

02

**La solución de controversias
transversales a diferentes
regímenes internacionales
en contextos de fragmenta-
ción e interdependencia**

Luciano Martín Donadio Linares

Edición Especial
Premio Cátedra
OMC 2011

Premio FLACSO – Cátedra OMC, Edición 2011

La solución de controversias transversales a diferentes regímenes internacionales en contextos de fragmentación e interdependencia*

Luciano Martín DONADIO LINARES

Breve CV: Luciano Martín DONADIO LINARES es abogado de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Master en Relaciones Internacionales de la Università di Bologna (Italia) y Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Es profesor de Derecho internacional de la Universidad Empresarial Siglo 21 (Córdoba - Argentina) y actualmente se desempeña como profesor e investigador visitante (2011/2012) en la Universidad Autónoma de Madrid (España). **Correo Postal:** Córdoba 536, C.P. 5800, Río Cuarto, Pcia. Córdoba, Argentina. **Correo electrónico:** argenluc@gmail.com y ldonadio@uesiglo21.edu.ar

* La temática propuesta ha sido abordada en mi tesis doctoral “Derecho internacional y Biotecnología” leída el 14 de junio de 2011 en la Universidad Autónoma de Madrid y sobre la cual continúo trabajando con el fin de su futura publicación corregida y ampliada.

Introducción

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

La biotecnología moderna ha brindado a la sociedad en los últimos años una serie de productos y servicios verdaderamente innovadores en diversas áreas, tales como la medicina, la farmacia y la industria alimenticia. La confianza en los primeros productos generalmente se encuentra en niveles elevados ya que se tratan, de acuerdo a las consideraciones sociales, de productos altamente controlados. Por el contrario, ocurre algo distinto con los productos biotecnológicos destinados a la alimentación, porque aun cuando han estado sometidos a controles de similares características, persiste un elevado nivel de escepticismo social acerca de su inocuidad.

Frente a este fenómeno de la industria agro-alimentaria, los países han adoptado varias posturas regulatorias. Algunos recogen dentro de su estructura normativa una diferenciación de trato entre organismos “sustancialmente equivalentes”¹ a sus pares tradicionales y aquellos que, habiendo sido objeto de modificaciones de importancia, significan un producto diferente en sus características intrínsecas que motivaban un estudio previo y trato diferenciado²; otros países, en cambio, estimando que los productos biotecnológicos implican necesariamente la existencia de un “nuevo producto”, requieren un trato especializado, minucioso y sobre los cuales se precisan mayores niveles de cautela³. Está claro que nuestro objeto de estudio despierta variadas reacciones y esto puede ser explicado desde su propia naturaleza compleja que entremezcla la vida y la tecnología.

Jurídicamente, la biotecnología ha sido definida en varias ocasiones. En el caso de la OCDE⁴, lo fue en dos oportunidades. En un primer momento entendió por tal “la aplicación de principios científicos y de ingeniería al tratamiento de materias -agentes biológicos- a los

¹ La equivalencia sustancial no es una evaluación de riesgo per se, pero que si las características y composición de un nuevo alimento son equivalentes a sus pares convencionales con un historial de consumo seguro, significa que el nuevo producto no será menos seguro bajo patrones de consumo y prácticas de procesamiento similares. Ver FAO/WHO, *Biotechnology and food safety*, Report of a joint FAO/WHO consultation, Food and Nutrition Paper 61, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Roma, 1996; FAO/WHO, *Safety aspects of genetically modified foods of plant origin*, FAO/WHO consultation 29 May – 2 June 2000, World Health Organization, Ginebra, 2000; OCDE, *Safety evaluation of foods derived by modern biotechnology, Concepts and Principles*, OCDE, Paris, 1993; OCDE, *Report of the task force for the safety of novel foods and feeds*. C(2000)86/ADD1 OCDE, Paris, 2000.

² Entre este grupo de países podemos encontrar a Estados Unidos, Canadá y la Argentina.

