

La construcción de la política de biotecnología en el MERCOSUR**

The construction of biotechnology policy in MERCOSUR

SUMARIO

1. Las condiciones estructurales y la construcción de la política de biotecnología en el MERCOSUR: entre lo *previsible* y lo *insuficiente*. A. Las condiciones estructurales de producción de organismos vivos modificados en el MERCOSUR: un cambio *radical* aunque *previsible*. B. El proceso de construcción de la política de biotecnología del MERCOSUR: un avance *pertinente*, aunque *insuficiente*. 2. Las diferencias estructurales y la facilitación de la cooperación: entre la *fragmentación cualitativa* y la *construcción de la política “desde abajo”*. A. Las diferencias estructurales emergentes de la fragmentación del derecho internacional. B. Los mecanismos facilitadores de la construcción política. Conclusiones.

RESUMEN

La biotecnología adquiere una relevancia creciente en la región originada por una doble vertiente: por un lado, desde su contribución al desarrollo económico-comercial de los países del MERCOSUR, tanto en materia de alimentos como en cuestiones energéticas, y por otro, a partir de los desafíos que representan las preocupaciones medioambientales ante la adopción de esta tecnología.

En el marco de las condiciones estructurales recién descritas, esta contribución analizará intertemporalmente la construcción de la política biotecnológica del MERCOSUR y el valor de los principios de derecho internacional del medio ambiente como condicionantes de las aproximaciones comerciales que han caracterizado históricamente los procesos de integración en la región.

Metodológicamente, este trabajo se dividirá en dos partes. En la primera, tras describir las condiciones estructurales del complejo productivo de los

* Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma de Madrid, profesor e investigador de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Empresarial Siglo 21 (Córdoba, Argentina) y autor del libro *Derecho internacional y biotecnología: controversias transversales en contextos de fragmentación e interdependencia* (Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2012). Contacto: [ldonadio@uesiglo21.edu.ar].

** Fecha de recepción: 25 de junio de 2013. Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Donadío Linares, L.M. “La construcción de la política de biotecnología en el Mercosur”, *Revista Derecho del Estado*, N° 13, 2013, pp. 191-208.

países del MERCOSUR y el perfil exterior de cada uno de ellos, se analizará el proceso de construcción de la política de biotecnología del MERCOSUR.

En la segunda parte, desde una perspectiva jurídico-analítica, se abordará la influencia de los principios del derecho internacional del medio ambiente como vectores y modeladores de la política regional. En particular, se analizarán las dificultades estructurales que emergen de la disparidad de obligaciones internacionales asumidas por los Estados Miembros, en materia de biotecnología, y asimismo, los posibles mecanismos que faciliten la construcción de políticas regionales.

En conclusión, este trabajo pretende, desde un abordaje multidisciplinar, presentar los problemas jurídico-políticos que emergen en materia de biotecnología en el MERCOSUR, así como proponer las potenciales soluciones que concilien los aspectos ambientales y comerciales que presenta la biotecnología.

PALABRAS CLAVE

Biotecnología, MERCOSUR, derecho internacional, integración regional.

ABSTRACT

In our region, biotechnology is described as a relevant tool for two reasons: firstly, for its contribution to the commercial and economic development of MERCOSUR's States Members and secondly, for the environmental challenges that it represents.

Taking into account the structural framework just presented, this paper will analyze, from an inter-temporal perspective, the construction of the MERCOSUR's biotechnology policy and the role of the International Environmental Law Principles as a limit of the commercial approaches that has characterized the region.

Methodologically, the article is divided in two parts. In the first one, after describing of the productive complex and the export profile of MERCOSUR's State Members, the regional policy making process will be analyzed. In the second one, from a juridical and analytical perspective, the influence of the International Environmental Law Principles is observed, specifically as a vector and modeler of the regional policy. Particularly, it is examined the structural diversity of international obligations that each country has assumed. Furthermore, it is explored a possible mechanism to facilitate the construction of the regional policy.

To sum up, this contribution is looking to, from a multidisciplinary view, describe the juridical and political problems in biotechnology field and propose potential solutions that take into consideration environmental and commercial aspects.

KEY WORDS

Biotechnology, MERCOSUR, International Law, regional integration.

1. LAS CONDICIONES ESTRUCTURALES Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA DE BIOTECNOLOGÍA EN EL MERCOSUR: ENTRE LO *PREVISIBLE* Y LO *INSUFICIENTE*

A. Las condiciones estructurales de producción de organismos vivos modificados en el mercosur: un cambio radical aunque previsible

Si decidiéramos comparar dos fotografías de la situación relativa a la producción de organismos vivos modificados, comúnmente conocidos como transgénicos, en el MERCOSUR entre 2004 y 2011, podríamos manifestar, sin dudar, que el cambio fue *radical*, aunque *previsible*¹.

