el Convenio de Basilea sobre el Transporte Internacional y Disposición de Desechos Peligrosos (1989), a los que recientemente se han agregado los convenios de Rotterdam sobre Consentimiento Informado Previo, de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología que aún no están en vigor.

(21) El Art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que (énfasis agregado):

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más Partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las Partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las Partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las Partes.

que las medidas que se adopten se encuadren dentro del artículo XX y, cuando fuera aplicable, también del artículo 5.º.7 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC (SPS). La aplicación correcta del criterio de precaución en virtud de convenios ambientales o regulaciones de cualquier índole (incluyendo la normativa interna) por países que sean Partes de la OMC, no puede justificar medidas discriminatorias o arbitrarias o que importen una restricción encubierta al comercio internacional (chapeau Art. XX GATT 1994). Por ello la definición incluida en la Ley General del Ambiente no impide en modo alguno seguir defendiendo una aplicación razonable y adecuada de este principio en materias relacionadas con el comercio internacional.

a) La interpretación del Art. 5.º.7. del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC (SPS).

El principio de precaución ha sido formulado de manera diferente en diversos instrumentos internacionales para adaptarlo a las condiciones específicas y a las circunstancias de la negociación de cada materia. Las formulaciones más notables del principio de precaución están contenidas en el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Acuerdo sobre la Conservación y Manejo de poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología y el Acuerdo sobre la OMC cuyo artículo 5.º.7 integra satisfactoriamente el principio precautorio con los acuerdos de la OMC para garantizar que no constituya una barrera parancelaria.

Las limitaciones previstas en el Art. 5.7. son las siguientes:

✓ La medida debe ser provisional.

✓ Sólo se puede tomar en una situación donde la evidencia científica sea insuficiente.

✓ La medida se adoptará sobre la base de la información de que se disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes.

✓ Debe procurarse obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo

✓ Debe revisarse en un plazo razonable que se establece en cada caso (22)

En el caso "Carne con Hormonas" el Organismo de Apelación realizó los siguientes comentarios sobre la aplicación del artículo 5.7:

"Nos parece importante [...] notar algunos aspectos de la relación entre el Principio Precautorio y el Acuerdo SPS. Primero, este Principio no se incorporó al SPS para autorizar medidas que sean inconsistentes con las demás obligaciones de los miembros establecidas en otros puntos del mismo acuerdo. Segundo, el Principio Precautorio en efecto es reflejado en el art. 5.º.7 del SPS. Estamos de acuerdo, al mismo tiempo, con las Comunidades Europeas, que no hay necesidad de asumir que el art. 5.º.7. agota la relevancia del Principio Precautorio. También se refleja en el art. 3.º.3. Estos párrafos reconocen el derecho de los Miembros a establecer sus propios niveles de protección sanitaria aunque esto sea el caso (en otras palabras, más cauteloso) que el contenido en estándares, guías y recomendaciones internacionales existentes. Tercero, en la determinación de la "evidencia científica suficiente" para justificar que un Miembro mantenga una medida SPS, un Panel —por supuesto— podrá y debería considerar que los gobiernos repre-

sentativos y responsables en general actúan desde perspectivas de prudencia y precaución cuando persisten dudas de daño irreversible a la salud humana (como el riesgo de muerte). Finalmente, el Principio Precautorio por sí solo no excusa —sin una clara y textual directiva al efecto— a un Panel de su deber de aplicar los principios consuetudinarios sobre interpretación de los Tratados al leer las provisiones del SPS" (23).

Estos comentarios refuerzan lo que se estima será la opinión predominante si se presenta una disputa relacionada con la aplicación de una medida restrictiva del comercio de una medida sanitaria o fitosanitaria, será necesario que exista una evaluación previa del riesgo, ya que el 5.º.7 no exceptúa la aplicación del 5.º.1 y 5.º.2 del SPS. (24). Asimismo, en el caso en que la medida no encuadre en el SPS, el país que la disponga podrá justificarla en las excepciones generales del art. XX del GATT.

b) La interpretación del Art. XX de GATT

El art. XX del Acuerdo General de Aranceles y Tarifas de 1947 (GATT), sustento básico del comercio internacional que fue complementado con la adopción de los acuerdos de la OMC en 1995, contiene las excepciones generales a las obligaciones del sistema y autoriza a los Miembros a adoptar medidas que se aparten de las cláusulas GATT, cuando sean necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales o para la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen juntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional (art. XX incs. b y g).

La aplicación de estos incisos está regida por el encabezamiento o *chapeau* del Art. XX que dice:

"A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas necesarias para..."

En el caso "Gasolina Reformulada" el Organismo de Apelación, al aplicar el art. XX enfatizó que además de encuadrarse en uno de los incisos citados, la medida en cuestión debe cumplir con las limitaciones del *chapeau* (25).

En el caso "Canadá vs. UE s/ medidas respecto al amianto y los productos que contienen amianto," (EC-Asbestos) (26). Canadá desafió normas de la Unión Europea que restringían la importación de productos que contienen amianto, y la OMC reconoció el derecho de la Unión Europea para determinar el grado de protección que otorga a su población considerando que tales medidas se encuadraban en el art. XX de la OMC. El Organismo de Apelación estableció claramente que los miembros de la OMC tienen derecho a determinar el nivel de protección de la salud que consideren apropiado en una situación particular (27). También determinó que cuanto más vitales sean los intereses comunes o valores que se persigan, más fácil será cumplir el requisito de necesidad de las medidas diseñadas para lograr tales objetivos (28). Esta conclusión indica que los países tienen la facultad de establecer la necesidad de una medida según sus propios criterios, pero también que el Organismo de Apelación tiene la facultad de analizar el criterio utilizado para analizar esa necesidad a la luz de las restricciones que impone el *chapeau* del art. XX.

En efecto, en el caso "EC-Asbestos" el Organismo de Apelación interpretó el art. XX de forma analo-

ga y armónica con la interpretación hecha oportunamente sobre el acuerdo SPS y dijo que:

"En adición a lo expresado en el contexto del acuerdo SPS en el caso EC-Hormonas en la Carne, 'los gobiernos representan la base de lo que, en un punto en el tiempo, puede ser una opinión divergente viniendo de fuentes calificadas y respetadas' (29).

De la misma manera que bajo el acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias, el Organismo de Apelación considera aquí que en la justificación de una medida tomada con el fin de proteger la salud bajo el art. XX b), un miembro no está obligado a seguir automáticamente lo que en un punto en el tiempo constituye la opinión científica mayoritaria. (30) Asimismo reconoce que no se puede exigir un nivel absoluto de certidumbre para permitir a un Miembro aplicar el art. XX y expresa que supeditar la adopción de medidas sobre salud para enfrentar un riesgo de vida a la demostración de la certidumbre del riesgo tendría el efecto de prevenir toda posibilidad de legislar en materia de salud pública (31).

V. Definición del principio de precaución en la Ley General del Ambiente

Como se señaló al comienzo, el art. 4.º de la Ley 25.675 incorpora a la legislación nacional, entre otros, el principio de precaución y dispone que la aplicación de esa Ley "y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental" estará sujeta al cumplimiento de ese principio que define en los siguientes términos:

"Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

Esta definición sigue en gran medida la definición incluida en la Declaración de Río y comparte las características enunciadas como positivas, pero donde el Principio 15 dice:

"la falta de certeza científica absoluta", el art. 4.º de la ley dice: "la ausencia de información o certeza científica"

Este cambio no tiene una explicación en la historia legislativa (32) y podría interpretarse como una modificación del Principio 15 de Río. En la declaración de la entonces diputada nacional y presidente de la Comisión de Medio Ambiente del Senado incorporada al Diario de Sesiones del 24 de octubre de 2001 (33) se mencionan los principios incorporados a la Ley y al dejar para el final el precautorio se añade: "estableciendo que cuando haya peligro de daño grave, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos". La legisladora, además autora del proyecto de ley, cita casi textualmente el Principio 15 de Río, pero omite la referencia al daño irreversible que está en la ley, y no dice nada sobre "la ausencia de información".

Esta desprolijidad sólo puede atribuirse a la endeble técnica jurídica que caracteriza la legislación ambiental reciente. Es absurdo suponer que el principio de precaución pueda razonablemente invocarse en ausencia de información, nunca nadie ha pretendido eso y ninguna explicación plausible se ha encontrado para interpretar el texto adoptado por los legisladores. Los errores jurídicos de la Ley 25.675 son el fundamento del veto parcial de otros pasajes dictado por Decreto 2413/02. En consecuencia esa diferencia debe tenerse por inofensiva y construir a partir del texto de la Declaración de Río que requiere la existencia de información y el análisis de riesgo.

VI. Conclusiones

Queda claro que dentro del ámbito de la OMC la existencia y finalidad del principio precautorio y su relación con el desarrollo sustentable han sido suficientemente reconocidas. Por ello, discutir la naturaleza jurídica del mismo pierde sentido a la luz de la necesaria discusión sobre los límites de su utilización, que es el enfoque más correcto al tema en cuestión. En este sentido, la inclusión del principio en la Ley General del Ambiente no resulta negativa, pero cobra aún mayor importancia la función reguladora para determinar su aplicación y sus limitaciones, especialmente en materia de comercio internacional.

El principio precautorio en la Ley General del Ambiente no debería crear incertidumbre en la posición de la Argentina en distintos foros internacionales. Una interpretación razonable del principio de precaución podrá ser utilizada tanto para fortalecer la posición argentina en ámbitos internacionales cuando corresponda como para justificar un enérgico rechazo a su abuso con fines proteccionistas en el ámbito internacional.

La Unión Europea que tan categóricamente ha adherido al principio de precaución en ámbitos internacionales —según los más suscritos con el secreto interés de utilizarlo en el futuro como excusa para justificar determinadas políticas agrícolas que eludan la regulación por la O.M.C.— en su ámbito interno ha establecido pautas claramente limitantes de su aplicación en los siguientes términos:

"En circunstancias específicas, cuando siguiendo una evaluación de la información disponible la posibilidad de efectos negativos sobre la salud se identifica pero persiste la incertidumbre científica, medidas de manejo de riesgo provisionales necesarias para asegurar el alto grado de protección a la salud para la salud elegida en la Comunidad podrán ser adoptadas, sujeto a una más profunda evaluación de riesgo una vez disponible mayor información científica al respecto" (34).

Este lenguaje difiere de las frecuentes intervenciones de delegados de la Unión Europea en conferencias ambientales, en las cuales sugieren definiciones amplias y vagas del Principio mencionado, y se complementa con normas que establecen que las medidas tomadas en virtud de este artículo deben ser proporcionadas y no más restrictivas al comercio que lo necesario para asegurar el alto grado de protección a la salud en la UE. (35).

En el sistema de solución de controversias de la OMC sólo se decide sobre restricciones efectivamente aplicadas al comercio y su razonabilidad y proporcionalidad. En ese contexto la redacción general del principio en la Ley General del Ambiente sólo tendrá relevancia dentro del ámbito de la OMC si su implementación impone restricciones al comercio internacional incumpliendo normas de la OMC (36).

Por ello parece de toda razonabilidad que la futura aplicación del principio de precaución consagrado por nuestra legislación deberá siempre ser precedida por el correspondiente análisis de riesgo en que se haya concluido que existe un riesgo grave o irreversible, aunque no se pueda invocar certeza científica absoluta. Asimismo esa aplicación deberá enmarcarse en el proceso de adopción de decisiones y corresponder a las políticas de manejo de riesgo, ser proporcional al riesgo que se pretende manejar, tener carácter provisional y en cada caso establecer un plazo razonable para su revisión a la luz de información adicional. ♦

NOTAS

(22) En el caso Japón - Productos Agrícolas se estimó que si a no fuera el demorado tiempo, ya que hubiera sido relativamente fácil para Japón suministrar dicha información adicional.

(23) Par. 124. La traducción es nuestra.

(24) En el caso Carne con Hormonas la UE no basó la medida de prohibición de importaciones como una medida provisional bajo el Art. 5.7 sino que invocó el Principio Precautorio de manera general. El Organismo de Apelación decidió que el Principio no deroga al Art. 5.1 y que la Unión Europea violó esta cláusula particular al no haber realizado un previo análisis de riesgo apropiado.

(25) USA - Standards for Reformulated Gasoline. WTO Appellate Body Report, 20-5-1996. International Environmental Law Reports, 224.

(26) "European Communities - Measures affecting asbestos and asbestos-containing products." WTO case No. 135. Ruling adopted on 5 April 2001. Case brought by Canada.

(27) Párrafo 168.

(28) EC- Asbestos, para 172. Ver también el caso "Corea-Bifés" par. 162.

(29) Para. 194

(30) Para. 178 EC- Asbestos. La traducción es nuestra.

(31) Para 8.221, Informe del Panel.

(32) La ley fue aprobada en la Cámara de Diputados el 24-10-01 en un paquete de varias decenas de dictámenes unánimes y su autora, la entonces Diputada Mabel Müller (PJ Buenos Aires) se limitó a sancionar la definitiva de una declaración. El Senado le dio sanción definitiva en su sesión ordinaria del 6-11-02, la Senadora Mujer hizo una breve intervención general y solicitó insertar una declaración, el Senador Martí también hizo una declaración general y la Senadora Sapa solicitó una inserción. Ninguna de las declaraciones referidas se ocupa de los principios incorporados en la ley. Las inserciones debían haberse publicado con los diarios de sesiones que a la fecha están atrasados. La Dirección de Taquígrafos de la Cámara de Diputados y del Jefe de Asesores de la Senadora Müller facilitaron para este trabajo las inserciones pendientes de publicación. En ambas la legisladora se refiere en términos generales a la Declaración de Río como ante-

cedente del principio de precaución pero no hay ningún análisis sobre el texto y sus diferencias con el antecedente.

(33) Leída de la fotocopia facilitada por la Imprenta del Congreso por gestión del Cuerpo de Taquígrafos de la C. de Diputados

(34) Regulación EC 2002/178 del 28 de enero de 2002.

(35) Art. 7(2) de la Regulación EC 2002/178. A su vez, deben ser revisadas dentro de un lapso razonable dependiendo de la naturaleza del riesgo identificado y del tipo de información científica necesaria para clarificar la incertidumbre existente y conducir una evaluación de riesgo más completa

(36) Gabrielle Marceau. Op. Cit. p. 23.

Diversidad Biológica, suscripto por la mayoría de los países entre ellos la República Argentina, adoptando normas que pueden contradecirse con protecciones "fuertes" de propiedad intelectual (15). Y en el segundo aspecto, se relaciona directamente a los sistemas de propiedad intelectual que posibilitan el aludido control y uniformidad de la producción en torno a ciertas variedades, con la desaparición de otras y la pérdida de recursos genéticos, en evidente afectación a la biodiversidad (16).

Los mayores reparos a la ampliación excesiva e indiscriminada de los derechos de propiedad intelectual sobre recursos genéticos e innovaciones vegetales, estrechamente vinculados al tema que nos ocupa, se relacionan con el control que posibilita sobre la producción e, incluso, sobre el avance de los conocimientos y la tecnología, y con las consecuencias "anticomerciales" que pueden provocar en perjuicio de los agricultores, al permitir imponer desde posiciones dominantes condiciones sobre utilización de insumos determinados o en la comercialización de los productos amparados, además de altas "regalías" o remuneraciones sobre la producción o sobre las semillas "reservadas" para la nueva siembra. Párrafo de la base de la gran concentración de las empresas productoras de semillas y titulares de derechos, a la que ya hemos referido, que se profundiza paulatinamente y coloca en pocas manos no sólo el acceso a los recursos genéticos sino al conocimiento y al progreso de la tecnología y la experimentación. Los difusores de la profundización de los derechos de propiedad intelectual en el campo de la biotecnología e innovación agraria omiten, o subestiman, estas posibilidades de control y esgrimen que su adopción por los países en desarrollo es requisito indispensable para las inversiones y el avance de esa tecnología. Sin embargo, muchos estudios ponen fundamentadamente en evidencia que los patentamientos son usados como instrumento para el control del mercado, impidiendo el ingreso de otras empresas, y de la difusión del conocimiento. Vandana Shiva sostiene que el número de sociedades independientes que producen semillas en el mundo se redujo drásticamente en los últimos decenios a causa de la extensión de las protecciones sobre las variedades vegetales y por la disponibilidad de los tribunales estadounidenses a extender el patentamiento a los seres vivos. "Los gigantes de la petroquímica y de la farmacéutica han extendido su poder entrando en el mercado de las semillas", sostiene la autora, poniendo de relieve una situación que fácilmente podemos constatar en nuestra realidad nacional. Para la autora este tipo de oligopolios no favorecen el proceso de innovación sino que en

general lo retrasan, y las patentes lejos de desarrollar un clima favorable debilita la creatividad de la comunidad científica sofocando el intercambio de información entre los investigadores (17). En la misma dirección, el obstáculo de las patentes, y, agregaríamos, de ampliaciones de derechos de obtentor inspiradas en ese sistema, al mejoramiento tradicional, ha sido también puesta de relieve en nuestro medio por Correa, afirmando que las mismas "no estimularían la investigación de mejoramiento tradicional, pero sí podrían entorpecerla, debido al impedimento que los derechos exclusivos generarían para crear nuevas variedades a partir de las que estén protegidas, y en razón de las restricciones que podrían imponer a la actividad experimental" (18). Como consigna este autor, no existe evidencia concluyente respecto de una relación positiva protección-innovación, y antes bien remite a ejemplos de trascendentes investigaciones e inversiones llevadas a cabo sin monopolios legales y a estudios que afirman que la patente brinda un estímulo redundante y costoso, pues recompensa invenciones que hubieran visto la luz sin estímulo; en cambio, resulta más evidente que tal instrumento otorga la posibilidad de obtener una renta monopólica, "que muchas veces poco tiene que ver con el esfuerzo de investigación efectivamente realizado" (19).