³ Entre este otro grupo de países podemos encontrar a los países miembros de la Unión europea, Japón, Australia, Nueva Zelandia, Filipinas, China, India, Tailandia, Vietnam, Indonesia, Ecuador, Brasil, Arabia Saudí, Croacia, Taiwán, Noruega y Corea del Sur, entre otros.

⁴ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), fundada por medio del Tratado de París en 1960.

efectos de producir bienes y servicios”⁵, para más tarde reformular el concepto definiéndolo como “la aplicación de la ciencia y la tecnología a organismos vivos, para alterar materiales vivos o no vivos para la producción de conocimientos, bienes y servicios”⁶.

Aun cuando podríamos considerar, como algunos autores proponen⁷, que el accionar normativo de la OCDE es *soft law*, en el campo clásico del Derecho internacional contamos con recientes definiciones de fuente convencional. Así, encontramos la primera de éstas en el Convenio de Diversidad Biológica de 1992⁸ cuyo artículo 2 define biotecnología como “toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”. En el marco de esta Convención se firmó ocho años después el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología⁹ de 2000, en adelante Protocolo de Cartagena, el cual en su artículo 3 inc. i) del Protocolo establece una definición más precisa, estipulando que biotecnología corresponde a “la aplicación de: a) Técnicas *in vitro* de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos; ó b) La fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional”.

De estas técnicas enunciadas anteriormente pueden resultar productos y servicios biotecnológicos vinculados a cinco aplicaciones genéricas: 1) Exámenes genéticos destinados a la detección y prevención de enfermedades; 2) Producción de órganos en animales susceptibles de ser trasplantados en seres humanos; 3) Clonación de células humanas; 4) Producción de enzimas modificadas genéticamente y 5) Producción de alimentos modificados genéticamente; no obstante, nuestro análisis se circunscribirá al análisis de la regulación internacional vinculada a los organismos y productos destinados a la alimentación y a la correspondiente solución de diferencias que los tengan por objeto, toda vez que éstos vinculan múltiples temas como: la liberalización internacional del comercio, la protección de la propiedad intelectual, la autodeterminación económico-productiva de los pueblos originarios, la protección de la biodiversidad a partir de la adaptación de las especies al medio, la seguridad alimentaria y la ética de la manipulación genética, a partir de la existencia de regulaciones paralelas, cuando no, contradictorias que implican -actualmente- e implicarán -progresivamente- un factor de choque interestatal e interregional en cada uno de estos aspectos.

Al efecto de resaltar la importancia de la temática como objeto de estudio, cabe ponderar la

⁵ OCDE, *Biotechnology: international trends and perspectives*, Paris, 1982. p. 1.

⁶ OCDE, *Policy Brief: Modern Biotechnology and the OCDE*, Paris, 2005.