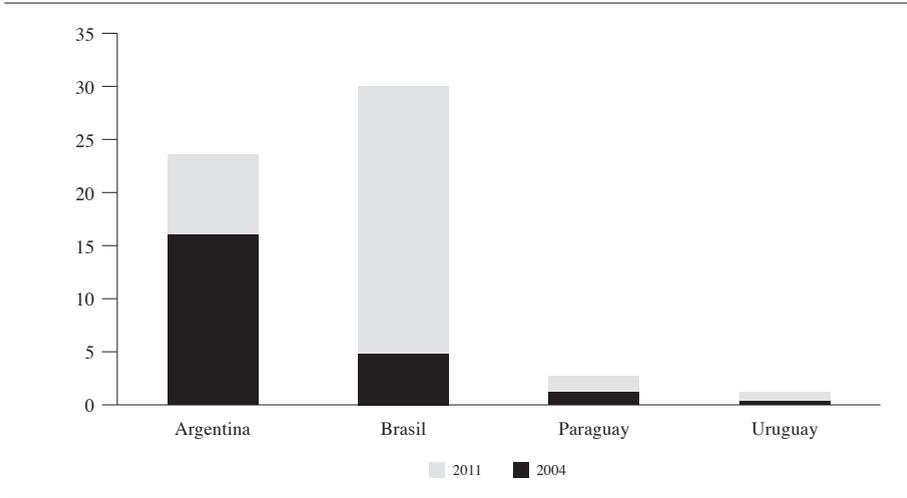
En efecto, dicho cambio fue *radical*, porque en el año 2004 el área dedicada al cultivo de este tipo de organismos era la siguiente: en Argentina, 16,2 millones de has., en Brasil, 5 millones de has., en Paraguay, 1,2 millones de has., y en Uruguay, 0,3 millones de has. (CLIVE, 2004: 4-5). Mientras que en el año 2011 fue: en Argentina, 23,7 millones de has., en Brasil, 30,3 millones de has., en Paraguay, 2,8 millones de has., y en Uruguay, 1,3 millones de has. (CLIVE, 2011: 1-2).

En términos individuales por Estado, el crecimiento de hectáreas destinadas al cultivo aumentó de la siguiente forma: en Argentina, en un 46,3%, en Brasil, en un 506%, en Paraguay, en un 133%, y en Uruguay, en un 333%; en términos globales para la región, el crecimiento fue del 156%.

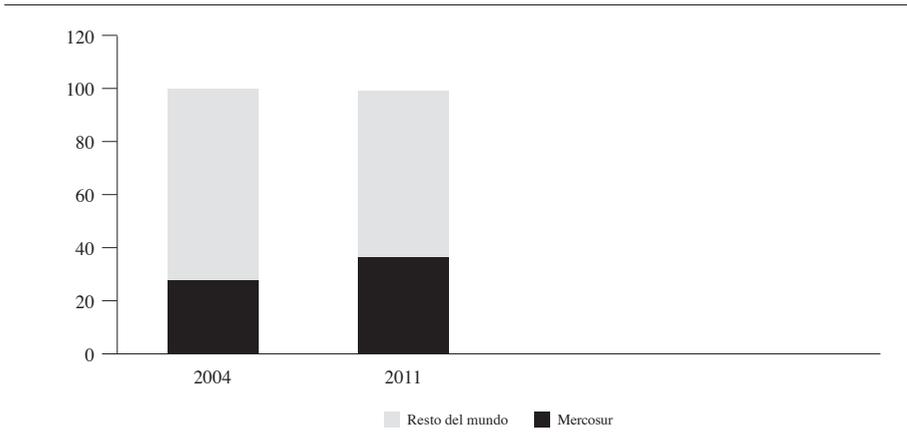
Si se compara la participación de la región con relación al total del área mundial destinada al cultivo de organismos vivos modificados, en 2004 el MERCOSUR cultivaba 22,7 millones de has., lo que representaba el 28% de los 81 millones de has. que se cultivaban en el globo, y en 2011 cultivaba 58,1 millones de has., representando el 36% de los 160 millones de has. que se destinaron a la agricultura transgénica.

1 Es menester aclarar que, dado el corte temporal (2004-2011), el presente trabajo excluye del análisis a la República Bolivariana de Venezuela, puesto que su ingreso al MERCOSUR como miembro pleno se produjo en el año 2012.

CUADRO 1. EVOLUCIÓN DE HECTÁREAS SEMBRADAS
EN EL MERCOSUR 2004-2011



CUADRO 2. APOORTE DEL MERCOSUR A LA PRODUCCIÓN GLOBAL
DE ORGANISMOS VIVOS MODIFICADOS, 2004-2011



Estos datos muestran una región dispuesta a la rápida asimilación de la biotecnología, lo que permite afirmar el carácter *previsible* del crecimiento productivo, toda vez que el aumento de los indicadores nacionales se ha mostrado constante con el paso de los años.

En cuanto al origen causal de este fenómeno, múltiples factores pueden explicar este comportamiento, tales como: el aumento del precio internacional de los alimentos y la creciente demanda internacional de estos, en especial a partir de la crisis de la *encefalopatía espongiforme bovina* o *vaca loca*, en la década de 1990, que implicó la sustitución de proteínas de origen animal por

las de origen vegetal en la elaboración de alimentos y piensos. Sin embargo, nuestro propósito no se orienta a develar la etiología del comportamiento, sino cómo este se ha traducido en la creación de un política regional, y en particular, cuál es el rol del derecho internacional en la determinación de los acuerdos institucionales.

B. El proceso de construcción de la política de biotecnología del Mercosur: un avance pertinente, aunque insuficiente

El diseño de las políticas públicas y las estrategias de inserción internacional ha correspondido, hasta no hace mucho, al Estado; sin embargo, es un hecho que este ha perdido el monopolio exclusivo sobre los intereses y las acciones. La transición de un modelo centrado en el Estado hacia un modelo pluralista en el que los gobiernos y actores no estatales confluyen impone la necesidad de cuestionarse sobre los modos de la definición de los caminos nacionales y regionales².

Así las cosas, en 2004 el Grupo de Mercado Común (GMC) del MERCOSUR³ decidió la creación del “Grupo *ad hoc* sobre Biotecnología Agropecuaria” (GAHBA)⁴, estableciendo que sus objetivos serían: 1) armonizar los marcos regulatorios sobre bioseguridad, 2) analizar la posible coordinación de las aprobaciones comerciales de OGM, 3) analizar las implicancias del etiquetado de alimentos derivados de la biotecnología y 4) realizar consultas a fin de coordinar posiciones comunes en el marco de las negociaciones internacionales (OMC, CODEX, Protocolo de Cartagena).