Las posibilidades de generar situaciones monopolísticas, o con efectos anticomerciales, a partir de la extensión de los derechos de propiedad intelectual especialmente con la adopción del sistema de patentes o de un acercamiento al mismo, resultan tan evidentes como preocupantes. El monopolio concedido por patentes sobre semillas abre el camino al cobro de regalías en la comercialización de productos, y, afectando el derecho de los agricultores que es objeto de este trabajo, impide el uso de semillas obtenidas en sus cultivos o lo sujeta también al pago de remuneraciones o regalías, lo que implica un alto impacto en los costos, trasladados, cuando es posible, a los consumidores, y un serio riesgo para la subsistencia de los pequeños productores (20). Valga como dato, para mensurar el posible impacto sobre los agricultores, que se relacionan casos en los que se exige el 25% de la cosecha en pago por empleo de semillas y se impone el uso de herbicidas producidos por la misma firma sembradora; no está demás añadir, para advertir la expansión de estas prácticas, que el dato proviene de Europa (21). En tono ciertamente alarmante, se llega a afirmar que con las imposiciones sobre propiedad intelectual, en el futuro "los agricultores se transformarán en arrendadores de germoplasma de las subsidiarias de empresas multinacionales de semillas y agroquímicos, entregando luego sus cose-

chas a las subsidiarias comerciales y procesadoras de las mismas multinacionales" (22).

En ese marco, fundamentalmente a partir del Acuerdo ADPIC y ante la alternativa de adopción de alguno de los sistemas de propiedad intelectual de obtenciones vegetales, cobra especial relieve el concepto de "derechos del agricultor" que comenzó a discutirse en 1979 en el ámbito de la FAO, el que como sostiene Esquinas-Alcazar lleva como objetivo reconciliar las perspectivas de los países "ricos en tecnología" y las de los países "ricos en genes", formulando las bases para un reconocimiento formal y de compensación para alentar y resaltar el continuo papel que juegan los agricultores y las comunidades rurales en la conservación y el uso de los recursos fitogenéticos. Estos "derechos del agricultor", cumplen la función de proporcionar "un contrapeso a los Derechos de Propiedad Intelectual 'formales' los cuales compensan sólo las más recientes innovaciones, sin reconocer que, en muchos casos, estas innovaciones son solamente el último peldaño de invenciones acumulativas llevadas a cabo a lo largo de muchas generaciones de personas, en diferentes partes del mundo", y precisamente entre las "dimensiones operativas" del concepto elaboradas por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Recursos Genéticos de la FAO, para equilibrarlos con los Derechos del Obtentor, se incluyó el reconocimiento, como derecho, "del 'privilegio del agricultor' a mantener la práctica tradicional de utilizar para la siembra en el propio campo las semillas de su propia cosecha" (23). En el año 2001 se celebró en el ámbito de la FAO el "Tratado internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura" que recoge en su art. 9° los "derechos del agricultor" en sus distintas dimensiones, y dentro de ellas, en su art. 9.3, la de conservar y utilizar semillas (24).

II. Los Convenios Internacionales para la protección de las Obtenciones Vegetales. Acta UPOV'78 y Acta UPOV'91

Con estas premisas reseñaremos ahora el tratamiento de este derecho del agricultor a reservar y utilizar semillas de la propia cosecha, en el derecho internacional y comparado. Como ya dijimos, el sistema de patentes, que en algunos países, como Estados Unidos de América, convive como sistema de propiedad intelectual en obtenciones vegetales con el de "Derecho del Obtentor", es más amplio que este último, y, en principio (25), excluye el "privilegio del agricultor". En efecto, la figura forma parte del sistema de "Derecho del Obtentor", y es objeto de diversos tratamientos en

el derecho comparado. Los derechos nacionales y regionales que reconocen los Derechos del Obtentor adscriben a alguna de las versiones del Convenio Internacional para la protección de las Obtenciones Vegetales de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), esto es, el Acta UPOV de 1978 y el Acta UPOV de 1991. Entre estas versiones existen importantes diferencias. El Acta de 1978, concede en su art. 5° al obtentor el derecho a someter a su autorización previa la producción con fines comerciales, la puesta a la venta y la comercialización del material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en su calidad de tal, de la variedad (26). El alcance del derecho del obtentor delineado en el extenso art. 14 del Acta de 1991 es más amplio, sometiendo a su autorización los actos realizados respecto del material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, consistente en la producción o reproducción (multiplicación) —sin aludir a los fines comerciales como lo hacía el Acta de 1978—, la preparación a los fines de producción o reproducción, la oferta en venta, la venta o cualquier forma de comercialización, exportación, importación, y la posesión para cualquiera de esas finalidades. La exigencia de autorización del obtentor se extiende a idénticos actos realizados respecto del producto de la cosecha obtenido por utilización no autorizada de material de reproducción, y a los realizados "respecto de productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha de la variedad protegida... por utilización no autorizada de dicho producto de cosecha" (27). Además establece que cada Parte Contratante puede prever que sea necesaria la autorización para actor distintos a los antes enumerados, y extiende la protección a las "variedades esencialmente derivadas", a las que no se distinguen claramente de la protegida, y a las que necesitan para su producción el empleo repetido de la misma (28).

En la concepción del Acta de 1978, al limitar la exclusividad al material de reproducción y contemplar solamente como alcance de los derechos del obtentor la potestad de controlar y someter a su autorización la comercialización del mismo o su producción a los mismos fines, dejaba fuera del ámbito de la protección a la semilla producida por el agricultor en su propia explotación para la nueva siembra (29). El "privilegio del agricultor" formaba plenamente parte del sistema. En cambio la Convención de 1991 presenta una actitud totalmente distinta frente al instituto, pues deja librado su reconocimiento a los distintos gobiernos adherentes. En efecto, el art. 15 del Acta de 1991

(Continúa en pág. 6) ▶

NOTAS

(15) V. ZAMUDIO, T., op. cit. pág. 148/9. La autora formula las divergencias entre el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Acuerdo TRIP's en un cuadro demostrativo. Señala que las empresas transnacionales empezaron a ejercer presiones sobre los gobiernos de sus países de origen para que utilizaran a la OMC como ámbito para obligar a los países en vías de desarrollo tecnológico a poner en práctica el Acuerdo TRIP's, aún en desmedro del Convenio sobre Diversidad Biológica: "La OMC premia para que esos derechos de propiedad intelectual sean formas de protección fuertes, como patentes o algún sistema *sui generis* (especial) eficaz. Ello podría conducir, si no se introducen modificaciones en las legislaciones nacionales sobre las cuestiones del conocimiento autóctono y los derechos comunitarios, a que las empresas aumentaran sus monopolios, dejando en letra muerta el Convenio sobre Diversidad Biológica respecto a aquellos, a la transferencia de tecnología, al reparto equitativo de los beneficios".

(16) Se estima que en los últimos 50 años, con las técnicas tradicionales de selección, se han perdido aproximadamente 300.000 variedades vegetales, a lo que hay que agregar que la situación puede agravarse con la utilización de las técnicas de manipulación genética que requieren tiempos mucho menores para introducir caracteres dominantes en una variedad; tal riesgo se agrava con el otorgamiento de fuertes derechos de propiedad intelectual y el agregado de la concentración en la producción y control de recursos genéticos: v. informe de Flaminio di Girolamo en la documentación legislativa italiana sobre "Le biotecnologie" antes citada, p. 229. En "Gentes, Plantas y Patentes" del Crucible Group, p. 22, se hace notar que "la agricultura comercial tiende a incrementar la uniformidad genética y ésta, a su vez, genera la erosión genética. Los sistemas de propiedad intelectual (patentes y derechos de obtentor) estimulan la agricultura comercial y pueden contribuir así a la erosión genética. La investigación biotecnológica apunta hacia la agricultura comercial y conduce a la demanda de protección de la propiedad intelectual con iguales consecuencias negativas para la diversidad genética". En igual sentido se pronuncia GALAN, B., op. loc. cit. p. 489: "Como efecto de las modernas prácticas agrícolas basadas en el uso masivo de nuevas variedades, amparadas por una legislación protectora de los 'derechos de invención', se produce el fenómeno de la erosión genética. La mencionada legislación concede derechos de exclusividad para la producción y venta de variedades 'únicas', 'uniformes' y 'estables'. Las beneficiarias son las grandes compañías que financian investigaciones fitogenéticas y ejercen de este modo el control monopolístico del mercado de semillas". Recientemente se ha ocupado del debate entre conservación de la biodiversidad y uso sostenible de las mismas y la protección de los derechos

intelectuales, considerando el Acuerdo TRIP's o ADPIC, el Convenio UPOV y el reciente Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, L. PASTORINO en "Biodiversidad en agricultura: perfiles dogmáticos y didácticos en el Mercosur", ponencia al Seminario de Derecho Agrario Hispano-Italiano-Latinoamericano, Univ. de La Rioja, Logroño, 7 y 8 de octubre de 2002 (versión facilitada por el autor).

(17) Op. cit. p. 26 / 27. Agrega la a.: "Allí donde las patentes hicieron su ingreso en la investigación científica, el resultado ha sido la interrupción de la libre circulación de las ideas. Si bien los científicos nunca fueron tan abiertos como los considera el imaginario popular, los investigadores que trabajan en empresas que piden patentes representan una amenaza para la comunicación científica y comienza a ser causa de seria preocupación". Otra interesante dimensión del problema que plantea se vincula con la orientación de la investigación resultante de los derechos de propiedad intelectual: "Los derechos de propiedad intelectual llevan a una selección de la investigación en favor de los sectores de más alto interés comercial. La biología molecular se ha convertido en la fuente principal de la industria de las biotecnologías, mientras otros sectores de la biología se debilitan y mueren. Llegamos al punto de perder nuestra capacidad de distinguir una planta o un animal del otro, y olvidar como las especies interactúan entre ellas y con el ambiente" (p. 29); más adelante (p. 39 y sigtes.), en relación con lo anterior, se detiene en la ingeniería genética y el nacimiento del "paradigma reduccionista" de la biología con sus implicaciones éticas, ecológicas y socioeconómicas.

(18) CORREA, C. Op. Cit. p. 30.

(19) En las págs. 30 a 32 del trabajo citado, el autor se plantea la cuestión de la relación entre protección, innovación e inversión, con abundantes datos y respaldo de autores e investigaciones, desarrollándolo ampliamente; de este importante tema sólo podemos referir los conceptos más generales y, a nuestro entender, relevantes, pero lleva a poner seriamente en duda la afirmación de que la ampliación de derechos intelectuales sea requisito para el desarrollo de la investigación e inversión en biotecnología en nuestro país.

(20) CORREA, op. Cit., p. 34. El autor enmarca el riesgo monopolístico en el proceso de concentración al que reiteradamente hemos aludido, y coincidiendo con la afirmación de Vandana Shiva referida antes, sostiene: "Las posibilidades abiertas por la biotecnología han favorecido la ola de adquisiciones de empresas de semillas, por parte de empresas

transnacionales de diverso origen. Se ha estimado que más de novecientas empresas han sido compradas, con una inversión del orden de diez mil millones de dólares. El patentamiento reforzará probablemente esta tendencia a la concentración, y elevará las barreras de entrada en un mercado ya altamente oligopolizado. Las oportunidades de la biotecnología en este sector también beneficiará en tal contexto, ante todo, a las grandes empresas internacionales". Debe tenerse en cuenta que la publicación data de 1990, y el proceso se ha acentuado posteriormente. En 1998, HUERGO H. en Diario Clarín Rural (19/5/98) en el artículo "Meganegocios en semillas-El futuro se planta", daba la noticia que Monsanto Company anunció que había adquirido Dekalb y Delta & Pine, líder en algodón, recordando que con anterioridad Du Pont adquirió el 20% de Pioneer Hi-Bred International (la empresa de semillas más grande de EE.UU.), y que en esos días Cargill anunció un joint-venture a nivel mundial con la propia Monsanto.

(21) RICOLFI, M., loc. cit. pág. 228. El autor esgrime esas situaciones advirtiendo sobre la consolidación de posiciones dominantes reñidas con las leyes antimonopolísticas; sobre la condición de adquisición de herbicidas para la venta de semillas de soja genéticamente modificadas, se respalda en un documento de la Farmer's Legal Action Group. No es posible conocer los montos o porcentajes cobrados por regalías, y tampoco puede generalizarse. Un estudio, que data de 1989, daba como ejemplo de tasas de regalías sugeridas para productos agrícolas entre un 3% y un 5% de las ventas netas: WOODLEY, John "La transferencia comercial de la biotecnología: consideraciones en materia de licencia de tecnología", en "Biotecnología y Patentes", Rev. D. Industrial, Año 12, enero-abril 1990, n.34, p. 191.

22 Crucible Group, op. cit. p. 78.

(23) ESQUINAS-ALCAZAR, José, "La aplicación de los derechos del agricultor", en "Biotecnología y Derecho", Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, Bs.As. 1997, p. 285. De este trabajo están tomados también los conceptos transcritos y demás referencia a los "derechos del agricultor".

(24) En el texto de la norma se da a este derecho un alcance mucho más amplio, pues incluye el de intercambiar y vender, pero revela la adopción de una fórmula de compromiso entre los diversos intereses, ya que luego de enumerar el art. 9° una serie de derechos sobre los recursos fitogenéticos, el art. 9.3 agrega: "Nada de lo que se dice en este Artículo se interpretará en el sentido de limitar cualquier derecho que tengan los agricultores a conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en

las fincas, con arreglo a la legislación nacional y según proceda". Lo que de cualquier modo es de destacar, que el "privilegio" se configura como verdadero "derecho".

(25) Como luego se observará, en la Directiva Europea sobre patentes biotecnológicas, se incluye igualmente el derecho de reservar semillas.

(26) Agrega la norma: "El material de multiplicación vegetativa abarca las plantas enteras. El derecho del obtentor se extiende a las plantas ornamentales o a las partes de dichas plantas que normalmente son comercializadas para fines distintos de la multiplicación, en el caso en que se utilicen comercialmente como material de multiplicación con vistas a la producción de plantas ornamentales o de flores cortadas." El inc. 4) prevé que cada Estado podrá conceder a los obtentores, "para ciertos géneros o especies botánicas, un derecho más amplio... el cual podrá extenderse especialmente hasta el producto comercializado."

(27) El ejemplo que da Salvador D. Bergel de este supuesto, es el de aceite de una variedad de olivo, en pág. 81 de "Requisitos y excepciones a la patentabilidad. Invenciones Biotecnológicas", en Derecho de Patentes, Bs. As. 1999. Remitimos también al cuadro explicativo elaborado allí por el autor, acerca de las diferencias entre la versión UPOV'78 y UPOV'91.

(28) Referimos, en forma resumida, los aspectos más salientes del extenso art. 14 sobre "alcance del derecho del obtentor".

(29) V. la interpretación en este sentido de Barry Greengrass, secretario general adjunto de UPOV, transcripta por GATTARI, C y DURANTE-M. en "Comentarios sobre la ley federal de variedades vegetales de los Estados Unidos Mexicanos", "Biotecnología y Derecho", Temas de Derecho Industrial y de la Competencia", 2, Bs.As. 1997, p. 309. El aludido funcionario, en orientación evidentemente compartida por los autores del trabajo, favorece la aplicación del Acta de 1991 que amplía la protección del obtentor "a toda la producción y reproducción de su variedad"; para el mismo, la versión de 1978, entre las "dificultades" que provocaba se incluía la reserva de semilla por los agricultores. La exclusividad limitada al material de propagación y reproducción permite la libre circulación entre los agricultores de las semillas destinadas a la producción: E. ROOK BASILE, en referencia al d.P.R. 12 de agosto 1975 n. 974 de Italia, en "Privative agricole", Enciclopedia del Diritto V. XXXV, p. 591. V. asimismo, Bergel, op. loc. cit.

(Viene de pág. 5) ▶

en su inc.2ª, lo incluye como "excepción facultativa", previendo que "cada Parte Contratante podrá restringir el derecho de obtener respecto de toda variedad, dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, con el fin de permitir a los agricultores utilizar a fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación, de la variedad protegida...". Es decir que en la nueva versión, orientada a fortalecer la posición del obtentor, aunque la figura es expresamente contemplada, sufre una evidente disminución dentro de este sistema de propiedad intelectual, pues, por una parte, pasa ser una "excepción", y, por otra, queda librada, facultativamente, a su acogimiento en las leyes nacionales. De allí que algunos interpretan que suprime ese derecho, a menos que cada gobierno lo instaure (30), o bien que la inclusión no está destinada a reconocer derechos a los agricultores, sino más bien a otorgar a los países la posibilidad de excluirlos (31). Y de allí también que la adhesión a este convenio sea propiciado por la intereses semilleros.

III. El Reglamento sobre Obtenciones Vegetales y la Directiva sobre invenciones biotecnológicas en la Unión Europea

Ahora bien, los distintos derechos nacionales y regionales que contemplan al sistema de derecho del obtentor, sea que adhieran al Acta de 1978 o de 1991, contemplan la figura. Incluso los que expresamente han adherido al Acta de 1991 la reconocen y algunos le dispensan un detallado tratamiento. Es más, como veremos, la directiva europea sobre patentes biotecnológicas incluye esta previsión, armonizando su disciplina con la de variedades vegetales.