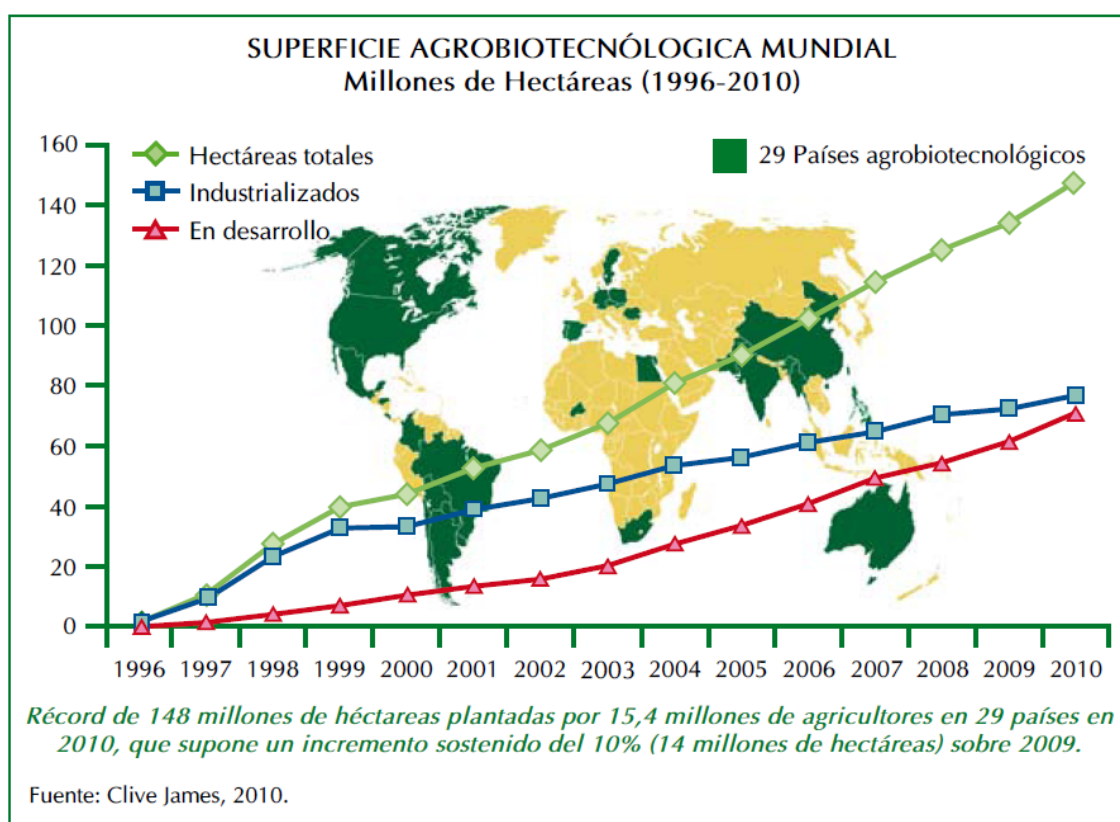
⁷ DUPUY, P. M., “Soft Law and the International Law of the Environment” en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, Año 1991, pp. 420-435, MÓRTH, U., *Soft law in governance and regulation – An interdisciplinary analysis*, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, 2004.

⁸ Firmado en Rio de Janeiro - Brasil, 5 de Junio de 1992.

⁹ Firmado en Montreal - Canadá, 29 de Enero de 2000.

trascendencia económica de la biotecnología dirigida a la producción de agro-alimentos, para lo cual el informe anual ISAAA "International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications" muestra la evolución de esta rama bio-industrial desde sus orígenes hasta la actualidad.

Tal como CLIVE¹⁰ reseña, en 2010 y por décimo quinto año consecutivo, el área global de cultivos transgénicos continuó creciendo a una tasa de crecimiento sostenida de 7%, o 9 millones de hectáreas, alcanzando las 148 millones de hectáreas (...) y actualmente representa el 10% de la cantidad de hectáreas destinadas al cultivo en el mundo (...) Asimismo, el número de países que sembraron cultivos transgénicos aumentó a 29, e incluyó a 19 países en desarrollo y 10 industrializados. Las hectáreas acumuladas desde 1996 hasta 2009 asciende a más de 1000 millones de hectáreas (1097,9 millones), con un incremento sin precedentes de 87 veces entre 1996 y 2010. Estos datos colocan así a la biotecnología como la tecnología agrícola de adopción más rápida en los últimos años. Esta tasa de adopción tan alta por parte de los productores refleja, a criterio de CLIVE, el hecho de que los cultivos transgénicos han brindado importantes beneficios económicos, ambientales, sociales y para la salud, tanto para pequeños como grandes productores de países industriales y en vías de desarrollo.¹¹



¹⁰ CLIVE, J., *Situación Global de los Cultivos Transgénicos/GM comercializados: 2010*, International Service for the Acquisition of agri-biotech applications, 14 ed., Cornell University, Ithaca, 2010.

¹¹ *Ibid.*, pp. 1 y ss.

De la misma forma que el fenómeno de la biotecnología moderna es abordado por el derecho interno de las organizaciones estatales o regionales desde diferentes perspectivas, en algunos casos, pueden observarse estas diferencias a escala internacional. Por lo tanto, encontraremos por un lado enfoques apegados a una “racionalidad científica”¹², representado en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, por otra parte, aproximaciones que descansan en una “racionalidad social”¹³, representado en los acuerdos relativos al medio ambiente o derechos humanos en los cuales se conjugan elementos de diversa índole, como por ejemplo de tipo socio-económico o precautorios.