Si evaluamos los resultados del GAHBA tras 8 años de trabajo, podemos clasificarlos como *pertinentes*, aunque *insuficientes*.

La adjetivación de la acción institucional como *pertinente* puede ser enunciada desde la concepción de que esta ha sido realizada dentro de los límites temporales y materiales que encomendó el GMC y dio por resultado tres informes finales, tal como había sido requerido: 1) el análisis comparativo de las normas de bioseguridad y de las informaciones y criterios utilizados para

2 Este es el criterio seguido por KEOHANE, cuando enuncia que la ausencia de un criterio jerarquizante y unitario, como fue la seguridad nacional, facilita que emerjan intereses sectoriales no siempre vinculados indefectiblemente al “interés nacional tradicional”: cfr. KEOHANE, R. y NYE, J., *Poder e Interdependencia: La política mundial en transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988, pp. 43, 47, 51.

3 El Grupo de Mercado Común (GMC) es el órgano ejecutivo del MERCOSUR. Está conformado por cuatro miembros titulares designados por cada uno de los Países Miembros y representan a los ministerios de Relaciones Exteriores, Economía y a los bancos centrales de cada una de las Partes. El GMC es uno de los tres órganos institucionales con capacidad normativa, siendo apto para emitir “Resoluciones”. Cfr. artículo 11 del Protocolo de Ouro Preto.

4 Resolución n° 13/04 del Grupo de Mercado Común.

el análisis de riesgo nacional⁵, 2) el informe sobre aprobaciones comerciales de plantas genéticamente modificadas en la región⁶, y 3) el análisis sobre etiquetado de alimentos derivados de la biotecnología agropecuaria⁷.

Sin embargo, estos tres informes resultan claramente *insuficientes* al menos por tres razones: 1) son *descriptivos* y *superficiales*, 2) son *inconexos* y 3) *carecen de propuestas*.

Con relación a la primera categoría, los informes no trascienden la esfera de la descripción, por lo tanto, aun cuando presentan elementos de coincidencia transversal de todos los países, estos son superficiales. No abordan las diferencias profundas que emergen de las distintas obligaciones que cada uno de los Estados Miembros ha asumido internacionalmente.

Si abordamos la segunda categoría, es menester predicar que el GAHBA analiza los temas en cuestión de modo estanco, no vinculando las consecuencias de la evaluación del riesgo sobre el etiquetado de los productos biotecnológicos o la relación de los acuerdos internacionales con la evaluación, comercialización y/o identificación de estos productos y organismos.

Por último, la tercera categoría, se vincula directamente con las anteriores, dado que resulta la consecuencia lógica de estas, toda vez que los informes carecen de un sentido constructivo que favorezca la comprensión del problema y facilite la toma de decisiones por parte del GMC.

De este modo, resulta casi una obviedad que las instituciones del MERCOSUR no hayan adoptado decisión alguna en materia de biotecnología agropecuaria, que conduzca a la creación de una política regional sobre la cuestión.

Sin embargo, en este empeño de atribuir o descubrir la causalidad de la acción u omisión de la órbita institucional del MERCOSUR, nos enfrentamos, al menos, a un dilema sobre el fundamento de esta conducta. Por una parte, es factible vincular la responsabilidad de la falta de acuerdo en la armonización de las políticas nacionales o la conformación de una política regional a la falta de sustento técnico, o como hemos manifestado, a la superficialidad del análisis formulado por el GAHBA, o a la orfandad propositiva; aunque, por otra parte, es plausible inducir que estas características, en principio descriptas negativamente, en realidad responden y representan el nivel de interés de los propios Estados, o desde una perspectiva más amplia, el interés de los grupos de presión internos en cada una de las entidades estatales.

En este sentido, es sorprendente que en materia de construcción de una política regional, en 2005 se puso en marcha el proyecto BIOTECSUR, consisten-

5 Presentado en la X Reunión del Grupo Ad Hoc de Biotecnología Agropecuaria – Acta 3/08.

6 Presentado en la XII Reunión del Grupo Ad Hoc de Biotecnología Agropecuaria – Acta 1/09.

7 Presentado en la XIII Reunión del Grupo Ad Hoc de Biotecnología Agropecuaria – Acta 2/09.

te en una plataforma biotecnológica regional que moviliza y articula actores públicos, privados y académicos para la solución sustentable de problemas de alcance regional y global, y la generación de bienes, servicios y procesos biotecnológicos altamente competitivos. Esta plataforma ha financiado exitosamente proyectos en materia agrícola, avícola, ganadera, forestal y de biocombustibles, gestionados por consorcios internacionales conformados por actores públicos y privados de los cuatro Estados Miembros. No menos llamativo es el hecho de que el proyecto comenzó siendo financiado por la Unión Europea en un contexto en el cual esta era demandada por Argentina, entre otros, ante el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio precisamente por la aplicación de su política regional de biotecnología agrícola⁸.

Por lo tanto, aparece de un modo indudable la construcción de una realidad que circula por un camino a dos niveles. A nivel normativo-regional se percibe cierto estancamiento, aunque a nivel operativo-regional se observa un desarrollo materializado por los actores privados y académicos con el apoyo institucional regional. Esta diferencia o falta de reflejo entre una esfera y otra, seguramente tiene una explicación multicausal, aunque en el presente trabajo buscamos identificar la existencia de una relación entre la estructura normativa internacional que cada uno de los Estados Miembros del MERCOSUR ha asumido individualmente, con la que reflejan como bloque de integración regional.