En la Unión Europea, el Reglamento (CE) n. 2100/94 del Consejo de 27 de julio de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, aunque no lo consigna literalmente en sus fundamentos, responde en términos generales a la orientación del Acta UPOV de 1991, y no obstante autoriza el empleo de semilla propia regulándolo en su largo art. 14 como "excepción a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales". Al referirse al supuesto en sus fundamentos, destaca que la protección comunitaria de una obtención vegetal debe supeditarse a restricciones previstas en disposiciones adoptada en interés público y que la protección de la producción agrícola responde a ese interés, por lo que a tal fin debe autorizarse a los agricultores a utilizar el producto de su cosecha para la siembra. De allí que, poniendo ante todo de relieve la razón de la norma, el artículo mencionado expone que "con objeto de salvaguardar la producción agrícola, los agricultores estarán autorizados a emplear, en sus propias explotaciones, con fines de propagación en el campo, el producto de la cosecha que hayan obtenido de haber plantado en sus propias explotaciones material de propagación de una variedad que, no siendo híbrida ni sintética, esté acogida a un derecho de protección comunitaria de las obtenciones vegetales", estableciendo más adelante el art. 15, en resguardo de esta facultad, que la protección comunitaria de las obtenciones vegetales no se extiende a los actos cuya prohibición la conculcaría. Como surge del texto la autorización no incluye las variedades híbridas y sintéticas, y luego establece que se aplica exclusivamente a las especies vegetales que enumera, clasificándolas en forrajeras, cereales, patatas, oleaginosas y textiles. A continuación establece los criterios generales que adoptarán, "como condiciones para hacer efectiva la excepción del apartado 1º y proteger los intereses legítimos del obtentor y del agricultor", las normas de desarrollo del Reglamento, cuyos rasgos principales son los siguientes: 1) en el empleo del producto de la cosecha para siembra, no habrá "restricciones cuantitativas" en la explotación del agricultor cuan-

do así lo requieran las necesidades de la explotación; 2) el producto de la cosecha podrá ser sometido a tratamiento para su plantación, "por el propio agricultor o por medio de servicios a los que este recurra", sin perjuicio de las restricciones que se establezcan para garantizar la identidad del producto que se va a someter a tratamiento y del resultante del procesamiento; 3) se establece una distinción, según se trate o no de pequeño agricultor: no se exigirá de los pequeños agricultores, de los que la norma da parámetros de definición, que paguen remuneraciones al titular, mientras los demás agricultores están obligados a pagar al titular una "remuneración justa" o "equitativa", dando la pauta de que "será apreciablemente menor que la cantidad que se cobre por la producción bajo licencia de material de propagación de la misma variedad en la misma zona"; 4) el control de la observancia de las disposiciones de la norma es responsabilidad exclusiva de los titulares, sin que puedan solicitar asistencia de organismos oficiales, salvo información pertinente de los que intervengan en el control de la producción agrícola obtenida en el cumplimiento ordinario de sus tareas, las que también facilitarán, a instancia del titular, los agricultores y los prestadores de servicios de tratamiento.

Como puede apreciarse, si bien la Directiva se hace eco del espíritu restrictivo del Acta UPOV'91, la autorización está fuertemente configurada y resguardada, en lo que no es ajeno la consideración de interés público y salvaguarda de la producción agrícola, proyectándose, en principio, como derecho inderogable (32). Los criterios generales para las normas de desarrollo se mueven indudablemente con el mismo espíritu, aclarando diversos aspectos que muchas veces se plantean en torno al derecho de reserva y siembra. Es así que la autorización funciona sin ninguna dependencia del obtentor en el arco de todos los actos vinculados a la reserva para resiembra, en particular el tratamiento y acondicionamiento por terceros, sin perjuicio de la identificación. Otro aspecto de interés, es el relativo a la preocupación acerca de la entidad de las remuneraciones, entre nosotros hoy conocidas como regalías, en el caso que no se trate de pequeños agricultores: se imponen las pautas de que sea "justa" y "equitativa", apreciablemente menor al caso de producción bajo licencia de material de propagación en la zona, y modificable en el tiempo. Como interesante modalidad, en países como Gran Bretaña, Alemania, Suecia y Holanda, los acuerdos sobre las remuneraciones se realizan entre organizaciones de obtentores y de agricultores (33).

En el derecho de la Unión Europea merece destacarse que el instituto está contemplado en la Directiva sobre patentes de invenciones biotecnológicas, no obstante que, como dijimos, es normalmente ajeno a ese sistema de propiedad intelectual, siendo, efectivamente, la primera vez que se introduce en una regulación de invenciones patentables (34). La Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, en su art. 8º prevé que la protección conferida a una patente relativa a una materia biológica o a un procedimiento que permita producirla se extenderá a cualquier materia biológica obtenida a partir de aquella y que posea sus mismas propiedades, y en el art. 9º que la protección de un producto que contenga información genética o que consista en información genética se extenderá "a toda materia a la que se incorpore el producto y en la que se contenga y ejerza su función la información genética". La Directiva en cuestión tuvo desde 1988 hasta su aprobación en 1998 al menos cuatro propuestas con sucesivas enmiendas y rechazos, y una cuestión principal en las discusiones fue, precisamente, la introducción del derecho a utilizar semilla de la cosecha por el agricultor, con la resistencia de la industria biotecnológica europea al punto que se constituyó en una causa principal de la actitud sustancialmente hostil de dicha indus-

tria en relación al proyecto (35). Finalmente la Directiva lo introduce en el art. 11, subrayándose que lo hace enunciándolo no "como privilegio en sí, sino más bien como derogación al alcance de la tutela patentaria" (36), de la siguiente manera: "No obstante lo dispuesto en los artículos 8º y 9º, la venta, o cualquier forma de comercialización, de material de reproducción vegetal por el titular de la patente, o con su consentimiento, a un agricultor, a efectos de explotación agrícola, implicará el derecho de este último a utilizar el producto de su cosecha para reproducción o ulterior multiplicación realizada por él mismo en su propia explotación...". Esta norma, cuya trascendencia en materia de semillas transgénicas debe ponerse de relieve, se aplica con el alcance y las modalidades previstas en el art. 14 del Reglamento 2100/94 antes referidos. Cabe agregar, como novedad muy destacable, la extensión del "privilegio" al caso de venta o comercialización de animales de cría o material de reproducción animal a un agricultor (37).

Tomando el caso de una legislación europea, sigue en general la normativa comunitaria sobre la figura, con algunos agregados de interés, la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales de España. En su Exposición de Motivos consigna que opta por "un sistema de protección propio", aunque armonizado con la normativa comunitaria y que contempla las novedades introducidas por el Acta UPOV de 1991, declarando como objetivo de la ley el de reforzar la protección de los obtentores. En su art. 14 reconoce la "excepción en beneficio del agricultor", adaptándose en líneas generales a la norma comunitaria, disponiendo que "los agricultores están autorizados a utilizar con fines de propagación en sus propias explotaciones el producto de la cosecha obtenido de la siembra en ellas de material de propagación de una variedad protegida que haya sido adquirida lícitamente y no sea híbrida ni sintética", y aplicándola únicamente a las especies vegetales que enumera. Luego de este reconocimiento, sigue también los criterios de regulación que viéramos en el art. 14 del Reglamento (CE) n. 2100/94, en cuanto impide restricciones cuantitativas, admite la posibilidad del tratamiento por servicios de terceros del producto para la siembra, exime a los pequeños agricultores del pago de remuneración y establece pautas para la que estén obligados a pagar a los demás agricultores. Pero, como anticipamos, también contiene la norma ingredientes propios dignos de destacar. En primer lugar cuando define la explotación propia (inc.1º, a) como "toda explotación o parte de ella que el agricultor explote realmente cultivando vegetales, tanto si es de su propiedad como si la administra bajo su responsabilidad y por cuenta propia, en particular en el caso de los arrendamientos". Luego al concebir al agricultor, beneficiario de la norma, lo hace en términos amplios, pues considera tal (inc.1º, b) "a toda persona física o jurídica, cooperativas, sociedades agrarias de transformación, sociedades mercantiles o cualquier otra admitida en derecho que figure como titular de la explotación, por administrarla bajo su responsabilidad y por cuenta propia".

IV. La legislación de América Latina

En los países de América Latina que hemos podido indagar, en número muy representativo, el derecho del agricultor de utilizar semilla de su cosecha para la siembra en su explotación es unánimemente reconocido, con fórmulas diversas. Tomando en primer lugar el Grupo Andino, la Decisión 345 del 21/10/1993 aprobó el Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales que recoge la normativa del Acta UPOV de 1991, pero expresamente lo admite en su art. 26, disponiendo que no lesiona el derecho del obtentor quien reserve y siembre el producto obtenido del cultivo de la variedad protegida, exceptuando "la utilización comercial" del material de multiplicación, reproducción o propa-

gación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales. Las naciones integrantes adoptan y reglamentan la Decisión (38).

En Centroamérica, la Ley 318 de protección para las obtenciones vegetales, texto revisado 2001 de Nicaragua recibe la influencia del Acta UPOV de 1991, pero conserva en su art. 12 inc. b) el derecho del agricultor de utilizar con fines de reproducción o de multiplicación en su propia explotación el producto de la cosecha. El Dec.n.37-2000 que la reglamenta, en su art.13, así como las normas europeas contemplaban el supuesto del tratamiento por servicios de terceros, prevé el caso del agricultor "que guarda el producto de su cosecha en local de terceros" disponiendo que deberá rotular "el material que será utilizado como semilla en su propia explotación, separándolo del material que utilizará como grano para comercializar". México, en la Ley Federal de Variedades Vegetales, mantiene también la excepción (art.5, II), pero en el art. 8º de su reglamento del 21/9/98 lo restringe en cuanto, a diferencia de la ley española, dispone que "corresponderá sólo a personas físicas", y distinguiéndose de ella y de la normativa de la Unión Europea que descarta restricciones cuantitativas, indica que "estará restringido a la cantidad de material de propagación que el productor agrícola guarde o reserve para sembrar una superficie que no exceda los límites establecidos en las normas oficiales mexicanas correspondientes" (39).

En el Cono Sur, Chile y los países del Mercosur admiten el derecho a utilizar semilla cosechada en la propia siembra. Chile en el art. 3º de la ley 19.342 de 1997 lo consagra disponiendo "no se entenderá vulnerado el derecho del obtentor por la utilización que haga el agricultor, en su propia explotación, de la cosecha de material de reproducción debidamente adquirido" con la advertencia de que "no podrá ser publicitado ni transferido a cualquier título como semilla". El Mercosur aprobó por Decisión n.1/99 el Acuerdo de Cooperación y Facilitación sobre la Protección de las Obtenciones Vegetales, que declara que las legislaciones de sus Estados Partes sobre protección de las obtenciones vegetales se adaptan al Acta 1978 de la UPOV y se remite a la misma en su articulado. Entre sus miembros, dejando para tratar luego la cuestión en Argentina, Paraguay en su Ley 385 de semillas y protección de cultivares de 1994, en el art. 35 establece que no lesiona el derecho del obtentor "el agricultor que siembra y reserva semilla del cultivar protegido para su propio uso, o usa o vende como materia prima o alimento el producto obtenido de dicho cultivar". Igualmente en Uruguay no puede el obtentor pedir compensación si se utiliza o vende el producto obtenido del cultivo como materia prima o alimento, o se reserva y siembra semilla para uso propio (40).

Finalmente, el art 10 de la Ley 9456 de 25 de abril de 1997 de protección de cultivares de Brasil, merece un detenimiento especial. Esta ley reconoce el derecho de reservar y sembrar semillas, aunque luego excluye su aplicación para el cultivo de caña de azúcar. Dispone que en esa hipótesis para multiplicar material vegetativo, incluso para uso propio, el productor se obliga a obtener autorización del titular del derecho sobre el cultivar, pero a la vez estipula que cuando para concederle la autorización le fuere exigido pago, no podrá lesionar el equilibrio económico-financiero de las labores desarrolladas por el productor. En este cultivo la norma presenta cierta similitud con las normas europeas relativas a los no considerados como "pequeños agricultores", en especial en cuanto intenta poner límites al pago requerido. Sin embargo, en aquellas, a diferencia de la brasileña, el agricultor no precisa obtener la autorización del obtentor, y por eso se encuadran claramente en la figura del "privilegio del agricultor", aun cuando la utilización exija remuneración al obtentor; tal encuadramiento, en cambio, resulta

NOTAS

(30) v. Crucible Group, p.57

(31) RAPELA, M.A., "Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores", p. 68, refiriendo la apreciación de Correa.

(32) KIEWIT, BP (Presidente Community Plant Variety Office, Angers), paper sobre el "farmer's privilege" en la Dir.2100/94, en el Coloquio "Modern Plant Breeding and Intellectual Property Rights", 26 de enero de 2001. Allí el autor, no obstante resurgir la dificultad de contestar por sí o no acerca de si está reservada la libertad contractual del obtentor, estima que la norma inserta un "mandatory right to use farm saved seed, that could not be restricted by contract".

(33) Ibidem, aut. cit. Acota que se utiliza esta práctica como forma de frenar la resistencia de los agricultores. De acuerdo al mismo, una pauta oscila en el 50% de lo que se paga en caso de propagación bajo licencia.

(34) BERGEL, Salvador D. "La Directiva Europea 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas", en Propiedad Intelectual en Iberoamérica, Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, 5, Bs. As. 2001, p. 51.

(35) ZAGATO, L., "La tutela jurídica delle invenzioni biotecnologiche: la Direttiva 98/44 del 6 luglio 1998", en Rev. Dir. Agrario, 1999, I, 439. Ella menciona en pág. 425 las diversas propuestas y su suerte. GUIDETTI, B., en "La Direttiva 98/44/CE sulle invenzioni biotecnologiche", Contratto e Impresa/Europa, 1999, 483, da también cuenta de esos antecedentes, y en relación a la importancia que en las vicisitudes de la norma tuvo el tema que tratamos, recuerda que un primer rechazo estuvo causado por la falta de toda referencia a la cuestión ética y al llamado "privilegio del agricultor".

(36) GUIDETTI, B., op.cit. p. 464: "Importante sottolineare che non viene però enunciato come privilegio in se, ma

piuttosto come deroga alla portata della tutela brevettuale". En p. 490 vuelve a subrayar que el "privilegio del agricultor" constituye una importante derogación de la protección patentaria. Como "derogación" a los derechos del titular de una variedad vegetal, califica también Zagato al art. 14 del reg. 2100/94.

(37) La aplicación del derecho del agricultor a razas animales no registra precedentes en los derechos nacionales ni en las convenciones internacionales: Bergel, op.cit. pág. 52.

(38) Perú por Decreto Supremo n.008-96-IT/INC dictó en 1996 el Reglamento de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, reglamentando la Decisión 345, como lo hizo también Venezuela por Reglamento del 11 de enero de 1999 y Colombia por Decreto 533 del 8 de marzo de 1994. En los mencionados reglamentos de estos países integrantes del Pacto Andino, no se destinan normas

específicas a la figura, por lo que entendemos que rige en ellos exclusivamente el texto del art. 26 de la Decisión 345. En Bolivia regula la protección el Decreto Supremo 23.669 de 1992 y la resolución secretarial 064/96 que la admite en su art. 15f. ZAMUDIO, T., op.cit. p. 110.

(39) RANGEL ORTIZ, H. "La nueva legislación mexicana en materia de variedades vegetales", en Propiedad Intelectual en Iberoamérica-Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, 5, Bs.As., 2001, p. 362. México aprobó el régimen en cumplimiento del compromiso de NAFTA, de idénticas características al de ADPIC, que resulta también así cumplido (pág. 379). V. asimismo, GATTARI, C. y DURANTE, M., op.cit.

(40) V. ZAMUDIO, op.cit. pág. 110. En la obra en las pags. 99 a 113 se desarrolla un estudio comparativo de la normativa de derecho de obtentor en Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay.

cuestionable si debe mediar autorización previa. Sin embargo, acercándose nuevamente a aquellas normas, la limitación no rige para los pequeños productores, ya que el inc. III indica que solamente se aplicará a productores cuyas explotaciones superen cierta superficie. Y dentro de este mismo artículo no puede dejar de destacarse una previsión más amplia para el "pequeño productor", definido también por la norma, cuando multiplica semillas por donación o permuta para otros pequeños productores rurales, en el ámbito de programas de financiación o de apoyo, conducidos por órganos públicos u organizaciones no gubernamentales.

V. Legislación argentina y problemas actuales

Puede claramente apreciarse que no obstante la ofensiva hacia la profundización de los derechos de propiedad intelectual sobre innovaciones vegetales, particularmente orientada hacia el debilitamiento del llamado "privilegio" del agricultor, la figura continúa siendo ampliamente aceptada en el derecho comparado, aun cuando se resiente con la introducción de límites promovidos por aquella tendencia. De cualquier modo tanto el marco de la polémica sobre la propiedad intelectual en vegetales como los datos del derecho positivo, nos permitirán una mejor valoración de las cuestiones planteadas en nuestro derecho en el tema y las pretensiones de reforma.

En Argentina, las variedades vegetales no pueden protegerse por patentes (41), y la protección de las mismas se estructura como sistema de derecho de obtentor a partir de la ley 20.247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas. Como antes dijimos, el art. 27 de la ley determina que no lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien reserva y siembra semilla para su propio uso. El decreto reglamentario n. 2183/91 especifica así la norma: "No se requerirá la autorización del obtentor de una variedad conforme lo establece el artículo 27 de la Ley 20.247, cuando un agricultor reserve y use simiente en su explotación, cualquiera sea el régimen de tenencia de la misma, el producto cosechado como resultado de la siembra en dicho lugar de la variedad protegida". Posteriormente el Instituto Nacional de Semillas (INASE), en controvertidas circunstancias de las que hemos dado cuenta (42), dictó la Res. 35/96 adoptando medidas sobre la que pasa a denominar "excepción del agricultor". Esta larga resolución en sus primeros tramos (art. 1° y 2° parr. Primero y segundo), aclara las condiciones de la reserva en cuanto, entre otras, a la adquisición legal de la semilla originaria, individualización de la reserva, y destino de la semilla para la siembra por el agricultor en su propia explotación, entendiéndose por tal "los distintos predios de un mismo titular cualquiera sea su régimen de tenencia" (43). Luego la resolución destina una normativa detallista, plena de requisitos formales y procedimentales, para el traslado y acondicionamiento, cuya extensión impide reseñarla aquí. Parte de la exigencia en tal caso de pedir autorización al titular de la variedad, la situación en caso de silencio y el procedimiento en el supuesto de rechazo; el documento, con una verdaderamente exhaustiva declaración del agricultor, y demás constancias instrumentales que deberá exigir el procesador o depositario al agricultor, rótulos especiales, etc.