Esta realidad caracterizada por la multiplicidad de regímenes normativos vinculados a un mismo objeto, tiene por consecuencia la emergencia de controversias complejas y transversales o “ramificadas”¹⁴ a diferentes regímenes internacionales, creando, de igual forma, lo que se ha dado en llamar “regímenes complejos”¹⁵. Dentro de este marco de fraccionamiento legislativo e interdependencia real surge nuestra pregunta de investigación: Cómo resolver las controversias transversales a diferentes regímenes internacionales, en especial, cómo hacerlo en el seno de la Organización Mundial del Comercio, respetando, por una parte, los límites de jurisdicción y derecho aplicable que su orden determina, y por otra, respondiendo integralmente a los desafíos y valores jurídicos que acogen los regímenes paralelos.

Nuestro trabajo se dividirá en dos partes y cada una de éstas contendrá dos secciones. En la primera parte denominada “*La Regulación internacional de la biotecnología*” desarrollaremos con un enfoque descriptivo “A) *Una regulación multifacética*”, aunque desde una perspectiva analítica podremos identificar “B) *Una regulación descoordinada*”.

En la segunda parte denominada “*La Fragmentación del Derecho internacional y la solución de controversias transversales en materia de biotecnología*” abordaremos la cuestión de la fragmentación del Derecho internacional, presentando “A) *Concepciones jurídicas de la fragmentación del Derecho internacional*” en donde analizaremos el debate entre la *unidad y pluralidad orgánica* del Derecho internacional, a partir del surgimiento *casual o causal* de regímenes normativos internacionales *funcionalmente diversos o sustancialmente contradictorios*. Seguidamente, presentaremos “B) *Soluciones a los problemas emergentes de la fragmentación del Derecho internacional*” abarcando tópicos que van desde la *interpretación sistémica* a la *aplicación contextual* del Derecho internacional.

¹² GRANT, I. y KERR, W., “Genetically Modified Organisms at the World Trade Organization: A hardest of trouble” en *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nro 6, Año 2003, p. 1088; BENVENISTI, E. y DOWNS, G., “The Empire’s New Clothes: Political Economy and fragmentation of international Law” en *Stanford Law Review*, Vol. 60, Año 2007, p. 628; POLLACK, M. y SHAFFER, G. *When Cooperation Fails: The International Law and Politics of Genetically Modified Foods*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 129.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ FERNANDEZ PONS, X., *La OMC y El Derecho Internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 118.

¹⁵ RAUSTIALA, K. Y VICTOR, D., “The regime complex for plant genetic resources” en *International Organization*, Vol. 58, Nro. 2, Año 2004, p. 279; POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 130 y ss.

Por último, presentamos nuestra propuesta para la solución de las controversias transversales a diferentes regímenes internacionales en materia de biotecnología, a la cual arribamos después de desentrañar el origen causal de la fragmentación en diversos regímenes internacionales y comprender el modo en que pueden sustentarse los cambios de régimen, a partir del *soft power* que ejercen sus ideas sobre los sistemas paralelos y que cobran sentido jurídico por medio de la utilización del instrumento procesal de la *interpretación evolutiva* de los conceptos normativos aplicables, informados a partir del derecho extra-régimen que es tenido en cuenta a partir de su consideración como un hecho notorio parte del contexto normativo.

Parte I: La regulación internacional de la biotecnología

A) Una regulación multifacética

La regulación internacional de la biotecnología podría ser clasificada, sin lugar a dudas, como multifacética, toda vez que aborda el objeto de análisis desde las más variadas perspectivas.

Concretamente, en el régimen de comercio internacional, identificado con la regulación de la OMC, la biotecnología no recibe un tratamiento especial, sino que al ser considerada como una mercancía más, dentro de la totalidad de productos regulados, es regida por las reglas generales de la organización. Consecuentemente, dadas las características de los productos biotecnológicos, estos pueden verse alcanzados por las disposiciones del Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT) y por último las reglas del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (ADPIC).