2. LAS DIFERENCIAS ESTRUCTURALES Y LA FACILITACIÓN DE LA COOPERACIÓN: ENTRE LA *FRAGMENTACIÓN CUALITATIVA* Y LA *CONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA “DESDE ABAJO”*

A. Las diferencias estructurales emergentes de la fragmentación del derecho internacional

A sabiendas de la importancia de determinar el origen del “estancamiento” normativo regional actual en el campo de la biotecnología, es posible formular un diagnóstico estructural, a partir de los compromisos internacionales que cada uno de los Estados Miembros asumió individualmente.

Es evidente que la biotecnología constituye un sector que atraviesa diferentes ámbitos regulatorios, a saber: el comercial, el medioambiental, el de los derechos humanos, la seguridad alimentaria y la propiedad intelectual; y efectivamente, la realidad internacional nos muestran que la comunidad internacional ha afrontado la regulación de la materia desde un paradigma de la fragmentación⁹.

8 Asunto *Comunidades Europeas - Productos Biotecnológicos* (WT/DS/291 - WT/DS/292 - WT/DS/293).

9 Cfr. BARNHOORN y WELLENS (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of Inter-*

De este modo, contamos con una multiplicidad de acuerdos y declaraciones internacionales en cada uno de los ámbitos nombrado: 1) los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), 2) el Convenio sobre Protección de la Diversidad Biológica, 3) el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, 4) el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre la Responsabilidad y Compensación, 5) el Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios, 6) el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, 7) la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, 8) el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, 9) la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, 10) la Reglas de la Comisión del Codex Alimentarius, 11) la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, 12) las Recomendaciones de Naciones Unidas sobre Transporte de Mercancías Peligrosas, 13) la Convención Internacional para la Protección de las Plantas, 14) la Organización Internacional de la Salud Animal, 15) la Organización Mundial de las Aduanas, 16) el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya).

Pocas veces se puede identificar cómo un mismo objeto es regulado globalmente, pues he omitido las regulaciones regionales y bilaterales, debido a una cantidad tan extraordinaria de acuerdos internacionales. Sin embargo, el principal problema al que se enfrenta la fragmentación normativa no es de índole cuantitativa, aunque pueda esta resultar en un abordaje complicado, sino que la dificultad es de orden cualitativo, dado que esta serie de acuerdos representan o encarnan diferentes racionalidades o lógicas de abordaje (GRANT y KERR, 2003: 1088; BENVENISTI y DOWNS, 2007: 628; POLLACK y SHAFFER, 2009: 129).

En el caso del MERCOSUR, si observamos la tabla 1 podemos apreciar que, en líneas generales, las obligaciones internacionales asumidas por cada uno de los Estados Miembros en estudio son similares y cuantitativamente no presentarían problema alguno. Sin embargo, en términos cualitativos la divergencia es sustancial.

national Law, Nijhoff, La Haya, 1995; FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25 año 2004, pp. 999-1046; SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 3, año 2006, p. 483; Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, 58 Sesión, año 2006; PROST, M., « Discours sur le fondement, l'unité et la fragmentation du droit international: À propos d'une utopie paresseuse », en *Revue Belge de Droit international*, n° 2, año 2006, pp. 621-670.

TABLA 1. OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DEL MERCOSUR EN MATERIA DE BIOTECNOLOGÍA

PAÍS	OMC	CBD	PC	PNKL	PN	ITPGR	UPOV	C169	DNUIPI	CODEX	CPPI	UN REG.	IPPC	OIE	WCO	D. MAR
Argentina	*	*					*	*	*	*	*	*	*	*	*	*
Brasil	*	*	*			*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*
Paraguay	*	*	*			*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*
Uruguay	*	*	*			*			*	*	*	*	*	*	*	*

Por una parte, existe un conjunto de acuerdos que hacen foco en la preponderancia de los factores científicos, y en consecuencia vinculan cualquier tipo de actividad de evaluación del riesgo, autorización administrativa, introducción al ambiente, comercialización y logística a criterios científico-técnicos, desprovistos, en principio, de subjetividad o valoración política. En cambio, otra serie de acuerdos introducen la precaución o cautela en cada una de las instancias enunciadas precedentemente.

Tal como manifesté en líneas anteriores, la biotecnología configura un objeto que irradia diferentes áreas de la realidad y, en consecuencia, del derecho, si bien en términos de comercio internacional, que es hacia donde aparentemente se dirigen los estudios previos realizados por el GAHBA, la confrontación referida es evidente entre los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio y el Protocolo de Cartagena.

El primero explícitamente ordena vincular las medidas nacionales que restrinjan el comercio a fundamentos científicos pertinentes, mientras que el Protocolo de Cartagena expresamente incluye al principio de precaución como causal de apartamiento de la necesidad de fundamentos científicos exigida en el comercio.

En términos metodológicos, podemos dividir el proceso vinculado al comercio de los organismos vivos modificados o los productos genéticamente modificados en tres momentos: 1) la evaluación del riesgo, 2) la logística comercial y 3) el marketing dirigido a los consumidores.

En el primero de los momentos indicados, la Comisión del Codex Alimentarius cuenta con seis instrumentos que hacen explícita la importancia de la aplicación de “principios y consideraciones científicas” en el análisis de la evaluación del riesgo. De igual modo se pronuncian el IPPC, en su Anexo III (ISPM 11), la OIE, en el artículo 5.1.3 del Código Territorial, y el Protocolo de Cartagena, en el Anexo III. Esto significa que la aceptación de los principios científicos es un criterio bastante extendido.

En el segundo momento, relacionado a los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados, podemos afirmar que los estándares, guías y métodos, sobre usos comerciales, establecidos en los acuerdos internacionales vigentes en los países del MERCOSUR, son globalmente coincidentes¹⁰.