Surge a la vista que esta Resolución, antes que cumplir el rol reglamentario de la reserva del art. 27 estuvo más bien inspirada en el ánimo de dificultarla. Ello se traduce en los excesos en que incurre respecto del texto de la ley, reiteradamente

puestos de relieve (44). Aspecto esencial de la transgresión reglamentaria es la exigencia de autorización del titular de la variedad para el traslado, acondicionamiento, depósito, etc. de la semilla reservada. Viene en auxilio la reseña de derecho comparado en la que queda demostrado que con los términos "reservar", "utilizar", "emplear", "usar", incluidos indistintamente en las formulas legislativas, se describe un mismo supuesto normativo, esto es, la facultad del agricultor, no lesiva de derechos del obtentor, de guardar semilla de la propia producción para la siembra en su explotación, que comprende todo el arco de actos y operaciones necesarias para satisfacer la finalidad, como lo es el de realizar los acondicionamientos y tratamientos necesarios para la siembra, por el agricultor o por servicios de terceros, dentro o fuera del predio, e incluso depositarlo en locales de terceros. Y estos actos, integrantes del hecho de reservar para sembrar y propios del mismo, no están, en ningún caso, como surge de las normas estudiadas, sujetos a la autorización del obtentor. Las leyes, y la nuestra en particular, no incluyen dentro del "alcance" de su derecho el de impedir o sujetar a su autorización la facultad del agricultor de reservar semilla para la siembra en su explotación y de los actos que se relacionan directamente con ese fin. La identificación adecuada de la semilla reservada y dispuesta en condiciones razonables, es lógica y coherente con la exclusiva finalidad de siembra en la explotación del agricultor que realiza la reserva, pero la exigencia de autorización para los actos aludidos es un exceso reglamentario ilegítimo.

Esta misma ilustración sobre el alcance del supuesto normativo constitutivo de la figura del "privilegio del agricultor" resultante del derecho comparado descalifica la interpretación de que "el derecho del obtentor comienza en el límite del campo del agricultor", en base a la cual se llega a la afirmación de que a aquél le corresponde fijar las condiciones administrativas para sacar la semilla. Nuevamente cabe reiterar que mientras el agricultor haya realizado la reserva de semilla para sembrar en la propia explotación, la situación escapa a las atribuciones prohibitivas del obtentor en todo el complejo de operaciones necesarias para cumplir la finalidad, y esta finalidad, no el lugar físico donde se exterioriza, es lo que en última instancia sirve para calificar que se configura el supuesto del privilegio y no otro, como podrían ser los actos preparatorios de la comercialización como material de reproducción. Esta interpretación que descartamos se esgrime como una vía para eliminar, lisa y llanamente, el derecho de reserva del art. 27, solucionando "el problema del obtentor" por una simple situación de hechos: los agricultores —razonan quienes la sostienen (45)— "deseando realmente reservar semilla para futura siembra, no tienen en su campo la maquinaria para vibrarla, zarandearla, limpiarla, curarla y en general acondicionarla, de modo que al sacarla de su campo para llevarla a un intermediario que prestara esos servicios incurrierán en el primer hecho generador del requisito de autorización y licenciamiento, tal cual era llevarla a un comercio".

Esta interpretación y el párrafo transcrito lleva también a advertir que ninguno de los actos que integran la reserva para la propia siembra, constituye alguno de los supuestos de "entrega" mencionados en la primera parte del art. 27 y luego especificados en el art. 41 del Dec. reglamentario 2183/91. Los actos enumerados en el art. 41 son los que directa o indirectamente se relacionan con la finalidad de disposición o comercialización del material de reproducción (46).

A esos actos se refiere luego el art. 42 del mismo Decreto para subordinarlos a autorización en las condiciones impuestas por el obtentor, que se presumen aceptadas por quien los realiza en caso de que el mismo hiciera "oferta pública en firme de licenciamiento". Esta, como es conocido (47), ha sido una de las modalidades utilizadas para derogar en forma privada el derecho de reserva o cobrar remuneraciones o "regalías" sobre lo reservado. Sin embargo, como hemos visto, resulta claro que el licenciamiento del art. 42 no es aplicable al "acto" de reserva para sembrar, sino a los del art. 41 y, por lo tanto, las condiciones de la "oferta" no resultan vinculantes ni fuente de obligaciones. Resulta indudable que la facultad de reserva para la siembra, segundo supuesto aludido en el art. 27 de la ley, se reglamenta en el art. 44 del Dec. 2183/91; ninguna autorización del obtentor requiere, ni puede ser objeto de "licenciamiento" en base a los arts. 41 y 42 del Reglamento, que se refieren al primer supuesto, esto es, la "entrega" interpretada como antes lo hemos hecho. De seguir con el criterio de incluir todos los supuestos del art. 27 en el "licenciamiento" se llegaría también al que la norma prevé en su última parte, es decir, la venta como materia prima, con lo que los obtentores convertirían, por propia decisión, a la protección de la ley 20.247 en un sistema de patentes, alcanzando el producto; evidentemente, cuando el art. 41 del Dec. reglamentario se refiere al art. 27 de la ley, tampoco incluye ese supuesto. En otros casos la oferta es de "comercialización y licenciamiento", ofreciendo las condiciones de comercialización y "licencia de uso", en las que se incluye la "reserva" y se establecen "regalías" sobre la misma. Igualmente se esgrime el art. 42 del Decreto reglamentario, con lo que caben iguales, en principio, las mismas conclusiones. La invocación en la misma oferta del art. 1148 del C.Civil y el establecimiento de "condiciones de comercialización", evidentemente lleva la finalidad, en caso de adquisición de semilla, de provocar la derogación convencional de la facultad de reserva sin pago de regalías como contempla el art. 27, lo que plantea la cuestión de su validez, que, como vimos al tratar el derecho extranjero, quien se lo ha planteado se inclinó preferentemente a una respuesta negativa. Más allá de las cuestiones atinentes a la expresión de voluntad del comprador que necesariamente suscita este tipo de condiciones impuestas por ofertas desde una posición evidentemente dominante, la posibilidad de derogación debe ser restrictivamente considerada. El derecho del obtentor, compartiendo notas comunes a los derechos intelectuales, se manifiesta como la facultad que le otorga la ley de excluir a terceros de la realización de ciertos actos que la misma determina, o someterlos a su autorización (48). Ese, y no otro, es el contenido del derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley al obtentor, y en su configuración predominan criterios de orden público, como acontece en general cuando el ordenamiento estructura los derechos de propiedad, que tienen trascendencia "erga omnes" y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes (49), que con mayor razón está presente cuando se trata de la regulación de los derechos intelectuales donde, como señalan Correa y Bergel, el ordenamiento permite someter a la esfera de control privado un bien, el conocimiento, que por su esencia es de carácter público (50). El derecho del obtentor, como derecho de propiedad intelectual, está reconocido de esta manera por el ordenamiento, y del sistema, tal como está estructurado en la ley 20.247, forma parte la facultad del agricultor de reservar semillas y usarlas

en la propia siembra sin pago alguno, acto que el legislador no consideró dentro de las facultades prohibitivas que reconociera al obtentor. No existe, en principio, la posibilidad de que los particulares modifiquen por acuerdo privado el sistema de propiedad establecido por la ley, y menos aun por disposición del obtentor. Para modificarlo hay que recurrir a reformas legislativas, como lo hicieron los derechos extranjeros que hoy admiten, para ciertos agricultores y dentro de ciertos límites, el cobro de "remuneraciones" sobre la semilla reservada. En todo caso, las alteraciones de la facultad de reserva de semilla para sembrar emergentes de las condiciones de venta deben ser evaluadas cuidadosamente en cada caso y juzgadas con criterio restrictivo.

VI. Conveniencia de mantenimiento frente a propuestas de reforma legislativa

Las consideraciones precedentes y el panorama reseñado indican que las campañas en curso, alentadas por las empresas interesadas y sus gobiernos de origen, para adherir al Convenio UPOV 91, modificar la legislación sobre creaciones fitogenéticas o introducir el patentamiento de semillas a partir de las invenciones biotecnológicas, deben ser atentamente consideradas y sus propuestas objeto de suficiente estudio y debate. Vimos el contexto en que se promueven y es evidente que no es indiferente el sistema de propiedad intelectual sobre obtenciones vegetales hacia el que se vaya. No pueden dejar de evaluarse sus consecuencias en aspectos como la biodiversidad, los recursos genéticos y el acceso a los mismos, la actividad de innovación, los riesgos monopólicos y la actividad agraria, los agricultores y los consumidores.

La eliminación o alteración del derecho del agricultor a guardar semillas es sólo un aspecto del impacto de esa ofensiva. No obstante, advertimos que la FAO lo consideró dentro del concepto de "derechos del agricultor", como factor de equilibrio, y se incluye en el Tratado sobre recursos genéticos. Asimismo, aunque han sufrido alteraciones, los derechos regionales y nacionales siguen conservando la figura, incluso en normativas sobre invenciones biotecnológicas como la de la Unión Europea donde, además, constituyó uno de los temas principales de discusión en la etapa de proyecto. Todo ello avala la conveniencia de mantenerla en nuestro derecho y, en todo caso, discutir su mejoramiento tomando en consideración los datos del derecho comparado bajo la óptica de nuestra realidad concreta. ♦

NOTAS

(41) Opina S.D. Bergel, que pese a lo hecho de que la ley de patentes no contiene referencias a las variedades vegetales, las mismas no pueden ser protegidas por dicha vía en razón de que nuestro país adhirió al Convenio de la UPOV 1978 el que prohíbe el sistema de doble protección. Analizando el estado de la situación referido a la materia vegetal a partir de la ley de patentes 24.572, modificada por la ley 24.572, y su reglamento, y la ley 20.247, concluye que en nuestro sistema legal: a) las plantas, en tanto tales, no son susceptibles de patentamiento; b) es posible patentar procedimientos biotecnológicos que conduzcan a la creación de plantas transgénicas; c) no pueden protegerse vía patentes las variedades vegetales, las que tienen una regulación específica; algunas clasificaciones menores en materia vegetal pueden quedar incluidas dentro del régimen reservado a los microorganismos. Aut. cit., "Requisitos y excepciones a la patentabilidad. Invenciones biotecnológicas", Derecho de Patentes, Bs. As. 1999 p. 79.

(42) V. nota 2.

(43) No es posible detenernos en un análisis pormenorizado de estos artículos. La Resolución establece los presupuestos de la reserva bajo de discutible expresión "condiciones para que se configure" la excepción. Al final del art. 1°, en línea con el espíritu que la animó, agrega: "El interesado para hacerse beneficiario a la excepción del agricultor deberá acreditar el cumplimiento de las condiciones señaladas en este artículo".

(44) Ver en ese sentido FRIDMAN, Susana "Biotecnología: derechos del obtentor y el agricultor; alternativas legislativas", donde concluye que la norma avanza sobre el art. 27 al imponer procedimientos y condiciones que exceden claramente su texto y espíritu: en Comunicaciones Científicas y Tecnológicas-UNNE 2001, <http://www.unne.edu.ar>. Asimismo, RACCA, Raul Alberto y WILDE, Hugo Carlos, "Derecho del agricultor a reservar semilla de su producción para uso propio (art. 27 ley 20.247)" (versión dactiloscrita), donde los autores hacen un exhaustivo estudio crítico de la Resolución, proponiendo su modificación mediante la derogación de muchas de sus disposiciones por incompatibles con la norma reglamentada.

(45) GATTARI-DURANTE, op. cit. p. 315. Obsérvese que el acondicionamiento y depósito no necesariamente se lleva a cabo llevando la semilla a "un comercio", lo que además tampoco es determinante, como sostenemos en el texto.

(46) Para Correa la "entrega" es un acto material de traspaso de posesión, aunque nada dice de los actos que conducen a ese efecto, como compraventa o canje y sus actos preparatorios. De ser aplicable en forma directa el Convenio UPOV 78, la finalidad es la comercialización. La aplicación directa se la plantea el autor ante el problema de los actos mencionados en el art. 41 del Dec. regl. pero no enunciados por la ley 20.247 ni en el Convenio UPOV

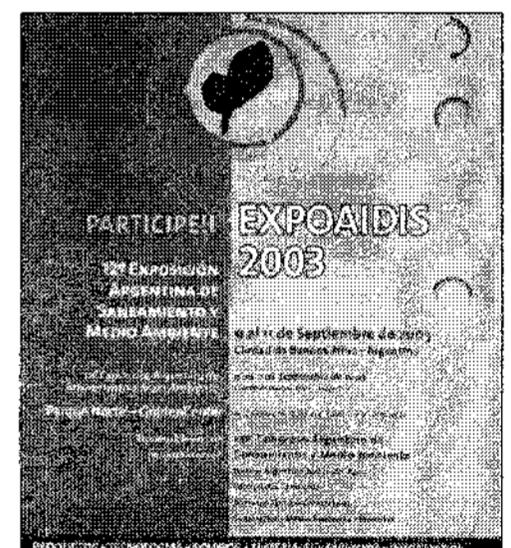
78: CORREA, C. "Observancia de la propiedad intelectual de las variedades vegetales en Argentina". La Ley 1995-D, 1070/3. De cualquier modo, la reserva con finalidad de siembra y sus actos "preparatorios", en ningún caso quedan incluidos en la "entrega" si se sigue la línea argumental del autor.

(47) Las "ofertas públicas de licenciamiento" de variedades se publicaron en diarios de amplia difusión (por ej. Publicación por Monsanto Company en Clarín, 21/7/2001). También se publicaron por Monsanto Argentina SAIC como "oferta pública de comercialización y licenciamiento", a la que aludimos en el texto, dirigida a productores y usuarios de variedades.

(48) CORREA, C., en "Observancia...", cit., p. 1071.

(49) LUNA SERRANO, Agustín, "El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales". Anales de la Academia Matritense del Notariado, T.XXXV-Madrid, 1996, p. 286.

(50) CORREA, C. y BERGEL, S.D. "Patentes y Competencia", p. 31. Los autores estudian el alcance de la propiedad intelectual y su sometimiento al interés general, en relación a las licencias obligatorias en materia de patentes. Recordamos el fundamento en el interés general para el otorgamiento del derecho del agricultor a conservar semilla en las normas comunitarias europeas.



Los días 9 10 y 11 de setiembre del corriente se realizó el 13 Congreso Argentino de Saneamiento en Parque Norte. En los talleres, mesas redondas, seminarios y sesiones plenarias, participaron más de 500 personas con diversa formación y experiencia profesional. Se abordaron temas tan diversos como la gestión de recursos hídricos, la provisión de saneamiento básico e infraestructura para municipios, el nuevo marco jurídico ambiental, a partir de las normas de presupuestos mínimos, la industria aseguradora y los desafíos ambientales, proyectos de gestión conjunta de recursos naturales y de residuos sólidos urbanos y aspectos atinentes a la contaminación de suelos por hidrocarburos en el sector downstream. El Congreso contó además con una jornada abierta al público referida a los problemas ambientales de la Ciudad de Buenos Aires, donde se abordaron cuestiones tales como los proyectos de desarrollo emplazados en la ribera y la planificación de los grandes espacios verdes metropolitanos.

Consumidores o usuarios, pero ante todo seres humanos

Dos sentencias que lo reconocen

ESCRIBE: MARIO GUSTAVO COSTA (*)

A pocos meses de sancionada la Ley General del Ambiente (nº 25.675) se comienzan a percibir sus efectos. Entre los más relevantes cabe así calificar al dictado simultáneo de dos fallos que invocan esa normativa. Emanan de la Sala II de la Cámara Federal de La Plata y, tanto por las características de las controversias planteadas cuanto por la calidad de los fundamentos en que se apoyan, imponen analizarlos con el mayor detalle posible.

I. Los casos

a) Una organización no gubernamental dedujo acción de amparo contra "AGUAS ARGENTINAS S.A.", el ETOSS (Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios), la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes. Invocó el art. 41 de la Constitución Nacional y reclamó la cesación de "...hechos, actos y omisiones que —a su entender— vulneran manifiestamente el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado..." consagrado por ese precepto. Su objetivo final consistía en que se ordenase a los demandados "restablecer el equilibrio hídrico del Partido de Quilmes" (1).

b) Poco después, otra asociación civil interpuso un planteamiento —incoado en la modalidad de medida autosatisfactiva— tendiente a que se ordenase al Ente Regulador de la Electricidad (ENRE) suspender las obras de cableado que en el mismo Partido (localidad de Ezpeleta) realiza "EDESUR S.A.", así como se dispusiera el traslado de la subestación transformadora "SOBRAL", allí ubicada (2).

Por razones que hacen a la mayor claridad, en lo sucesivo me referiré a esos casos identificándolos por la denominación de las prestadoras de servicios públicos demandadas promiscuamente. El primero, entonces, será "AGUAS ARGENTINAS" y el otro, es obvio, "EDESUR".