Cada uno de estos acuerdos contempla un aspecto especial del comercio de mercancías, como son la justificación científica de las medidas restrictivas del comercio fundada en razones sanitarias¹⁶, la razonabilidad y necesidad de regulaciones técnicas¹⁷, la facilitación

¹⁶ En el ámbito de la OMC, en el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*, (párrafo 8.97), el Grupo Especial estableció que la “evaluación de riesgos” implica un examen científico de datos y estudios fácticos, y no un proceso de política general que implique la formulación de juicios sociales de valor por organismos políticos. En *Japón – Manzanas*, (párrafo 215) el Órgano de Apelación agregó que el análisis de los datos se realiza sobre los testimonios científicos disponibles en el momento que se realiza dicha evaluación, con exclusión de toda información posterior, que pueda haber surgido al momento de interponer una impugnación en contra de la medida nacional, objeto de controversia. Finalmente, en *Australia – Salmón* (párrafo 8.136) el Grupo especial manifiesta que lo importante es el contenido científico y técnico de los informes y estudios que se analizan y no su condición administrativa (es decir si son o no informes y estudios gubernamentales).

¹⁷ En el asunto *Corea - Carne Bovina* (párrafos 161 y ss.), el Órgano de Apelación destacó que la palabra “necesaria” (...) no se limita a lo que es “indispensable”. El Órgano de Apelación añadió lo siguiente: Las medidas que son indispensables o de absoluta necesidad o inevitables para lograr la observancia cumplen sin duda las prescripciones del acuerdo (...) pero otras medidas también pueden quedar comprendidas en el ámbito de esa excepción. La palabra “necesaria”, se refiere, a nuestro juicio, a una variedad de grados de necesidad. En un extremo de este continuo, “necesarias” se entiende como “indispensables”; en el otro extremo, en el sentido de “que contribuyen a”. En el asunto *Comunidades Europeas – Amianto* (párrafo 164) el Órgano de Apelación expresó que una medida es calificada como necesaria, cuando no existe una alternativa que esté razonablemente al alcance de las partes, es decir, cuando el Miembro que ha dispuesto la medida no

de la liberalización del comercio internacional y la codificación de sus excepciones¹⁸, y la protección de los derechos de propiedad intelectual vinculados a las mercancías transables, no obstante, coinciden en un aspecto fundamental, la racionalidad que persiguen manifiesta la vinculación del derecho a la ciencia como herramienta de control de las decisiones internas de las partes contratantes con efectos sobre el comercio. La ciencia encarna el límite a la política. En la ciencia se encontró el consenso mínimo para equilibrar los intereses contrapuestos de las partes contratantes.

En el régimen medioambiental, la biotecnología es abordada con especial y mayor precisión. Desde la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992 cuando se firmó la Convención para la Protección de la Diversidad Biológica (CDB), la biotecnología se convirtió en un objeto de regulación. En aquel momento se la definió conceptualmente y se hicieron notar las posibles implicaciones que su utilización podía inferir sobre la diversidad biológica local o global¹⁹. Fue así como pocos años después se iniciaron las negociaciones para la firma de un protocolo especial destinado a la regulación de los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados.

Así las cosas, en el año 2000 se firma en Montreal el denominado Protocolo de Cartagena destinado principalmente a reglamentar el movimiento de los productos biotecnológicos con la mirada puesta en la protección de la diversidad biológica, aunque no han faltado voces que lo definen como un tratado comercial disfrazado de acuerdo ambiental²⁰. El protocolo de Cartagena introducirá una visión que romperá la estructura clásica que se sostiene en la OMC al momento de definir el rol de la ciencia como rectora de las políticas públicas, toda vez que adoptará por una parte una versión amplísima del llamado "principio" de precaución, extendiendo los márgenes discrecionales de las partes contratantes, dado que, por una parte, no existen términos perentorios para la contestación de los países importadores de organismos vivos modificados genéticamente, se considera al silencio como negativa a la autorización de importación, no se definen con precisión los elementos que debe aportar el exportador cuando solicita una autorización de movimiento transfronterizo, y por otra, incorporando consideraciones económico-sociales a las tradicionales consideraciones