El “conocimiento de embarque” prescrito por todos los instrumentos incluye la siguiente información relativa a las mercancías: (a) descripción de la mercancía; (b) principales marcas para la identificación de las mercancías; (c) número de paquetes o piezas; (d) cantidad de mercancías; (e) peso de las mercancías, y (f) una declaración sobre la apariencia y condiciones de las mercancías. La única laguna que podríamos mencionar es el “uso final” del organismo vivo modificado, que no ha sido incluido explícitamente en el “conocimiento de embarque”.

Con relación a la *identificación* de los organismos vivos modificados durante los movimientos transfronterizos, es importante enunciar que los acuerdos internacionales vigentes entre los países del MERCOSUR son suficientes para la identificación de estas mercancías en términos generales, particulares y específicos. Asimismo, haciendo la salvedad de que Brasil, Paraguay y Uruguay, como parte del Protocolo de Cartagena, tienen la obligación de identificar las plantas vivas modificadas genéticamente a través del identificador único para plantas transgénicas desarrollado por la OCDE en 2002 y revisado en 2006¹¹, todos los Miembros del MERCOSUR pueden identificar los organismos vivos modificados mediante el uso de la posición arancelaria desarrollada por la Organización Mundial de las Aduanas y de los códigos contenidos por las Recomendaciones de Naciones Unidas sobre Transporte de Mercancías Peligrosas –vigentes en MERCOSUR a través de la Decisión 2/1994 y sus modificatorias–; en consecuencia, toda esta información puede ser incluida en los documentos utilizados durante los movimientos transfronterizos.

Si analizamos el *empaquetado* de los organismos vivos modificados durante los movimientos transfronterizos, las reglas de derecho internacional vigentes indican que el cargador tiene la obligación de empaquetar las mercancías de modo apropiado, teniendo en cuenta la naturaleza de las mercancías, en el caso presente, la naturaleza de “modificado genéticamente”¹². De manera específica, las Recomendaciones de Naciones Unidas sobre Transporte de Mercancías

10 Cfr. Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas de Derecho relativas al Conocimiento de Embarque (La Haya, 1924, y sus enmiendas: La Haya-Visby, 1968, y el Protocolo de Bruselas de 1979), el Convenio de Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Rotterdam, 2008), y la Recomendación n° 1 de UN/CEFACT (1973).

11 El Identificador Único, luego de ser elaborado por la OCDE en 2002, fue adoptado en la primera Conferencia de las Partes del Protocolo de Cartagena: cfr. COP-MOP 1, Decisión BS-I/6, Sección C, párr. 1.

12 El artículo 3.5 de las Reglas de La Haya puede ser interpretado sistemáticamente con el artículo 4.2 (n) y el artículo 4.3.

Peligrosas afirman que si el organismo vivo modificado es clasificado como “Tóxico o Infeccioso”, debe ser empaquetado de acuerdo a las instrucciones P620 o P650, y en el caso de que sea clasificado como “Sustancias y Objetos Peligrosos Varios”, debe ser empaquetado de acuerdo a la instrucción P904.

Con relación al *transporte y manipulación* durante los movimientos transfronterizos, el despachante tiene la obligación de informar al cargador sobre la peligrosidad de las mercancías, fundada en las características de las mercancías transportadas¹³.

En consecuencia, se puede concluir que los estándares existentes y aplicados en el MERCOSUR son aptos para regular las condiciones de identificación, empaquetado, transporte y manipulación de los organismos vivos modificados.

Al analizar el tercer momento, relativo al etiquetado de los organismos vivos modificados destinado a los consumidores, es posible afirmar que este constituye una materia vinculada a diferentes regímenes internacionales¹⁴, y por ende esconde un debate de características más amplias, relativo a la finalidad del etiquetado, ya sea la información de los consumidores o la constitución de una medida sanitaria.

El debate gira alrededor de que, dependiendo del objetivo perseguido por el etiquetado, dependerá la norma con la que se deba evaluar sus condiciones de validez y compatibilidad intersistémica.

Si el Protocolo de Cartagena propone responder a un objetivo sanitario, entonces su marco de referencia será el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) de la OMC. Este dispone que si las Partes Contratantes basan sus medidas en estándares internacionales, como el Codex Alimentarius, gozarán de una presunción de legalidad. No obstante, las Partes Contratantes no están obligadas a actuar en este sentido, dado que pueden implementar medidas que se aparten de estos estándares siempre que estén basadas en una justificación científica (KELCH, SIMONE & MADELL, 1998: 34-35)¹⁵.

El MSF está basado en el principio de la “justificación científica”, el cual se incluye en los artículos 3.3 y 5.7 del Acuerdo y que ha sido interpretado por el Órgano de Apelación en el sentido de que un riesgo teórico no puede ser considerado como una justificación científica apta para restringir el comercio. De acuerdo a lo establecido por el Órgano de Apelación, el riesgo debe ser posible y probable. Además, el Acuerdo MSF llama a las Partes a desarrollar

13 Cfr. el artículo 6 de las Reglas de La Haya y el artículo 32 de las Reglas de Rotterdam.

14 Cfr. el Protocolo de Cartagena, los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio y la Comisión del Codex Alimentarius.

15 Teniendo en cuenta las normas del Acuerdo MSF, si una de las Partes Contratantes considera que un organismo vivo modificado puede causar un efecto adverso a la diversidad biológica, y por esta razón un embarque debe ser claramente identificado como “OVM”, o distinguir el uso final del OVM (uso contenido, introducción intencional dentro del medio ambiente o destinado a la alimentación humana, animal o para la producción de otro producto), esta medida nacional necesita de una justificación científica relativa al efecto adverso potencial.

y seguir estándares internacionales, reconociendo la importancia del Codex Alimentarius como un importante foco para la cooperación internacional (APPLETON, 2000: 566-578).