Ambas causas tramitaron ante el mismo Juzgado. En las dos, los actores sostuvieron que representaban a usuarios, vecinos y consumidores de las respectivas zonas, perjudicados de formas diferentes pero cuya síntesis exhibe claros puntos de contacto. Peticionaron el urgente dictado de medidas cautelares de especial complejidad y en ese marco alegaron que:

a.1) "AGUAS ARGENTINAS": 1) destina al consumo de modo constante e irracional agua que extrae del Río de la Plata y no de los acuíferos, provocando un grave desequilibrio; 2) desactivó el sistema de extracción de aguas subterráneas y los pozos de explotación locales; 3) generó un grave déficit en el tratamiento de efluentes y de la red cloacal que determinó el retorno del agua consumida a las napas que así aumentaron su nivel de contaminación y 4) ha sido negligente —de consumo con el ETOSS— por las importantes pérdidas que se producen en las redes de distribución, atribuidas a la falta de mantenimiento y necesaria ampliación. Todo ello genera el ascenso de las napas freáticas, que a su vez origina "...graves riesgos a la salud y considerables deterioros en sus propiedades", produciéndose también el frecuente desborde de pozos ciegos por la falta de cloacas, "...con la amenaza concreta de derivar en un desastre sanitario".

b.1) "EDESUR" explota, como continuadora de la empresa estatal, la subestación "SOBRAL" que fuera construida en 1978 en medio de un conglomerado urbano y que a lo largo de los años causó gravísimos inconvenientes a sus habitantes. Además de los fuertes y continuos ruidos, se produjeron trastornos en la salud de muchas personas (náuseas, dolores de cabeza, depresión) "...que fueron agravándose hasta derivar en patologías cancerígenas y malformaciones que culminaron con la muerte de algunos de los afectados", atribuyéndose tales efectos negativos a la proximidad

con esas instalaciones —cableado incluido— en razón de los campos electromagnéticos (CEM) que se generan.

También se sostuvo, en las dos acciones, que previo a su interposición los afectados formularon reiterados reclamos a las empresas concesionarias y a las diversas autoridades involucradas, sin resultado. Se hizo mérito de la repercusión que cada uno de los asuntos tuvo en los medios de prensa.

Los dos procesos fueron iniciados y fallados en primera instancia antes de la sanción de la ley 25.675 (3).

a.2) En "AGUAS ARGENTINAS", la resolución sobre la medida cautelar fue acogida en primera instancia con el alcance peticionado. No se ejecutó, atento que los recursos de las partes fueron concedidos por el juez con efecto suspensivo (arts. 243 y ctes. CPCCN)

b.2) El juez federal rechazó la acción deducida en "EDESUR", al entender que la vía procesal era inadecuada, por resultar insuficiente a su juicio el grado de certeza sobre la relación causal que se argumentara entre los CEM y los daños a la salud humana. Impuso las costas a los actores y dejó a salvo su derecho a promover un proceso de conocimiento que "...posibilite un mayor debate y prueba de la cuestión debatida y garantice el derecho de defensa de las partes involucradas".

Como se dijo, el tribunal de alzada falló el mismo día (4) en ambos casos y lo hizo, obviamente, con fundamentos que reconocen la raigambre común de esos procesos. Los primeros votos correspondieron al juez Dugo y recibieron la adhesión total del juez Schiffrin.

II. Cuestiones procesales

Radicados los expedientes ante la Cámara, un primer punto de interés se advierte en la tramitación que se imprimió al de "EDESUR". Al ponderar la materia que se les sometía y advertir que la discusión versaba sobre derechos constitucionales en términos tales que justificaban decidir con urgencia, los jueces hicieron uso de las potestades conferidas por el art. 32 de la 25.675. El criterio seguido, a mi ver, interpretó con adecuado equilibrio la situación planteada al anticiparse a otras que se hubiesen suscitado de haber aplicado a ultranza de aquellas facultades.

Así, mientras por un lado se disponía que el procedimiento sumarísimo rigiese desde entonces el curso del caso, se evitó hacerlo en un ámbito tal que la disparidad de intervención de las partes provocase posteriores —y predecibles— cuestionamientos constitucionales. Pese a que el citado art. 32 autoriza en su última parte a dictar medidas de urgencia en cualquier estado del proceso "aun sin audiencia de la parte contraria" y también a que el juez las dicte de oficio, el tribunal obró con prudencia al correr traslado de la acción a "EDESUR S.A." y al ETOSS. Fundamentó ese temperamento en que el recurso llevado a su conocimiento pretendía obtener "...una medida cautelar innovatoria [y que por ello], se estimó conveniente bilateralizar la pretensión cautelar en curso a los efectos de garantizar la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional y art. 36, inc.4, apartado a), del CPCCN)". Si se reflexiona sobre los alcances de lo peticionado y lo acordado, temas sobre los que volveré más adelante, se aprobará sin vacilar la oportunidad de la providencia reseñada.

Otro aspecto formal que cabe anotar se advierte en el primer considerando de la resolución de "AGUAS ARGENTINAS": la Cámara comienza por declararse competente, bien que dejando a salvo que a su juicio el caso correspondería a la compe-

tencia originaria de la Corte Suprema por estar enderezada la demanda contra la Provincia de Buenos Aires y el ETOSS. Se aclara, de seguido, que la aceptación se hace por razones de economía procesal al hallarse la cuestión resuelta por el máximo tribunal en "Flores..." ("Fallos" 315:2157), pero se remite a la tesis en contrario que la Sala sostuviera en varios precedentes (5).

Parece necesario detenerse en la cuestión, que con seguridad se reeditará en planteos semejantes si se tienen presentes las características propias de la materia ambiental, donde por regla estos conflictos revisten alcance interjurisdiccional. Los presentes son elocuente muestra de ello. Es conocido el efecto dilatorio y distorsivo que provocan las cuestiones de competencia redundantes, por lo que lo que tienda a su evitación siempre será saludable. Sobre todo en áreas como la aquí tratada, ya en opinión de Bidart Campos ha sufrido ya demasiados vaivenes (6). No siempre actúan tribunales como el que nos ocupa, donde la sensatez prima sobre la obstinación y no perjudica la solución del caso.

El fundamento central de "Flores..." con el que la Corte modificó su tradicional doctrina respecto de la interpretación del art. 101 C.N., contenido en el dictamen del Procurador al que se remiten los jueces de la mayoría, radica en que por un lado esa hermenéutica debe superar lo literal y efectuarse de modo contextual, pero esencialmente en que la prerrogativa de la Provincia constituye "...un privilegio personal que es factible, por principio, de renunciarse". En el caso que se considera, el Estado provincial y el ente regulador consintieron el juzgamiento por parte de los tribunales inferiores, con lo cual se satisfizo la pauta fijada en aquella sentencia.

Me ubico entre quienes comparten la tesis de la Corte, que no advirtió razones para admitir la prórroga de la competencia originaria y exclusiva de ese cuerpo "...sólo a favor de la jurisdicción provincial o arbitral, si por ella optaren las partes expresa o tácitamente, pero no respecto de los tribunales inferiores de la Nación", como mantuvo la minoría en "Flores..." con cita de años precedentes. Es atinado razonar que el meollo de la controversia no se halla en el respeto a la dignidad de los Estados provinciales, que motivaría la intervención del más importante Tribunal de la Nación en la hipótesis de ser llevada la provincia a juicio.

Tales miramientos, tan necesarios en épocas donde la preservación de la unidad nacional podía verse en peligro, no resultan esenciales si se recurre a la mentada interpretación sistemática del texto constitucional.

En ese marco, suena dirimente que "...este supuesto respecto a la investidura estadual no parecería ser uno determinado necesariamente por la Constitución, en virtud de principios protocolares que juzgase indefectibles, ya que en ese caso no es concebible que no se lo haya extendido al Estado Nacional. Entonces, únicamente se lo debe entender como una imposibilidad primaria de obligar a la Provincia a comparecer ante los magistrados inferiores en atención a dicha investidura. A la par, ... esta idea de que los Estados provinciales no pueden por su investidura someterse a los jueces federales de grado importa un inadmisiblemente menosprecio a su calidad jurisdiccional y tampoco se condice con el hecho de que sí se sometían a los inferiores de su propia jurisdicción provincial" (del dictamen citado, párrafo final del C.IV).

No se encontrará la misma declaración en "EDESUR", por tratarse de una acción de amparo (dirigida, como vimos, al ente regulador y no a la provincia), en armonía con la constante doctrina de la Corte (v.g. "Fallos" 308:2356).

III. Legitimación

Como correspondía, se la consideró en los dos procesos, aunque en "EDESUR" la personería y representación invocadas por los accionantes fueron analizadas expresamente, dado que esa empresa las impugnó mediante la excepción conciente, rechazada con escuetas pero terminantes razones. Ambas ONG's incoaron sus pretensiones sobre la base de ser asociaciones civiles con personería jurídica reconocida, inscriptas en los registros administrativos pertinentes y hallarse comprendidos dentro de sus objetivos sociales las materias sobre las que versaban aquéllas.

Los fundamentos que nos interesan se inician señalando que "...la legitimación procesal de la actora a esta altura de la evolución del derecho ambiental de la República Argentina es incuestionable". Se invoca la corriente jurisprudencial que sostenía, desde antes de la reforma constitucional de 1994, la necesidad de acordar un esquema de protección en el campo de los intereses difusos, "...donde es evidente que no es sólo la cosa pública la que aparece directamente dañada, sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa la víctima" (7). Se invocó de seguido la prédica por abandonar "...el concepto jusprivatista del daño resarcible dejando paso a una 'tendencia nueva pública, colectiva de tipo preventiva y represiva', donde se busque no tanto la reparación personal del lesionado, sino la paralización de los efectos dañosos. Uno de los medios para resolver la cuestión está en la dilatación de la legitimación de las personas afectadas para consagrar una expansividad horizontal, con fundamento en la protección de intereses legítimos o humanos que envuelven a una columna de perjudicados", contenida en un voto del juez Schiffrin (8).

Subyacen, por cierto, en esas elaboraciones, los precedentes pioneros que desde los empeños articulados por ambientalistas preclaros, entre los que cabe destacar por su capacidad y perseverancia a Alberto E. Kattan (9), fueron nutriendo la jurisprudencia al ritmo de sus golpes de ariete contra las tendencias anquilosadas que denostó Schiffrin. Aun cuando la reforma constitucional y la misma jurisprudencia de la Corte Suprema —que en los fallos se citan concisa, pero precisamente— los hayan consolidado y convertido dichos casos en datos históricos, se impone recordar al ahogado colega que tanto incidió para esos logros cuando se cumplen diez años de su temprana desaparición.

Correcta es la precisión respecto a que tal habilitación para accionar se satisface cuando la institución reúne las condiciones que contempla el art. 43, C.N., sin que sea menester el dictado de una ley o reglamentación específica. A las certeras citas que se insertan (10), cabría adunar las de los casos "Urteaga" y "Ganora" (11) sobre *Habeas Data*, en los que la Corte Suprema —antes del dictado de la ley 25.326— afirmó con todavía mayor fuerza la operatividad directa de esa cláusula constitucional. De allí que el primer párrafo del art. 30 de la ley 25.675 resulte superfluo y tenga un valor meramente ratificatorio, máxime si se tiene en cuenta el categórico sistema de nuestra pirámide normativa (arts. 31 y 99, inc. 2º, C.N.).

Si de enriquecer se tratase, el mentado art. 30 debería haber incluido expresamente como titular de la acción de daño ambiental al Ministerio Público Fiscal, capitalizando la práctica positiva de Brasil (12).

Las dos ONG's, además, resultaron ser las entidades que encauzaron judicialmente las quejas vecinales que venían de mucho antes. Esta experiencia demuestra lo certero de la solución constitucional, que escogió una modalidad restrictiva respecto a la incorporación de la acción popular u otras variantes en las que la amplitud de las posibilidades de legitimación podría dar cabida, en mi criterio, a un verdadero "caballo de Troya" que condujese a frustrar el objetivo buscado.

NOTAS

(*) Juez Federal de primera Instancia, Tribunal Oral Federal Nº 1.

(1) Autos caratulados "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica" 18 de Octubre c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo, expte. nº 3156/02, originado en el Juzgado Federal nº 2 de La Plata.

(2) Autos caratulados "Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora", expte. nº 3801/02, también tramitado en el Juzgado Federal Nº 2 de La Plata.

(3) "AGUAS ARGENTINAS" fue iniciado el 24/V/02 y resuelto por el juez federal el 27/VI/02, mientras que las fechas respectivas de "EDESUR" son 8/X/02 y 29/X/02.

(4) El 18/VII/03.

(5) Causas: "Losada de González...", expte. nº 343/97, rta. 27/V/99 y "Iacono...", expte. nº 666, rta. 23/XI/98.

(6) "Derecho Constitucional Argentino", Ediar, Buenos Aires 1992, II:430 yss.

(7) C.N. Civil, Sala K, in re "Cartañá, Antonio y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", rta. el 28/II/91, citada en las sentencias.

(8) Autos "Giménez, Domingo y otra c/ Estado Nacional, Ejército Argentino", de la misma Cámara, Sala III, sentencia del 8/VIII/89.

(9) Entre otros: "Kattan, Alberto E. y otros c/ P.E.N. (Sec. de Intereses Marítimos, Subsecretaría de Pesca) s/ amparo", Juzg. Fed. Contencioso Administrativo nº 2, rta. 10/VI/83 y "Kattan, Alberto E. c/ Estado Nacional (Sec. de Agricultura y Ganadería) s/ revocación de autorización para la venta de 2,4,5-TTriclorofenolacético", juzgado nº 5 del mismo fuero, rta. 21/XI/83.

(10) Los conocidos fallos de la Corte en los casos "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica..." y "Asociación Benghalensis y otros..." (320:690 y 323:1339, respectivamente).

(11) "Fallos" 321:2797 y 322:2139, respectivamente.

(12) Por todos, PASSOS DE FREITAS, Vladimir, "Control social y política criminal en el medio ambiente. La experiencia en Brasil", J.A. -2002-III-fasc. nº 4(24/VII/02)-p.10, con abundantes referencias a la experiencia de la actuación de los fiscales en acciones tendientes a la recomposición o restauración ambiental.

IV. Apreciación de la prueba

Al resolver ambos legajos, el tribunal enfocó el meollo de su decisión según el marco previsto por los arts. 230 y 386 del CPCCN, atento que el objeto procesal que en tal situación se planteaba exigía verificar su verosimilitud y el peligro que podría derivarse de la demora en acoger los reclamos; la valoración de los elementos de juicio colectados fue obviamente realizada conforme los criterios de la sana crítica racional.

Es interesante advertir que para tener por demostrados los presupuestos de hecho aludidos, la Cámara se basó, en el caso "EDESUR", en abundantes constancias de expedientes administrativos labrados por el propio ENRE (uno de ellos varios años antes), de las que fluyen los reiterados pedidos de los vecinos que habitan la zona de influencia de la subestación transformadora y que, a lo largo del tiempo, fueron señalando los perjuicios que en la salud y los bienes de muchos de ellos, producía tal instalación. Se infiere de los razonamientos expresados por el juez Dugo que pese a esa persistencia y a los datos elocuentes que se fueron aportando a ese legajo, referidos a daños graves y no a cuestiones baladíes, el ente regulador los desestimó o cuanto más deslindó su responsabilidad.

Tal actitud se corresponde con la alegada función de organismo limitado a la mera verificación de pautas fijadas por la Secretaría de Energía de la Nación, que el ENRE invocó al contestar el traslado corrido. Según esa visión, los entes reguladores carecerían de facultades para intervenir en la cuestión si los valores registrados en los CEM se ajustan a las de aquellos parámetros.

La argucia no puede sorprender a ningún argentino con entendederas. Nuestra experiencia reciente ha demostrado que esos entes parecen diseñados, y en general gobernados, para cumplir el papel de vigilantes bobos de la prestación de los servicios públicos, sin que los intereses más relevantes de la población reciban de su parte las respuestas oportunas, pertinentes, que constituyen la razón primaria de su creación. Aun a riesgo de caer en lugares comunes, basta con recordar la vieja moraleja del zorro en el gallinero.

Aceptemos, por un momento, que los funcionarios a cargo del ENRE deban restringir su tarea a las módicas cuestiones que alegan sus abogados. Vale la pena preguntarse: ¿Cuál sería el proceder debido si con insistencia —y datos concretos— una cantidad importante de personas les da noticia de problemas tan graves como los sufridos en Ezpeleta? ¿Es admisible, tolerable, responder con datos sobre mediciones de CEM de algunos años atrás y remitirse a los valores fijados por una resolución administrativa? ¿Puede concebirse que ante el clamor que les anunciaba estar frente a una tasa anormal de incidencia de enfermedades gravísimas —cáncer, leucemia, malformaciones, afecciones psíquicas— y hasta de un número significativo de muertes (para ocuparnos sólo de la vida humana), todo ello concentrado en un área inmediata a la instalación que "supervisan", esos funcionarios no hayan movido cielo y tierra para siquiera salir de dudas? Las respuestas huelgan y aterran si a esos datos —que la Cámara ponderó sobre la base de la incorporación de certificados médicos no controvertidos— se les suma el croquis de la zona que ubica a los damnificados con relación a los cableados y la subestación sospechados.

En "AGUAS ARGENTINAS" la tesitura del ETOSS corrió por carriles parecidos, derivando su responsabilidad hacia el titular de los recursos naturales afectados, la Provincia de Buenos Aires.