tenía razonablemente a su alcance otra medida compatible con el Acuerdo General, o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, para alcanzar sus objetivos de política sanitaria. En el asunto *Brasil - Neumáticos Recauchutados* (párrafo 210) el Órgano de Apelación agrega que para poder calificar una medida como necesaria no es preciso que su contribución al logro del objetivo debe ser importante, no meramente marginal ni insignificante.

¹⁸ En el Asunto *Estados Unidos - Camarones*, Apelación, (párrafo 150) se estableció que una medida adoptada en el marco del artículo XX del GATT "se debe aplicar razonablemente, con el respeto debido a las obligaciones de la parte que aplica la excepción y a los derechos de las demás partes involucradas." El Órgano de Apelación explicó que en virtud de los principios generales del derecho y del Derecho internacional, el recurso a la aplicación del artículo XX debe ser ejercido "razonablemente". De esta manera, el Órgano de Apelación elabora una doctrina relativa a los derechos reconocidos por la Organización Mundial del Comercio a sus miembros, toda vez que establece que la invocación abusiva de las excepciones del artículo XX del GATT "torna nulos o vacíos a los derechos sustantivos reconocidos por el tratado.

¹⁹ El artículo 19 de la CDB resalta que las Partes Contratantes deberán suministrarse entre sí, al momento de intercambiar material genético, todo tipo de información relativa al uso y la seguridad requerida para la manipulación de dichos organismos vivos modificados, así como toda información disponible sobre los posibles efectos adversos de los organismos específicos de que se trate.

²⁰ HOBBS, A.L.; HOBBS, J.E.; KERR, W.A.; "The Biosafety Protocol: Multilateral Agreement on Protecting the Environment or Protectionist Club?" en *Journal of World Trade*; Vol. 39, Nro. 2, Año 2005, p. 284.

científicas que regulan las excepciones al comercio de productos que pueden tener alguna consecuencia sobre la vida o la salud de las personas, de los animales, de los vegetales o del medio ambiente en general.

En tercer lugar, cuando si analizamos el régimen de Derecho internacional de los Derechos Humanos, descubrimos que tampoco existe una regulación específica de las cuestiones relativas a la biotecnología, pero si encontramos regladas una serie de cuestiones que se vinculan directamente con estos temas. Nos referimos en primer lugar a los derechos colectivos de los pueblos originarios a la utilización de sus recursos naturales, bióticos y abióticos que se encuentran en las tierras que ocuparon tradicionalmente²¹, como también al derecho a la participación en la toma de decisiones sobre las cuestiones que involucran estos recursos²², y en segundo término, al reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual que estos pueblos indígenas o comunidades campesinas locales mantienen sobre los conocimientos tradicionales que desarrollaron grupalmente a través de generaciones sobre las propiedades y combinaciones posibles de los recursos naturales antes mencionados²³.

Por otra parte, dentro del campo de los Derechos Humanos, podemos mencionar el desarrollo teórico que últimamente se ha dado al "Derecho a la alimentación"²⁴ y su vinculación a la biotecnología como una herramienta de doble filo, toda vez que dadas las características del fenómeno tecnológico puede contribuir a su realización efectiva, como también puede retrasar su desarrollo por medio de la exacerbación de los derechos de propiedad intelectual que dificultan el acceso a los pequeños productores y/o comunidades locales a las semillas mejoradas por estar sometidas al pago de regalías a las compañías multinacionales propietarias de los derechos sobre las modificaciones genéticas de las cuales han sido objeto los organismos tradicionales, aun cuando la mayoría de los recursos genéticos se localizan en países en vías de desarrollo y las compañías biotecnológicas en países desarrollados²⁵.