Si el etiquetado se funda en consideraciones económicas, éticas y/o religiosas, en lugar de hacerlo en cuestiones sanitarias, la regulación debe ser contrastada con la regulación emergente del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), y deberá responder a tres obligaciones principales: (a) perseguir un objetivo legítimo; (b) no discriminar entre productos similares, y (c) no crear una medida más restrictiva al comercio de lo necesario para conseguir el objetivo legítimo que se persigue (APPLETON, 2000: 574 y ss.). Los gobiernos son fuertemente estimulados a basar sus medidas nacionales sobre estándares internacionales, aunque el Acuerdo OTC no los identifica expresamente.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el Protocolo de Cartagena proclama expresamente que su objetivo es sanitario, y si no existe una evaluación del riesgo que describa un riesgo ambiental o humano causado por el organismo vivo modificado¹⁶, estas normas pueden ser consideradas parte de un conflicto normativo internacional.

Esta proposición encuentra un soporte histórico, dado que tras más de 10 años de negociaciones en el seno del Codex Alimentarius, los Estados Parte siguen en desacuerdo sobre la aproximación técnica o sanitaria vinculada al etiquetado de los organismos modificados genéticamente. Por una parte, encontramos algunos Estados que sostienen la necesidad de vincular el etiquetado a los resultados obtenidos en la evaluación de riesgos¹⁷. Por otra parte, otros países consideran que el etiquetado de los organismos genéticamente modificados responde a objetivos más amplios. Por lo tanto, este desacuerdo parece explicar el estancamiento de las negociaciones por más de 10 años, aunque en la última sesión del Codex Alimentarius¹⁸ se adoptó el “Proposed Draft Compilation of Codex Texts Relevant to Labelling of Foods Derived from Modern Biotechnology at Steps 5/8” mediante el cual se busca regular el etiquetado de los organismos modificados genéticamente a partir de los estándares existentes.

B. Los mecanismos facilitadores de la construcción política

Pensar en mecanismos que permitan la armonización de criterios en materia de biotecnología en el ámbito regional del MERCOSUR implica, en primer término,

16 Debe tenerse en cuenta que el artículo 26 del Protocolo de Cartagena permite la inclusión de consideraciones socio-económicas en el proceso de decisión, aunque estos argumentos no sean considerados como suficientes por el Acuerdo MSF.

17 Generalmente los países exportadores de OVM.

18 La última Conferencia de la Comisión del Codex Alimentarius fue la 34ª Sesión y tuvo lugar en Ginebra, Suiza, los días 4 a 9 de julio de 2011.

comprender que la diferencia entre los Estados miembros no transita solo la vía de lo técnico-jurídico, sino que, en esta materia, la diferencia fundamental es de carácter ontológico.

Entiendo que el escenario plantea dos problemas a resolver: 1) la determinación de la existencia de obligaciones independientes propias de cada uno de los momentos descritos en el apartado B.2 o la correlación de cada una de las obligaciones descritas en el punto B.2 con los resultados obtenidos en la evaluación de riesgos; y, 2) la definición de la posición regional con relación a la naturaleza jurídica de la precaución o cautela como principio o instrumento que influye en cada uno de los momentos enunciados.

El primer problema es netamente de carácter técnico, y si analizamos la tabla 1 observamos que todos los Estados analizados son Parte de los mismos acuerdos internacionales que asumen los principios científicos como base de sus evaluaciones de riesgo. Además, haciendo uso de instrumentos interpretativos, sea de carácter sistémico o evolutivo, es posible conseguir la armonización del contenido de las obligaciones *stricto sensu* y de los procedimientos. Sin embargo, Brasil, Paraguay y Uruguay, siendo Parte del Protocolo de Cartagena, introducen un componente adicional que provoca que una cuestión técnica, aparentemente resuelta o fácil de resolver, sea cruzada transversalmente por el segundo de los problemas, de naturaleza metajurídica.

Las diferentes obligaciones que cada uno de los Estados Miembros ha asumido en la esfera internacional multilateral, tienen una consecuencia directa sobre la posibilidad de construir una política regional coherente, dado que detrás de los desacuerdos técnicos se esconde un debate mayor alrededor de la naturaleza jurídica de la precaución o cautela. El Protocolo de Cartagena establece en varios pasajes que se encuentra basado o vinculado a la precaución como principio, aun cuando no existe un consenso internacional sobre la naturaleza jurídica de esta.

Dos posiciones internacionales han surgido. Por una parte, algunos académicos creen que la precaución constituye un principio y, en consecuencia, representa una fuente de derecho internacional. Por la otra parte, otros piensan que la precaución configura solo un instrumento de planificación o un instrumento de gestión de las políticas públicas o del riesgo, pero en ningún caso puede ser calificado de obligatorio.

En la primera categoría, algunos autores clasifican a la precaución como un principio de interpretación *soft law* (MARTIN-BIDOU, 1999: 658) o en otros casos, como un principio general de derecho (DI BENEDETTO, 2006: 352; TROUWBORST, 2002; HOHMANN, 1994) o como un principio de derecho internacional ambiental (SANDS, 2007: 266 y ss.)¹⁹. En los dos últimos casos, estos

19 El voto particular del juez CANÇADO TRINIDADE manifestó no comprender por qué la Corte dejó pasar una oportunidad única para reconocer y afirmar la existencia de este principio de precaución esencial para el derecho ambiental, ya que ayudaría a la consolidación del dere-

autores creen que este principio se encuentra en un proceso de consolidación como costumbre internacional (SANDS, 2007: 279; BROWN & DAUD, 2005: 116; MARR, 2000: 827)²⁰, aun cuando existe una fuerte resistencia en algunos países, como Estados Unidos, a considerar a la precaución como un principio o una costumbre (BRUNNÉE, 2004: 11; CAMERON, 1994: 270 y ss.; FREESTONE, 1999: 135-164; TROUWBORST, 2002; GULLETT, 1997: 52; STEWAR & JOHANSON, 2003: 40; SEIN & MAHMUD, 2008: 69; CHRISTOFOROU, 2003: cap. 16).