Vuelvo a la ponderación de la prueba, que en las sentencias se conjugó con el eco que los problemas denunciados por los vecinos tuvo en los medios de prensa, en al menos el acuse de recibo por parte de diversas autoridades (lo que también corrobora tanto la perseverancia en los reclamos cuanto la seriedad con que se los formulaba, así como la actitud contraria de quienes están para solucionarios) y, en particular, el reflejo que tuvo en instancias promovidas por el Defensor del Pueblo de Quilmes. Dos actuaciones oficiales fueron valoradas como convergentes a la demostración

de la verosimilitud de lo argumentado: en "AGUAS ARGENTINAS" el acuerdo de 09/01/01 en el que los accionados admitieron gran parte de los hechos y previeron los gastos para acometer las obras respectivas, mientras que en "EDESUR" sendos proyectos de declaración y de ley que cuatro diputados de la Nación presentaron con relación directa al drama de los vecinos de Ezpeleta, proponiendo adecuaciones del tendido de cables, etc.

Los descriptos denotan ser plexos probatorios congruentes, en los que por un lado se demuestra que durante años se han ido señalando los daños y su creciente impacto, mientras que sin mayor empeño por su confutación los diversos demandados mantienen posturas restringidas a negar relaciones causales o competencias y parecen adoptar las que calumniosamente se atribuyen al avestruz. Con los matices que más adelante señalaré, en los dos asuntos se aquilató con acierto que se daban los extremos requeridos por las normas procesales mencionadas.

Las sentencias abordan lo relacionado con los hechos concretos que constituyen el basamento de las acciones promovidas con razonamientos que me parecen inobjetables y apoyan en datos virtualmente no controvertidos. Sin perjuicio de remitir a la lectura de esas consideraciones, por cierto más fructífera y menos tediosa que un intento de mi parte por sintetizarla, debe señalarse que la confrontación sobre los presupuestos fácticos se advierte necesariamente más compleja en "EDESUR". En ese pleito, la motivación del fallo incurrió en citas de la literatura científica y de recomendaciones preventivas emanadas de instituciones de prestigio inquestionable (v.gr., Organización Mundial de la Salud, Proyecto Internacional CEM —dirigido por la anterior—, Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer, Consejo de Salud de los Países Bajos y Consejo Nacional de Protección Radiológica del Reino Unido). Las conclusiones recogidas de ese material abonan la queja de la actora y merecen alguna reflexión.

Así, se razonó con tino que los datos provenientes de tales fuentes son posteriores a los que se tomaron en cuenta —al dictarse la res. n.º 77/98 de la Secretaría de Energía— para fijar "...los límites de exposición aguda y a corto plazo de todos los campos electromagnéticos a fin de prevenir los posibles efectos en la salud". No soslaya la sentencia, tampoco, que las modernas investigaciones acopian indicios respecto, entre otras, a "...la posibilidad de que las exposiciones intensas y prolongadas a los campos magnéticos puedan aumentar el riesgo de la leucemia en niños". Con ello, se toca un punto esencial en lo que hace a precaver daños, muy especialmente sobre la salud de quienes se hallan en la etapa inicial de su desarrollo. La revisión de las definiciones de dosis umbrales, formas y tiempos de exposición, etc. cuando de niños o jóvenes se trata es hoy materia de profunda preocupación.

Se ha señalado con profusión de confirmaciones científicas que "...a diferencia de los adultos, la exposición a sustancias químicas neurotóxicas durante las ventanas de vulnerabilidad en períodos críticos del desarrollo puede hacer que el niño sufra una alteración sobre la función cerebral de por vida". Los nuevos enfoques ponen el acento en la naturaleza del proceso de desarrollo, la práctica errónea de identificar factores o valores de riesgo en estudios epidemiológicos —con la consiguiente extrapolación estadística— y no en estudios individuales, así como en la cada vez más evidente ratificación de que los "límites seguros" considerados históricamente "...han sido continuamente revisados y descendidos a medida que los conocimientos científicos avanzan" (13). No hay ninguna razón de peso que obste a trasladar esos criterios al caso de los CEM, cuya incidencia en los mismos aspectos es objeto de un número cada vez mayor de investigaciones.

Y así como el esfuerzo de la parte actora y las indagaciones de los magistrados dieron cauce a las reseñadas valoraciones, vale también poner en evidencia que esa actualización no se advierte en la actividad del ente regulador, ni siquiera en la proposición de ajustes de la normativa que guardarían alguna coherencia con lo que en juicio sostuvieron sus representantes. De nuevo surge la

imagen del burócrata pasivo, la de una Administración en la que parecerían discurrir expedientes detrás de cuyas páginas no se repara en la calidad concreta, viva (valga el pleonismo), de vida en cuya tutela debería estar centrada esa labor funcional.

No es por defecto de la legislación que nos hallamos ante esa incuria. La sentencia incluye la cita precisa de las obligaciones del ENRE que devienen de lo dispuesto por el art. 56 —inc. "k"— de la ley 24.065 y no deja lugar a dudas, pero si hubiere insistencia en el argumento descalificado bastaría con agregar que para la época en que se sustanció esta causa ya hacía tiempo que la Corte Suprema había resuelto el punto en un pleito donde se discutía esa norma en relación al art. 41 de la Constitución Nacional (14). Los paralelos deberes del ETOSS (para el otro caso), surgen del decreto que fijó sus atribuciones (n.º 999/92, art. 17 y ctes.).

Vuelvo a la demostración de la verosimilitud que ocupó a los magistrados. Tanto de las argumentaciones aportadas por los accionados cuanto de ciertas posturas, escuchadas con frecuencia al discutirse estos temas, parece confundirse aquel presupuesto con la necesidad de acreditar cabalmente el nexo causal entre las circunstancias de hecho y los resultados lesivos o riesgos que se pretenden prevenir. Va de suyo que la exigencia procesal, cuando de medidas cautelares se trata, no incluye tal extremo. Pero incluso en ese campo hay sustancia para respaldar lo decidido.

Los requerimientos probatorios en materia penal son, por cierto, más rigurosos que en la mayoría de las otras ramas del derecho. Sin embargo, ya hace décadas que se ha cimentado una corriente según la cual para demostrar el vínculo de causalidad en ciertos casos no es preciso conocer todos y cada uno de los datos que conforman la cadena respectiva, incluso que el *non liquet* de los científicos constituya un óbice para tenerla por acreditada. En supuestos similares a los valorados en estas sentencias (y en causas penales, insisto), se ha sostenido que es admisible tener por demostrado el nexo causal si se pudo excluir toda otra causa del daño en consideración ponderando la prueba jurídicamente inobjetable; en ese marco, "la prueba de los llamados 'cursos causales no verificables' (no susceptibles de demostración científico-natural)...constituye la demostración propia del Derecho" (que 'es distinta de la científico-natural en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva' (15).

Casos emblemáticos relacionados con esta cuestión resultan los tratados por la jurisprudencia europea en el caso "Contergan" (o de la talidomida) que se trató en Alemania (16), o el complejísimo del aceite de colza juzgado en España con ponencia del maestro Bacigalupo que recoge extensamente los criterios aplicables en este tipo de asuntos donde la pluralidad de damnificados y la repetición de circunstancias conducen a sostener la certeza sobre las causas determinantes de los resultados, aun pese a la ausencia de una opinión científica precisa (17). Los tribunales de Japón y Corea han aceptado parámetros afines; así, por ejemplo, en las causas "Dusan" (vertido de fenol en el río Nakdong, 1991), "Chiba-Daigaku" (difusión del bacilo del tífus, 1976) y la generada por la llamada "enfermedad de Kumamoto Minamata" (1988), siendo de interés advertir que esos puntos de vista se abrieron paso en el proceso penal a partir de similares provenientes del derecho civil, conformando la llamada "Teoría de la causalidad epidemiológica" (18).

En nuestro medio, el fallo que condenó a los responsables de la adulteración dolosa de los vinos "Mansero" y "Soy Cuyano" tuvo en cuenta, para algunas de las cuestiones que abordó, el descarte de toda otra hipótesis causal para reconocer la existencia del nexo determinante de la producción de varias de las muertes en defecto de prueba directa (19). Coincidió, de tal modo, con los criterios enunciados más arriba.

A la vista de estos puntos de vista, ya consolidados en la jurisprudencia penal, difícil será rechazarlos para supuestos de menor demanda probatoria.

V. Las decisiones de fondo

a. Vigencia del principio precautorio:

En rigor y como a la naturaleza de los asuntos concernía, el tema fue tratado de modo directo en "EDESUR". En su voto, el juez Dugo efectuó un preciso y saludable desarrollo de este principio, encuadrándolo en nuestro derecho más allá del reconocimiento expreso que incorporó la Ley 25.675 (art. 4.º, ap. 3.º). Remito, no sólo por razones de brevedad, sino especialmente por la solidez con que fue argumentada, a esa elaboración.

A partir de lo estatuido los arts. 41 y 42 de la Constitución Nacional la sentencia enlaza con acierto la condición de consumidor o usuario con la previa y superior de persona, titular de derechos esenciales que las regulaciones de goce de determinadas prestaciones para sí o para terceros no pueden desconocer en ningún caso. Subraya que entre tales situaciones preeminentes se halla la protección de la salud y descalifica la pretensión de supeditar a conveniencias económicas o cortapisas reglamentarias la satisfacción de ese deber estatal. Es adecuada la cita de doctrina y fallos que respaldan ese enfoque (20).

La conexión argumental discurre luego sobre los límites de las autorizaciones administrativas, la responsabilidad de los prestatarios del servicio eléctrico y los deberes consecuentes ante la posible puesta en peligro de la salud y la calidad de vida de las personas, incluso pese a que en la transmisión de energía no se hayan superado los niveles fijados por aquellas normas. Oportuna también la invocación del art. 2618 del Cód. Civil, que se conjuga con la de decisiones judiciales que han ido delineando su alcance y también la precedencia de los citados derechos personalísimos aún en el marco de discusiones sobre los límites del principio de legalidad en materia penal (v. gr., el conocido fallo de la C. Federal de San Martín, Sala I, en la causa "Averiguación contaminación Río Reconquista", del 26/VIII/92).

También se apuntala el análisis con referencias a otras vertientes que fueron abriendo camino al principio en nuestro medio. Así, la acción de daño temido (art. 2499 C.C.) y la acogida de sus criterios en sentencias de gran repercusión (se citó la de "Almada, H. c/ Copetro S.A. y otro", junto a sus conexas, S.C.J.B.A., del 19/05/98) (21). La enunciación de precedentes de fuentes internacionales, tanto por su inserción en convenciones y leyes de diversos países o por el reconocimiento practicado en decisiones de tribunales europeos y de los E.E.U.U. de Norteamérica, resulta contundente. Recalco la referencia a la "natural tendencia a la incertidumbre" que envuelve a las cuestiones ambientales, como reza una de esas citas, en las que estriba con firmeza la necesidad del principio de precaución.

Mayores apuntes sobre esa cuestión me parecen a esta altura superfluos. Más allá de la necesaria insistencia en recordar que se trata de un pilar del sistema jurídico que cuenta con cimientos muy arraigados, perseverancia acorde con la tesitura recalcitrante de quienes aducen como prevalente la certeza científica absoluta (por lo general defendiendo intereses de corto plazo a costa de los de mayor incidencia colectiva), la solvencia de los fundamentos vertidos en la sentencia es indiscutible (22). Es dable destacar que los informes de la OMS tomados en cuenta por la Cámara (ver *supra* IV) fueron adjuntados al legajo por "EDESUR" lo mismo que diversas evaluaciones técnicas en las que apoyó sus puntos de vista. Ante esa conducta procesal sería ingenuo argüir que la empresa desconocía el debate suscitado en los más respetados niveles científicos respecto a la probabilidad de que instalaciones como las que administra, causen los daños que motivaron la acción.

Como consecuencia lógica de lo considerado, se sostiene que habiéndose demostrado la mentada verosimilitud del derecho invocado, la muy alta probabilidad (para no decir certeza) de la relación causal argüida por los actores y la preeminencia de los derechos reseñados, corresponde la medida cautelar reclamada. En mi opinión, una motivación jurídica impecable que vale la pena leer con detenimiento porque de ello se extraerán seguramente frutos que exceden a este comentario.

(Continúa en pág. 10) ▶

NOTAS

(13) Referencias tomadas de la obra "En la línea de fuego —amenazas tóxicas para el desarrollo del niño—", informe de Greater Boston Physician For Social Responsibility, preparado en conjunto con Clean Water Fund, enero 2001, traducido y adaptado por la Asociación Argentina de Médicos por el Medio Ambiente, febrero 2002, en cuyo comité de revisión de la versión española (a cargo de la Dra. Lilian Corra) he tenido el inmerecido honor de participar.

(14) "Líneas de Transmisión del Litoral (LITSA) c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 18/XI/99, "Fallos" 322:2862.

(15) Tribunal Supremo de España, Sala II, sentencia n.º 693/86 (12/V/86).

(16) KAUFMANN, Ver Armin, "Tipicidad y causalidad en el procedimiento Contergan", Nuevo Pensamiento Penal, Buenos Aires 1973, 2:7.

(17) BACIGALUPO, Enrique, "Derecho Penal, parte general", 2.ª Ed., Hammurabi, Buenos Aires 1999, pp. 259 y ss. El fallo íntegro del "caso de la colza", con extensísimo voto inicial del jurista argentino, puede verse en "Doctrinas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo", en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial Madrid 1992, n.º 12, pp. 69/306.

(18) Ver BYUNG-SUN CHO, "Cuestiones de causalidad y autoría en el Derecho penal del medio ambiente coreano y japonés desde la perspectiva del derecho comparado", en Revista Penal, Barcelona, n.º 4 (julio 1999):42.

(19) Tribunal Oral Federal de San Juan, in re "Torrada, A.M. y otros" —causa n.º 0011-T—, sentencia de 11/VI/96.

(20) Añado, en cuanto los deberes estatales en garantía de esederecho, c/ relevante fallo in re "Viceconte, M.C. c/ Estado Nacional —M. de Salud y Acción Social— s/ Amparo", C.N. Contencioso administrativo Federal c/ a IV, del 2/VI/98.

(21) Ver, al respecto, MOSSET ITURRASPE (en obra compartida con los prof. Hutchinson y Donna), "Daño Ambiental", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe 1999, f.83.

(22) La variedad de fuentes en las que abundar sobre el punto es mayúscula. Sugiero, por su idoneidad para diversificar la búsqueda y profundizar las inquietudes, los trabajos del maestro BERGEL, "El principio precautorio y la transgénesis de las variedades vegetales" en "Biotecnología y sociedad", Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid 2001, pp.69/108 y de ESAÍN, José, "El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión...", JA 2002-IV-fasc. n.º 6-p. 34.

(Viene de pág. 9) ▶

b. Las consecuencias de los actos propios:

A diferencia del otro caso, en "Aguas Argentinas" mínima o ninguna duda existió sobre los efectos negativos, con el consiguiente perjuicio a la población, derivados de los hechos descriptos al accionar. Como señalé más arriba, no era menester recurrir al principio precautorio porque la certeza sobre los daños era total.

Así, los elementos de juicio reunidos demostraron con precisión cómo se fue produciendo la distorsión en el abastecimiento de agua de origen subterráneo, sustituida por la tomada en forma directa del Río de la Plata, el proceso de contaminación de los acuíferos y las napas freáticas que se dio en paralelo con el ascenso de sus niveles hacia la superficie, acarreado los deterioros reseñados en la demanda de amparo. La sentencia sintetiza esos aspectos con claridad.

El punto más interesante de los fundamentos radica, a mi entender, en que aquel plexo converge hacia un dato generador directo de responsabilidad. Y tal eje medular consiste en que actos de gestión y manifestaciones anteriores de los demandados (fueren éstas últimas unilaterales o vertidas en convenios celebrados), fueron por un lado generando la situación paulatinamente más gravosa y, del otro, importaron reconocimiento de aquella. Entre las piezas de mayor relevancia que en la sentencia se valoraron cabe mencionar el informe del ETOSS a la H. Cámara de Diputados de la Nación, el Convenio del 1º/VIII/00 entre la provincia de Buenos Aires y los municipios involucrados, además del Acta Acuerdo del 9/1/01 entre el ETOSS y la empresa concesionaria.

De todo ello resulta que, con antelación a que se promoviera la acción judicial, se había admitido el grave deterioro hídrico padecido en esos distritos y que entre sus causas principales figuraba que no se han realizado las obras necesarias para expandir los servicios cloacales y restablecer el equilibrio de los niveles freáticos —principalmente—, que existieron previsiones técnicas y financieras para acometer dichas obras y que, pese a ello, nada se hizo para solucionar tan delicados problemas.

"Sentado lo expuesto, resulta a todas luces incompatible la conducta ahora asumida por las recurrentes al pretender colocarse en contradicción con una conducta suya anterior, cuando ese comportamiento ha sido deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (conf. Fallos: 311:856, 320:521 y 2233, y sus citas, entre muchos otros)", reza la sentencia y poco cabe agregar a tan sólido razonamiento. Sólo, quizás, que va siendo la hora en nuestro derecho de avanzar en el terreno de las consecuencias punitivas para este tipo de situaciones, en las que una parte obliga a la otra a ir a los tribunales y su actitud procesal demuestra contumacia o incuria. Quien con sus propios actos otorga la razón a la contraria debe sufrir al momento de la sentencia consecuencias que impliquen un castigo, no meramente ser obligado a lo que de inicio implicaba el eventual progreso de la acción.

Añado que en "EDESUR" no sólo la empresa aportó elementos probatorios que dieron pie a la Cámara para motivar el fallo adverso a lo pretendido; los expedientes del ENRE que apuntalaron esa decisión fueron también allegados al proceso por ese organismo. Como mínimo y en consonancia con lo que señalé más arriba, procede concluir que eran esperables —y consecuentemente exigibles— comportamientos acordes a los datos elocuentes que surgían de los reclamos expresados con insistencia que hablaba de necesidades no atendidas.