En la segunda categoría, otros creen que la precaución solo configura un instrumento de respuesta ante posibles situaciones de catástrofe o situaciones de incertidumbre (BOISSON DE CHAZOURNES, 2002: 10), o solo una aproximación legal o política (WARD, 2000: 220; GÜNDLING, 1990: 23-30; BODANSKY, 1991: 413-417; AGUILAR & JORDAN, 2003: 78; SHAW & SCHWARTZ, 2005: 6).

No obstante, personalmente me enrolo en la posición que considera que la “precaución” es un concepto en estado embrionario (DUPUY, 2002: 95-111), que se encuentra en proceso de crecimiento, aunque no de consolidación (JIMÉNEZ DE PARGA y MASEDA, 2003: 16; SHAW & SCHWARTZ, 2005: 5). Un importante indicador de esta corriente surge de la declaración de la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, en el cual la Corte prefirió clasificar a la “precaución” como una aproximación, en lugar de presentarla como un principio internacional. Asimismo, la Corte declaró que no existe convención alguna en la cual se exija la inversión de la carga de la prueba²¹, siendo esta una de las características atribuidas a la precaución como principio de derecho internacional.

Por lo tanto, este contexto de indeterminación académica y jurisprudencial justifica los cuestionamientos que se plantean sobre la pertinencia de las medidas fundadas en la precaución como aplicación del derecho internacional, porque la precaución como principio continúa siendo un concepto legalmente poco claro y vago (MARR, 2000: 816). Esta situación explica la contradicción entre aquellas posiciones fundadas en principios ambientalistas y aquellas basadas en otras concepciones (ibíd.: 820).

cho internacional contemporáneo: cfr. Opinión Separada del Juez CAÑADO TRINIDADE en *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, párr. 113.

20 BROWN y DAUD consideran que el principio de precaución devendrá con el paso del tiempo en una costumbre internacional, fruto también de la influencia que ejercerá el Protocolo de Cartagena sobre la escena internacional. Por otra parte, MARR estima que “el enfoque de precaución ha evolucionado dentro de lo que es el Derecho internacional del comercio internacional. Pues, está creciendo la ‘opinio juris’ de los Estados y un gran número de comisiones internacionales han aplicado el principio de precaución y conservación de sus estrategias. [...] En relación a lo mencionado anteriormente, a las prácticas y a la ‘opinio juris’ es posible afirmar que el principio de precaución está evolucionando hacia una norma consuetudinaria del Derecho internacional”.

21 *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, párr. 164.

De todas formas, considero que aun cuando en los hechos Argentina pueda seguir una práctica conforme a la precaución como los indican los informes del GAHBA, no resulta conveniente que ratifique el acuerdo internacional. Esta afirmación no se sustenta en las consecuencias que pueda traer con sus socios regionales, sino por las que puedan surgir con terceros Estados Parte del Protocolo de Cartagena e importadores de organismos modificados genéticamente, dado que el Protocolo de Cartagena otorga al importador un cúmulo de facultades discrecionales que limitan los derechos en el ámbito comercial.

En consecuencia, mi idea es fomentar la construcción de una política regional, *desde abajo*, por medio del estímulo de las acciones de cooperación privadas y académicas tendientes a la generación de conocimiento científico que pueda incrementar el valor agregado de la producción agrícola y energética. Continuar en la línea de sostener al MERCOSUR como un productor de relevancia a escala global, y permanecer a la expectativa, aunque participando activamente, de la negociación y resolución de las cuestiones fundamentales a escala multilateral. Estimo que en este caso concreto la dinámica de la política internacional se configura como un factor de influencia de las condiciones de diálogo regional en materia normativa.

CONCLUSIONES

– El crecimiento sostenido de la producción de organismos genéticamente modificados en el espacio territorial del MERCOSUR configura un indicador de la necesidad de abordar la construcción de una política regional en la materia.

– A nivel institucional se observa una doble corriente: por una parte, la inexistencia de un marco regulatorio regional, aunque por otra parte, el desarrollo y estímulo de iniciativas mixtas en materia de ciencia aplicada

– El complejo de obligaciones internacionales asumidas por cada uno de los Estados Miembros analizados posiblemente constituye una de las causas del estancamiento de las negociaciones regionales, dado que entre el Protocolo de Cartagena y los Acuerdos de la OMC existe una contradicción fundamental, más allá de la declaración de apoyo mutuo que contiene el Protocolo.

– Es necesario continuar el fomento de acciones mixtas de desarrollo de ciencia y tecnología, y proseguir con las negociaciones a escala multilateral.

– Habiendo establecido los condicionantes de la política internacional sobre el diálogo regional, se requiere un análisis de la construcción de la política del MERCOSUR a escala multinivel, a fin de determinar la influencia del sector empresarial en la definición del sistema normativo regional.

– Con el ingreso de Venezuela al MERCOSUR, como miembro de pleno derecho, se puede prever mayor dificultad en la armonización de las normas regionales, dado que este país mantiene una política interna diferente a la implementada por los Estados que analizamos en el presente trabajo.