Sanciones, entonces, que vayan más allá del mero rescaramiento y que además de compeler al causante a cumplir con la sentencia (que desde ya debe tender a cumplir con el mandato constitucional de recomponer —art. 41 cit.—), importen punir al que provoca la situación descripta más arriba. La preocupación que esbozo se imbrica con la precisada como necesaria "antes y después del dictado de la sentencia; antes, respecto de su posible efectividad o eficacia; después, acerca de cómo se ha de cumplir; para evitar la burla a la Justicia, como valor y a la institucionalizada" (23), pero mis reflexiones tienden a suscitar la inquietud de explorar el punto

en los confines de institutos como la temeridad. Porque generar un pleito sobre cuestiones que tocan intereses colectivos tan sensibles cuando se conoce, o sospecha fundadamente, la razón que asiste a los que reclaman, suena a temerario.

c. Lo dispuesto por los fallos:

Queda dicho que la Sala hizo lugar en lo sustancial a las respectivas pretensiones. Al resolver, los jueces no soslayaron considerar el alcance integral de sus decisiones, que obviamente tendrán repercusión sobre terceros; lo mismo cabe decir de las implicancias económicas. En este último sentido, la mayoría de los argumentos esgrimidos en sus presentaciones por los accionados habían tocado directa o tangencialmente las hipotéticas distorsiones que se derivarían de las decisiones reclamadas. Como era esperable, alegaron la inexistencia de soluciones técnicas para esos casos y los costos operativos que provocarían, costos que según sus razonamientos se trasladarían a los consumidores.

"EDESUR", en particular, arguyó el detrimento que se causaría al Sistema Interconectado Nacional, con afectación "del interés público y el bienestar general de los demás usuarios del servicio eléctrico". A partir de las características de los sistemas de distribución eléctrica y de la demanda creciente que provoca la mayor concentración poblacional, sostuvo la necesidad "de instalar las estaciones y centros de transformación lo más cerca del consumo".

Si se siguiese puntualmente el criterio defendido por la empresa concesionaria, cabría concluir que la reproducción de casos semejantes y hasta todavía mucho más graves encuadraría en una suerte de hecho de la Naturaleza, una fatalidad determinada por la pertenencia a una sociedad en la que las ventajas del progreso van asociadas a riesgos crecientes. Como la relación costo/beneficio tenida en cuenta para la prestación del servicio indica la conveniencia de ubicar las instalaciones provocadoras de los daños lo más cerca posible del usuario, esos daños no serían otra cosa que uno de los efectos no deseados pero inevitables de la condición de usuario. Otra vez aparece el dilema: para la "lógica" económica el sujeto a contabilizar no es un ser humano sino un usuario o consumidor.

Ese tipo de razonamiento perverso, omnipresente, preside un caso análogo en el que las víctimas ni siquiera pueden reclamar el rótulo valorado por los contables, al ser en su mayoría personas que están por debajo de la línea de pobreza extrema y además pertenecen a marginadas comunidades aborígenes. Por cierto que no es el único (y es de predecir que no será el último), pero si dejase de mencionar el caso de los gravísimos daños derivados de la contaminación en una explotación petrolífera en la zona de Rincón de los Sauces (Neuquén) no sería leal con mi conciencia, ni coherente con lo que vengo analizando. Los desastrosos perjuicios sufridos por los integrantes de las comunidades Paynemil y Kaxtripiñ, que la Defensoría del Niño y el Adolescente de la 1ª Circunscripción Judicial y la Fiscalía de Estado de esa provincia han llevado hasta instancias internacionales, tiene demasiados puntos de contacto con el que analizo y aún carece de soluciones efectivas (24).

"AGUAS ARGENTINAS" y el ETOSS argumentaron carecer de competencia para solucionar el problema de las napas, que pusieron en cabeza de la Provincia de Buenos Aires según los arts. 124 y ctes. de la C.N. y 2340 del C.Civil. En convergencia con ese estado provincial lanzaron ciertas afirmaciones —que se detallan en el considerando 3º de la sentencia, al que remito— francamente asombrosas. En síntesis importan sostener que por falta de la información técnica previa no se pueden abordar varias de esas cuestiones (relacionadas con los pozos de explotación activables, instalación de bombas depresoras, vertido de líquidos y así). Mi asombro —y sospecho que el del lector— proviene de descubrir que, a saber: la provincia titular del dominio de los recursos, la empresa concesionaria de su administración y el ente estatal creado para regularla, transcurridos largos años de vigencia del sistema y algunos desde el inicio del clamor social, carecen de datos esenciales para paliar siquiera los perjuicios... y evitar que se sigan potenciando. ¡Sin palabras! (25).

Claro está que en esa coincidencia elusiva que peca de impúdica no se omitió alertar sobre los costos que irrogaría hacer lugar a lo pretendido por los demandantes, por el traslado de ese costo a las facturas que soportarían los usuarios (léase las víctimas de la desidia y/o la incapacidad). Si faltó, en postura coherente con el dislate, un *mea culpa* que incluyese cuantificar lo que se habría ahorrado en daños y reparaciones si aquellos estudios se hubiesen hecho a tiempo. Tiempos que no hay que apreciar en términos históricos pese a que cabe reconocer que el origen de los problemas no es reciente. Bastaría con tener presentes los compromisos asumidos apenas hace una década, a menos que se quiera trasladar a poderosos grupos económicos —que por añadidura resultaron adjudicatarios por sus antecedentes en la materia— la ingenuidad de la proverbial costurería.

Hoy, cuando hasta en el campo del derecho penal se van afianzando criterios que parten del concepto de "conocimiento construido" para fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas (26), ninguna duda puede subsistir respecto a un argumento como el analizado respecto de la responsabilidad administrativa estatal o la que cabe a las empresas prestadoras de servicios públicos ante las que se van acumulando reclamos o planteamientos que como producto normativo generan un cúmulo de información que esa persona de existencia ideal no puede, luego, intentar desconocer.

De lo expresado se sigue que acoger los puntos de vista de los demandados equivaldría a la lisa y llana derogación de los arts. 41 a 43 de la Carta Magna, amén de las leyes dictadas en su consecuencia. No ha de extrañar, tampoco, que en esas controversias tanto las empresas cuanto los entes estatales hayan eludido el confrontar su actuación con esas normas fundamentales. A lo que es obvio no cabe dedicarle mayor extensión.

Ello no quita que, fijadas las prioridades según lo que aquellos preceptos garantizan, cualquier decisión judicial de esta naturaleza deba contemplar las consecuencias colaterales que genera. Como apunté, los fallos comentados lo hacen. Sobre todo debe subrayarse que los magistrados han evitado sustituirse a otros poderes estatales (punto en el que hizo fuertes sus agravios la Provincia de Buenos Aires), al limitar su resolución a la concreta materia que les fue sometida. No trazaron, ni intentaron hacerlo, directivas que impliquen políticas de gobierno propias del Ejecutivo, ni normas de carácter general que habrían invadido las competencias parlamentarias. Obraron como jueces que deben dirimir un conflicto, complejo si los hay en cualquiera de los dos casos, limitando el alcance de su dispositivo al objeto procesal de cada causa.

Ese acotamiento, a la luz de las consideraciones que fluyen de las sentencias, sospecho que las hubiese signado aún de no haber mediado el veto a la última parte del art. 32 en el texto sancionado de la ley n.º 25.675 (27). No he de abundar aquí sobre las razones que me llevan a compartir en alguna medida la observación presidencial, que en mi opinión tienden a evitar el llamado "gobierno de los jueces" en asuntos de por sí plagados de variables. El recordado caso de un juez federal que se adjudicó facultades para ordenar a futuro la disposición y tratamiento de residuos de un sector industrial advierte sobre tales peligros institucionales (28), aventados por la prudencia de los colegas a los que hoy comento.

La extensa motivación vertida precisa cuál es el sentido de lo que se dispone en "AGUAS ARGENTINAS" y disipa cualquier nebulosa. No menoscaba lo dicho que se haya hecho uso de lo previsto por el art. 33 —2º párrafo— de la ley de presupuestos mínimos para extender los efectos de lo resuelto a la totalidad de los involucrados, criterio que se adopta con cita oportuna de antecedentes jurisprudenciales (los casos "Sagarduy" y "Municipalidad de Tandil"). Esos sujetos resultan ser los restantes partidos de la zona afectados y el Estado Nacional, como "concedente del servicio público de agua potable y red cloacal (art. 1º del decreto 787/93) y autoridad de control del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (art. 7 de la ley 25.688) (29).

Se entiende, según el fallo, que no "se afecta el derecho de defensa de aquellos que no han sido

parte, pues al decidir se ha tenido en cuenta la prueba producida por el demandado que ocupa un puesto igual y suficientemente representativo de aquellos". La conclusión parece razonable en esta etapa del proceso, más todavía cuando también se contempla (ver los C. 32º y 33º) la situación derivada de la ausencia de conocimientos técnicos que se reseñó y se procura que la decisión vaya de la mano con un proceso de ejecución ordenado a fin de evitar mayores perjuicios. En ese complejo camino, dejar al margen a cualquiera de esos actores institucionales conllevaría la esterilidad de lo que se resuelve (30).

La gravedad de la materia tratada en "AGUAS ARGENTINAS" queda ilustrado por notas periódicas de estos días, que dan cuenta de la extensión del problema a sectores amplísimos del Gran Buenos Aires, precisando detalles que de un lado repiten los desastres reseñados y de otro ratifican la parsimoniosa —y ciertamente tardía— reacción del ETOSS, que recién ahora habría encomendado al Instituto Nacional del Agua un estudio para determinar las obras necesarias y que podría estar disponible apenas en junio de 2004.

Respecto de lo resuelto en "EDESUR", cabe anotar que la naturaleza de la medida reclamada por los accionantes y acogida por la Sala requería los avances significativos sobre el fondo de la cuestión que se advierten al compulsar sus fundamentos. Si, por lo general, el juicio de amparo implica que para resolver sobre una diligencia cautelar se deban adelantar razones acerca del mérito de la pretensión final, cuando se trata de una medida autosatisfactiva o innovativa esa necesidad resulta ineludible y no constituye prejuzgamiento, al obrar *ministerio legis* los jueces que en tal sentido anticipan su opinión favorable (31).

VI. Una valoración final

Como el título de este comentario lo anticipa, el mérito sustancial de las dos sentencias pasa por ubicar al *Homo economicus* en la dimensión que le corresponde. Ese concepto simplificador, del que la economía no puede prescindir, debe ser encuadrado bajo supuestos de mayor amplitud que tomen en cuenta al ser humano como persona que integra una comunidad, más allá de su condición ocasional de usuario o consumidor de bienes y servicios. Esta propuesta "está más de acuerdo con las otras ciencias sociales y con las informaciones que los propios economistas están relevando. No niega que las acciones de la persona en comunidad se aproximan en el mercado a las acciones imputadas al *Homo economicus* en la teoría que goza de aceptación. Pero no debieran extraerse de este hecho, por sí solo, conclusiones normativas acerca de la meta de la vida económica. Polanyi señala que en la sociedad capitalista, 'en lugar de que la economía esté incorporada en las relaciones sociales, éstas están incorporadas en el sistema económico'. Es esta inversión la que no puede tolerar una economía para la comunidad... la economía puede revisar sus teorías desde el punto de vista de la persona en comunidad, sin dejar de incluir la verdad y la penetración que ha ganado al pensar en términos individualistas". Tal sostienen autores que sin resignar su adhesión moderada al sistema capitalista vienen esbozando un enfoque diferente y solidario, armónico incluso con lo que hoy llamamos desarrollo sostenible (32).

El punto es medular, parece redundante señalarlo en el marco socio-económico de este Siglo XXI y en nuestros países sudamericanos. "En el Cono Sur se vota regularmente, y son comunes las declaraciones de principios liberales, aunque los demás derechos liberales están ausentes. Las nuevas circunstancias que se viven muestran que el papel del ciudadano queda reducido al de consumidor, los derechos de las personas aparecen como derechos de los consumidores, y se supone que la asignación eficiente de los recursos se hará esencialmente a nivel del mercado" (33). Es difícil el disenso con estas expresiones que subrayan cómo la conocida transposición de las personas a números, en una suerte de alquimia economicista, inicia la espiral que culmina con el desconocimiento de los derechos más elementales. El más fundamental, el derecho a la vida entendido en su acepción más integral que se conjuga según el citado art. 41 de la ley fundamental, es el que los jueces han afirmado en estas dos valiosas sentencias (34). ♦

NOTAS

(23) MOSSETITURRASPE, ob. cit., f. 149 y sus profusas citas.

(24) Caso 12.010 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, promovido ante el incumplimiento de la provincia de las sentencias judiciales dictadas sobre este asunto, quizás el más grave conocido en nuestro país. En los días que esto escribo tengo noticias de la preocupación del Poder Ejecutivo Nacional por abordar el tema con seriedad. Noticias periódicas sobre problemas similares menudean, ver v.gr. "Página 12", 8/VIII/03, pp. 16/17 con relación al Polo Petroquímico Dock Sud y la denuncia promovida por el Intendente de Avellaneda.

(25) Por lo grotesco, sugiero recalcar en las referencias al estado de los pozos recibidos por la empresa, que ha-

bían sido 97, de los cuales ¡sólo 3 funcionan!, en tanto de los otros 94 hay 63 con desactivación temporal (¿por cuántos años?, no lo sabemos) y el resto ha sido sellado de modo definitivo.

(26) Vid, por todos, BAIGUN, D. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", Depalma, Buenos Aires 2000, pp. 40 y ss.

(27) El párrafo suprimido rezaba: "Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes" (decreto 2413/02, de 27/XI/02).

(28) Ver la resolución que revocó ese acto desmedido, caso verdaderamente emblemático, dictada por la C.Fed. San Martín, Sala 2ª, in re "Pregolato, E. s/ inf. Ley 24.051", de 21/III/95 (JA 1995-III-210).

(29) Se trataría, según parece, de una de las primeras invocaciones judiciales de una ley que desde su reciente sanción viene sufriendo ciertos embates (v.gr. los de la Provincia de Mendoza).

(30) Ejemplo de lo expresado resulta la trabajosa ejecución de la sentencia del muy conocido caso "Subterráneos de Buenos Aires c/ Propietario de la estación de servicio Shell...". C.N. Civil, Sala H, rto. 19/X/00.

(31) Entre muchos otros de diversos tribunales, vid CSJN "Fallos" 320:1633.

(32) DALY, Herman E. et al "Para el bien común —reorientando la economía hacia la comunidad, el ambiente y un futuro sostenible—", Fondo de Cultura Económica, México 1993, p. 15.

(33) GUDYNAS, Eduardo, "La ecología política de la integración...", en "Ecología Política. Naturaleza, sociedad y utopía", CLACSO, Buenos Aires 2002, p. 139.

(34) A la fecha en que esto escribo los fallos no se hallaban firmes y el ENRE había interpuesto recurso extraordinario en "EDESUR".

Argentina: Un futuro sustentable para un país insustentable

Carta abierta a los Argentinos

ESCRIBE: CARLOS M. GONZÁLEZ GUERRICO (*)

El desarrollo sustentable es un concepto bastante novedoso para el mundo en general. Aparece reflejado en políticas y objetivos generales recién a partir de la Cumbre Mundial de Río de Janeiro, Brasil, en 1992, la llamada Cumbre Mundial de Río. El concepto básico, tomado del Informe Brundtland (Nuestro Futuro Común) de la Comisión Mundial de Medioambiente y Desarrollo (1987), dice: "...el desarrollo que cubre las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de cubrir las necesidades de las generaciones futuras...".

Es, por propia definición, un concepto dinámico, en constante evolución, totalmente alejado de dogmatismos y de preconcepciones, ya que apunta a una nueva visión del mundo, necesaria para que el ser humano no destruya su hábitat natural, o peor aún, desaparezca de la faz de la tierra por su propia negligencia. Por ende es un concepto que debe repensarse permanentemente, mientras el hombre exista en la tierra.

Consecuentemente, trae aparejada una nueva postura frente a la realidad histórica que ha vivido la humanidad hasta hoy: muy simple, las cosas como son: así no podemos seguir.

En esa encrucijada se debate la prehistórica forma de ver el mundo, anacrónica e ineficiente, donde el egoísmo, los intereses y la violencia de cualquier tipo se contraponen a un mundo mejor, más justo y "sustentable". El paso hacia una nueva cosmovisión del hombre y de su entorno, no sólo planetario, sino en armonía con el Universo del que formamos parte.

Implica asimismo una nueva forma de producir y de consumir, alejada de los excesos mercaderistas actuales que, como para citar un ejemplo de la incidencia de las costumbres en nuestro entorno y vida cotidiana, provocan serios problemas ambientales, sociales y económicos: ¿Cómo disponer eficientemente de tantos residuos, tanta basura, sin crear más problemas de contaminación, sin disponer en un lugar algo que nadie quiere en el suyo, sin crear más centros de pobreza y miseria donde se decide acumular tanto residuo y, finalmente, sin desarrollar un sistema que funcione económicamente en forma positiva? Detalles que en el día a día se escapan a la mayoría de las personas.

Detalles que en el todo nos están llevando a un desfiladero del cual no habrá retorno si no tomamos ya mismo el toro por las astas.

Obviamente, las medidas preventivas y correctivas de política general deberán ser tomadas por cada país, conforme su visión y sus necesidades, pero también con realismo, convicción y creatividad. Estoy convencido que se puede y que estamos en un punto donde se nos da la oportunidad de desarrollar un mundo mejor.

En este marco, Argentina tiene un destino. No es el destino que nos vienen machacando desde hace años, casi como una verdad de perogrullo, de ser el mejor país del mundo, una potencia, de riqueza y recursos inagotables, "la Argentina predestinada al éxito" sin el sudor de la frente de sus habitantes, como por arte de magia.