REFERENCIAS

- AGUILAR, S. & JORDAN, A. (2003), "Principio de precaución, políticas públicas y riesgo" in *Política y Sociedad*, 40 (3).
- APPLETON, A. (2000), "The Labeling of GMO products pursuant to international rules", en *New York University Environmental Law Journal*, 8 (3).
- BARNHOORN y WELLENS (eds.) (1995), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Nijhoff, La Haya.
- BENVENISTI, E. y DOWNS, G. (2007), "The Empire's New Clothes: Political Economy and fragmentation of international law", en *Stanford Law Review*, 60.
- BODANSKY, D. (1991), "New developments in international environmental law: remarks by Daniel Bodansky", en *Proceedings of the American Society of International Law*, 85.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L. y MBENGUE, M. (2007), "A propos du principe du soutien mutuel – Les relations entre le Protocole de Cartagena et les accords de l'OMC", *Revue Générale de Droit International Public*, (4).
- BOISSON DE CHAZOURNES, L. (2002), "The Precautionary Principle in United Nations Environment Programme, Precaution: From Rio to Johannesburg", en *Proceedings of a Geneva Environment Network Roundtable*, Geneva.
- BROWN, S. y DAUD H. (2005), "Application of the "Precautionary Principle in the 2000 Biosafety Protocol to the 1992 Convention on Biological Diversity", en *Journal of International Biotechnology Law*, 2 (1).
- BRUNNÉE, J. (2004), "The United States and international environmental law: living with an elephant", en *European Journal of International Law*, 15 (4).
- CAMERON, V.J. (1994), *The status of the precautionary principle in international law*, in O'RIORDAN, T. y J. CAMERON (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Cameron May, London.
- CHRISTOFOROU, T. (2003), *The precautionary principle in EC law and science*, en TICKNER, J. (ed.), *Environmental Science and Preventive Public Policy*, Island Press, Washington, DC.
- CLIVE, J. (2011), *Global Status of Commercialized Biotech/GM Crops: 2011*, International Service for the Acquisition of agri-biotech applications, Cornell University Press, Ithaca.
- Comisión de Derecho Internacional (2006), *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, 58ª Sesión.
- DI BENEDETTO, S. (2006), "La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale", *Rivista del Commercio Internazionale*, 2.
- DUPUY, P.M. (2002), « Le principe de précaution, règle émergente du droit international général », en LEBEN C. y J. VERHOEVEN, *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Paris, Panthéon Assas.

- FISCHER-LESCANO, A. y G. TEUBNER (2004), "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", en *Michigan Journal of International Law*, 25.
- FREESTONE, D. (1999), "International fisheries law since Rio: The continued rise of the precautionary principle", en BOYLE, A.E. y D. FREESTONE, *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press, Oxford.
- GRANT, I. y W. KERR (2003), "Genetically Modified Organisms at the World Trade Organization: A hardest of trouble", en *Journal of World Trade*, 37 (6).
- GULLETT, W. (1997), "Environmental protection and precautionary principle: A response to scientific uncertainty in environmental management", en *Environmental and Planning Law Journal*, 14 (1).
- GÜNDLING, V.L. (1990), "The status in international law of the principle of precautionary action", en *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, 5.
- HOHMANN, H. (1994), *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, Graham & Trotman y Martinus Nijhoff, London, Dordrecht y Boston.
- International Court of Justice, *Case concerning pulp mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, Judgment, ICJ Reports 2010.
- International Court of Justice, Separate Opinion of the Judge Cançado Trindade in the case concerning pulp mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, ICJ Reports 2010.
- International Law Commission (2006), *Fragmentation of international law: Difficulties arising from the diversification and expansion of the international law*, Fifty-eighth Session, Geneva, A/CN.4/L.682.
- JIMÉNEZ DE PARGA y MASEDA, P. (2003), "Análisis del principio de precaución en derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea", en *Política y Sociedad*, 40 (3).
- KELCH, D., SIMONE, M. y MADELL, M. (1998), "Biotechnology in agriculture confronts agreements in the WTO", en *Agriculture in the WTO/WRS*, 4.
- KEOHANE, R. y NYE, J. (1988), *Poder e Interdependencia: La política mundial en transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires.
- MARR, S. (2000), "The southern bluefin tuna cases: The precautionary approach and conservation and management of fish resources", en *European Journal of International Law*, 11 (4).
- MARTIN-BIDOU P. (1999), "Le principe de précaution en droit international de l'environnement", en *Revue Générale de Droit International Public*, 103 (3).
- POLLACK, M. y SHAFFER, G. (2009), *When Cooperation Fails: The International Law and Politics of Genetically Modified Foods*, Oxford University Press, Oxford.

- PROST, M. (2006), "Discours sur le fondement, l'unité et la fragmentation du droit international: À propos d'une utopie paresseuse", *Revue Belge de Droit International*, 2.
- SANDS, P. (2007), *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SEIN, A. & MAHMOD, N. (2008), "The WTO rules versus multilateral environmental agreements: the search for reconciliation", en *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, 57 (5).
- SHAW, S. & SCHWARTZ, R. (2005), "Precaución Comercial: El Principio de Precaución y la OMC", Informe UNU-IAS (United Nations University-Institute of Advance Studies), Yokohama, Japan.
- SIMMA, B. y PULKOWSKI, D. (2006), "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", en *European Journal of International Law*, 17 (3).
- STEWAR, T. & JOHANSON, D. (2003), "Anexus of trade and the environment: The relationship between the Cartagena Protocol on Biosafety and the agreement on the application of sanitary and phytosanitary measures of the WTO", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 25 (1).
- TROUWBORST, A. (2002), *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York.
- WARD, H. (2000), "Introduction and overview", en *International Affairs*, 76 (2) (Royal Institute of International Affairs, Special Biodiversity Issue).