El destino que nos tocará inexorablemente es, sin más ni menos, el que cada país y sus habitantes deben cumplir en el concierto mundial, que deviene del desarrollo que cada sociedad va tomando con el paso del tiempo y la fragua de los elementos que componen su sociedad, que ineludiblemente nos va a llegar si lo aceptamos sin regateos y hacemos todos juntos desde la diversidad los esfuerzos conducentes para transformar esta realidad que hoy nos agobia.

Actualmente nuestro país se encuentra en un punto tan crítico, que es el momento exacto para hacer una nueva composición de lugar, un mea culpa, y una reinsertión a nivel global con una visión clara del país que queremos y que vamos a desarrollar, sustentablemente, de adentro hacia fuera. Con un claro comportamiento equitativo en lo social, ambiental y económico. Tal como el mundo hoy lo reclama. Tan útil como para salir de este atolladero y otros tantos en el futuro.

Es, sin dudas, la oportunidad del cambio al que nuestro nuevo Presidente ha exhortado en su discurso de asunción, como eco de las voces profundas de todos los rincones de nuestra querida Patria.

Casi una oportunidad de empezar de nuevo, pero con la sabia experiencia de los errores cometidos. Un país que llene de orgullo y ganas de trabajar a sus habitantes, que predisponga a cada uno de nosotros a dar su esfuerzo mejor en pos de esa gran Política o visión del destino de nuestra Patria. Un lugar en el mundo donde los derechos sean respetados, donde exista una justicia independiente basada en el imperio del derecho, donde la educación sea la base primordial del desarrollo, donde los problemas sociales no sean la pobreza o la miseria, donde la distribución de la riqueza sea justa y equitativa, donde las oportunidades se brinden cada día a todos y la corrupción, generalizada en nuestra sociedad, sea definitivamente desterrada. Un país donde la participación de cada habitante en el diseño final sea permitida y posibilitada, a través de canales simples y efectivos para lograr el objetivo propuesto: EL DESARROLLO SUSTENTABLE.

Básicamente, la inversión en nuestros más preciados recursos: nuestros hijos.

Porque nada más patético que aceptar nuestra realidad fragmentada y dispersa que nos impone la mediocridad de nuestra dirigencia actual.

Argentina tiene un destino grande, de mostrar al mundo que se puede mejorar, que es posible ser un modelo para un mundo mejor. Con imperfecciones, con correcciones durante el aprendizaje (que es eterno) pero mostrando lo mejor que tenemos los argentinos al mundo, en forma organizada, en forma coherente. Es la oportunidad histórica de convertirnos en un modelo de país moderno y sustentable, preparado para enfrentar los grandes paradigmas del nuevo siglo.

Para ello lo primero, sin que nada pueda anteponerse más que las necesidades de la pobreza y la miseria, es convenir qué país queremos los argentinos, para adentro y para afuera, con un ejercicio supremo de humildad y sinceridad con nosotros mismos. Sólo una vez contestada esta pregunta, nada fácil por cierto, estaremos en condiciones de despegar como Nación y de ser modelo.

No creo que un argentino en su sano juicio quiera y acepte la realidad actual de este hermoso país. Por eso esta propuesta debería ser motivo de serios debates dentro del seno de la sociedad toda, sin exclusiones, y partiendo de la diversidad, que es la madre de toda idea nueva y creativa; ya que todos, y me refiero a todos los habitantes de este suelo, tenemos algo que aportar en este proceso, sin diferencias ni limitaciones.

Esta diversidad tan nuestra, que se compone de factores étnicos, geográficos y culturales, de tradiciones, leyendas y realidades propias, de la mezcla de siglos de razas y credos. Argentina, un país donde se fueron amalgamando durante años (en forma muchas veces discriminatoria y excluyente) los nativos del lugar, con los colonizadores españoles luego y más tarde con las olas inmigratorias que aportaron el sello distintivo que aún hoy se fragua en nuestro país, en un crisol de razas que va dando forma al "ser argentino" y en definitiva al "ser global" del nuevo siglo, del nuevo milenio.

Se pueden hoy observar algunas particularidades que nos asemejan internamente, y nos distinguen del resto del mundo. Particularidades que nos acercan más a Latinoamérica que al mundo europeo o anglosajón. Ciertamente somos latinoamericanos y no otra cosa. ¡Y a mucha honra!

Por raíces, por cultura, por tradiciones, por sangre, por geografía.

No podemos negarlo, tenemos raíces europeas, pero ellas no hacen al ser europeo que algunos pretenden ser, bien distante de nosotros. Ese ser se quedó en Europa, y continuó su evolución en ese rincón de la tierra.

Nosotros, en el nuestro, dimos lugar a una nueva nación, con sus propias características, su propia idiosincrasia, sus propios valores. Aunque casi se destruyeron las civilizaciones precolombinas, por suerte para todos han dejado su legado y sus representantes que, lamentablemente, aún continúan siendo despojados de lo poco que les queda, su orgullo y un hábitat para desarrollarse. Sin embargo, y nuevamente pese a todo, son parte de nuestra civilización. Como los aportes colonizadores e inmigratorios. Y esto se siente muy fuerte lejos de los grandes centros urbanos, en las extensiones que abarcan desde los lugares más australes hasta las selvas del norte argentino, de Ushuaia a La Quiaca. Inexorablemente, en el verdadero "ser argentino", estas particularidades se muestran delineando inclusive la cultura urbana.

Ha llegado la hora de sumar desde la diversidad para hacer un país mejor.

Porque todas estas particularidades (la mezcla de razas y de culturas, en un lento guisado histórico/social que aún hoy no está a punto, y la singularidad geográfica) han hecho del "ser argentino", un latinoamericano muy especial, con una fusión de sonidos, colores y credos que han derivado en una hermosa cultura en crecimiento, en desarrollo. Que tiene mucho que mostrar al mundo.

Con todas las bendiciones que ello implica, y también con sus defectos, que son la savia del

aprendizaje, prueba y error. Y este es el punto de partida que los líderes deben hoy ver.

Si los argentinos mostramos un camino, nuestro camino, que no tiene que ser igual al de los demás, aunque se puede apoyar (en un mundo unido por las comunicaciones) en la experiencia de otras naciones, podemos aportar nuestro grano de arena para la evolución de la humanidad. Sin apetencias imperialistas, estaremos delineando nuestra propia personalidad y nuestro propio destino nacional.

Sólo un modelo a seguir, donde se pueda comprobar que quien quiere, puede; aunque sea un país tan asimétrico todavía, nos dará la estatura del país que todos queremos y que en definitiva nos merecemos.

Nuevamente, las condiciones están dadas, y nuestra sociedad requiere y necesita el cambio hacia una sociedad mejor: Argentina hacia el desarrollo sustentable.

¿Utopía o realidad?

Sólo el correr del tiempo nos podrá dar la respuesta.

Mientras tanto, una vez más recordemos las sabias palabras del gran filósofo español José Ortega y Gasset: ¡¡¡Argentinos a las cosas!!! Ya es hora de ponerlas en práctica. Es hora de la acción, de buscar nuestro lugar en la historia. ♦

RECIEL Blackwell Publishing

Review of European Community & International Environmental Law

A leading review of legal developments in European Community and international environmental law

Special rates available for students

for a free online sample copy and subscription information visit: www.blackwellpublishing.com/journals/REEL

(*) Abogado y Director del Comité de Estudios Ambientales del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales - CARI -

RECIEL es una prestigiosa publicación internacional que se edita desde 1992 en Londres, Reino Unido, a partir de una iniciativa conjunta entre la Foundation for International Environmental Law (FIELD) y la Universi-

dad de Londres. Constituye una importante fuente de información, doctrina y comentarios jurisprudenciales referidos al derecho internacional y de la Unión Europea. En la actualidad es editada por Blackwell Publications.

Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina

Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental

Los días 23 y 24 de septiembre de 2003 se realizará el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental.

Este simposio está coordinado por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) de la República Argentina con la colaboración del Instituto Derecho por un Planeta Verde de Brasil, la Red Internacional para la Aplicación y el Cumplimiento de la Normativa Ambiental (INECE) y distintas instituciones de reconocido prestigio nacional e internacional, y financiado por la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Instituto del Banco Mundial.



El principal objetivo del Simposio de Buenos Aires es elaborar un plan de actividades y formular propuestas concretas con respecto a las necesidades e intereses a nivel nacional y regional para el fortalecimiento institucional y el desarrollo de capacidades en el ámbito del derecho ambiental, de los jueces y fiscales en Latinoamérica.

Como anticipo de la realización del Simposio, se ha llevado a cabo un Diálogo Electrónico entre los días 11 al 29 de agosto, con la finalidad de promover el intercambio de experiencias e identificación de temas clave, que contribuyan a elaborar la agenda del Encuentro de Buenos Aires.

INFORMES: Dra. María Eugenia Di Paola - Tel. 4783-7032
c.elect.medipaola@farn.org.ar

Noticias del programa control ciudadano del medio ambiente de FARN

ESCRIBEN: ANDRÉS NÁPOLI (*) Y DANIEL PERPIÑAL (**)

ORDENAN EL SANEAMIENTO DE UN PREDIO CONTAMINADO

En el año 1998 el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) a través del dec. 1017/98, entregó a la Policía Federal Argentina (PFA) un predio para ser utilizado como depósito de automóviles, imponiéndole la obligación de mantener las condiciones de higiene y limpieza del mismo.

Ninguna de estas previsiones fueron cumplidas, razón por la cual el predio se ha transformado en un basural, donde junto a los automóviles depositados se acumulan una gran cantidad de residuos peligrosos y domiciliarios, siendo un lugar en el que también anidan perros, gatos e insectos, que constituyen un grave peligro para la salud, la calidad de vida y la seguridad pública de todos los vecinos del barrio de Constitución y de la relegada zona Sur de la Ciudad de Buenos Aires.

Los mentados vecinos peregrinaron por las distintas oficinas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires buscando alguna respuesta a su problemática y solici-

tando que se adopten medidas tendientes a remover los automóviles y sanear el predio, sin obtener resultado alguno.

Por ello, en los primeros días de agosto y con el patrocinio de los abogados del Programa Control Ciudadano del Medio Ambiente de FARN, interpusieron una acción de amparo ante el Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires, para que se comunique al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) y la Policía Federal Argentina (PFA) a remover los autos acumulados y a sanear y recomponer el predio en cuestión, haciéndolo apto para las funciones y actividades previstas por el Código de Planeamiento Urbano (CPU).

El Dr. Roberto Andrés Gallardo, a cargo del Juzgado actuante, haciendo uso de las facultades que le brinda el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (CCAYT) efectuó una serie de diligencias tendientes a constatar las condiciones en que se encontraba el predio, concurrendo personalmente al mismo



y librando una serie de oficios a la Policía Federal Argentina y a distintas dependencias del gobierno local, en los cuales se demostró: a) Que el depósito es un terreno en el que se acumulan automóviles en sus más diversas fases de destrucción y desmantelamiento,

cuyos insalubres efectos se propagan hacia las personas que habitan en los consorcios colindantes. b) Que el uso dado al predio, por el grado de molestias que produce, no se encuentra permitido por el CPU para el distrito en que se encuentra situado.

La sentencia dispuso a) Hacer lugar a la acción, a través de una medida autosatisfactiva, ordenando al GCBA para que proceda a remover y relocalizar en lugar legalmente apto, la totalidad de los automotores depositados en el terreno de la calle Cochabamba. b) El terreno deberá ser desafectado en un plazo máximo de 30 días corridos, contados desde la notificación de la resolución. c) Ordenar al GCBA para que una vez cumplida la remoción ordenada, arbitre los medios para garantizar que el terre-

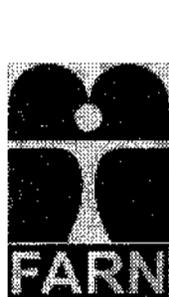
no sea destinado a las actividades que prevé la legislación vigente, a cuyo efecto se establece un plazo adicional de 30 días.

En los considerandos del fallo, se señala que "La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece en su artículo 26 que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras. La contaminación visual producto de la acumulación descontrolada de automotores en estado de desguace es, sin dudarlo, una forma más de afectación al concepto constitucional de "ambiente sano". La proliferación de olores nauseabundos y la potencial generación de focos de enfermedades expone a los vecinos gravemente y vulnera los preceptos constitucionales de los art. 27 incs. 7 y 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

Cabe destacar que la resolución del caso, a través de una medida autosatisfactiva, se inscribe dentro de una tendencia jurisprudencial sumamente innovadora en nuestro derecho, y que resulta de gran efectividad para la resolución de casos que, como el presente, requieren de una tutela urgente en resguardo de los derechos afectados. ♦

FARN y Fundación Patagonia Natural capacitando en temas de participación pública en los municipios costeros patagónicos

ESCRIBE: MARÍA DEL CARMEN GARCÍA (*)



versidad. Esta segunda etapa del proyecto "Consolidación e Implementación del Plan de Manejo de la Zona Costera Patagónica para la Conservación de la Biodiversidad" se desarrolla en cuatro Provincias de la Patagonia: Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

Si bien el plan de manejo se cimentó en estudios técnicos que permiten conocer el estado de conservación y el impacto de las distintas actividades humanas en la costa, hallándose el uso y la protección de la biodiversidad costera, íntimamente ligada a los distintos sectores sociales, el plan busca incorporar a la comunidad, en las decisiones de manejo.

Así surge la necesidad de la participación ciudadana, del acercamiento entre gobernantes y gobernados para la toma de decisiones, y para ello, del conocimiento por parte de todos los sectores de las herramientas adecuadas que facilitan la Participación Pública.

La Fundación Patagonia Natural, ejecutora del Proyecto, comparte el componente "Capacitación" con la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, a tal efecto se llevarán a cabo dieciséis talleres a realizarse en municipios de la costa patagónica en el curso del corriente año y del 2004. Estas actividades se organizan con funcionarios municipales y provinciales, ONGs y asociaciones de vecinos, los que se encargan de asegurar la convocatoria de un grupo de participantes representativo de los diversos sectores sociales, y que tengan aptitudes para ser a su vez capacitadores.

A fin de servir de material soporte de los cursos FARN elaboró y FPN editó un Manual sobre "Participación Pública, Herramientas de Participación para la Gestión Costera Patagónica", en el que se incluye una parte conceptual y otra dedicada a los

antecedentes nacionales, provinciales y municipales. Centrado fundamentalmente en la audiencia pública y el derecho de libre acceso a la información, con un anexo dedicado a la legislación provincial pertinente, está destinado a los participantes de los talleres y a los decisores de los municipios alcanzados por el proyecto.

Este componente está en plena ejecución; ya se han realizado los dos primeros talleres, en la ciudad de Ushuaia y en Río Grande donde la situación respecto a la institucionalización de estos mecanismos es muy distinta. La ciudad de Ushuaia, ha elaborado una Carta Orgánica Municipal, desde un proceso participativo, promulgada el 28 de marzo de 2002. Por lo cual se encuentra en plena tarea de implementar los diversos mecanismos de participación incluidos en la misma. Podemos decir que el Taller realizado en fecha 10, 11 y 12 de abril, contribuyó a la realización de la primera audiencia pública en el municipio, convocada por el Concejo Deliberante para tratar el sistema electoral para la elección de concejales. Durante la realización del taller el Concejo Deliberante dictó la resolución de convocatoria, en los días siguientes reglamentó la audiencia pública y ya cerrado el plazo para inscribirse como participante, se realizó una preaudiencia a fin de ajustar todos los detalles.

En el curso de este año está prevista la realización de ocho talleres, en municipios de la costa patagónica.

Si bien la capacitación y concientización en estos temas en las Provincias patagónicas de Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego tiene por objetivo ejercitar los derechos existentes y lograr que las autoridades provinciales y municipales reconozcan e institucionalicen las diversas herramientas de la democracia participativa con

relación al Plan de Manejo, es indudable que sus efectos trascienden dicho objetivo para alcanzar los diversos ámbitos de interés municipal.

Todo ello en un momento en que nuestro país, ha dado importantes pasos para evitar la pérdida de la biodiversidad no solamente en Patagonia, sino en todo el territorio nacional. Es uno de los países firmantes de varias convenciones internacionales relativas a la protección de la biodiversidad incluyendo Ramsar, CITES, Bonn y la Convención sobre Diversidad Biológica. De acuerdo al Artículo 6° de esta última, Argentina preparó una Estrategia Nacional sobre Biodiversidad y un Plan de Acción basado en evaluaciones y necesidades regionales, incluyendo a la Patagonia. La Estrategia ha sido aprobada por resolución 91/2003 y tiene por finalidad cumplir con los objetivos y metas contenidos en el referido Convenio sobre la Diversidad Biológica. Su relación con el Proyecto surge, por un lado, de su elaboración a través de un proceso participativo, y por otro, del expreso reconocimiento a la necesidad de un abordaje participativo que incluya a todos los sectores interesados. De su texto se advierte también un permanente interés por coordinar las normas, acciones y estrategias de la jurisdicción nacional, provincial y municipal.

La complementariedad y oportunidad del Proyecto es evidente y permitirá contribuir con las metas nacionales en materia de preservación de la biodiversidad.

Por último queremos resaltar que la Fundación Patagonia Natural y FARN desde hace una década vienen trabajando en procesos de capacitación sobre mecanismos de participación, convencidas que la difusión de estas herramientas generará procesos participativos que incidan favorablemente en la toma de decisiones para la implementación de un verdadero desarrollo sustentable. ♦

(*) Abogada, especialista en Derecho Ambiental.

(1) M.A. Zar 760, Puerto Madryn, www.patagonianatural.org