Un amplio espectro de normas que conforman los diferentes regímenes internacionales

²¹ Cfme. artículos 13.1, 14.1 y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; artículo 8 del CDB; artículo 9 del ITPGRs

²² Cfme. Artículos 6.1 (a) y (b), 7.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; artículo 15 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible de la UNESCO.

²³ Cfme. artículo 8, j) del CDB y artículo 9.2 del ITPGRs, artículo 2.2 d) de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible de la UNESCO

²⁴ En el año 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas designa a Jean ZIEGLER como relator para la realización de un estudio anual, en el seno de la Comisión de Derechos Humanos, que permita desentrañar, tanto cuestiones básicas, la definición del "derecho a la alimentación", como cuestiones de agenda, la identificación de las principales causas del problema y posibles alternativas de solución al flagelo.

²⁵ ULLRICH, H., *Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics?* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T. *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, p. 203, OGUAMANAM, C., *International Law and Indigenous Knowledge, Intellectual Property, Plant Biodiversity and Traditional Medicine*, University of Toronto Press, Toronto, Canada, 2006, p. 40, MCMANIS, C., *Biodiversity, Biotechnology and the Protection of Traditional Knowledge: Law, Science and Practice* en MC MANIS, C., (Coord) *Biodiversity and the Law*, Earthscan, Londres, 2007, p 1; SHIM, Y., "Intellectual Property Protection of Biotechnology and Sustainable Development in International Law" en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 29, Nro. 2, Año 2003, p. 218.

tienen por finalidad regular nuestro objeto de estudio, no obstante, a nuestro entender, este abordaje normativo-formalista se formula de una manera estanca, desvinculada de los efectos emergentes de los regímenes paralelos. No obstante, la realidad opera de un modo diverso y las relaciones jurídicas ordinarias siempre terminan por vincular una cuestión particular a los problemas del contexto. Si pretendemos dar una respuesta integral al problema se torna necesaria, al menos, una prudente doble lectura, una reinterpretación y, eventualmente, una revisión general de las normas, dado que en materia de biotecnología, concretamente, encontramos al analizar los diferentes regímenes normativos, una serie de inconsistencias que hacen patente la falta de coordinación que predicamos.

B) Una regulación descoordinada

Del estudio de los regímenes anteriores, nuestra investigación presenta tres ejes de conflicto o tres esferas de descoordinación inter-régimen que caracterizarán las controversias transversales en materia de biotecnología. En un primer momento identificamos como inconsistencia la cuestión relativa a la *propiedad de los recursos genéticos*. En segundo término, la descoordinación versará sobre los conceptos involucrados en torno al proceso de toma de decisiones en materia de biotecnología y descansa en las diferentes visiones sobre la *precaución o cautela*. Por último, trataremos la cuestión de la logística de comercialización de los productos biotecnológicos, en especial, el tema del *etiquetado* de los organismos genéticamente modificados.

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

El primero de los focos de descoordinación que abordamos tiene dos objetos de estudio y un eje de análisis. Analizamos la propiedad de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales de los pueblos originarios a través de la variable vinculada a la protección de la propiedad intelectual y su aplicación a los objetos referidos.

La importancia de estos temas nace del hecho que como consecuencia de la fragmentación del Derecho internacional observamos que todos los regímenes enunciados: el régimen de la OMC, el Convenio internacional para la protección de nuevas variedades vegetales (UPOV), el régimen de Derecho internacional del medio ambiente y en particular la Convención de diversidad biológica y sus protocolos, y el régimen de Derechos Humanos, dentro del cual podemos incorporar la normativa emergente de la OIT y la UNESCO, y los propios principios generales de la Organización de Naciones Unidas consagrados en la Carta, regulan de manera estanca las relaciones de las comunidades originarias con las tierras que ocupan, los recursos que en ellas se encuentran, los conocimientos prácticos que tienen sobre estos recursos y el valor cultural y comunitario que representan, tanto los recursos como los conocimientos que generación tras generación han desarrollado sobre

estos.

A pesar que la civilización occidental busca dar al Derecho internacional un perfil propio a su tradición y expectativas, y dentro de tales parámetros presenta un discurso “políticamente correcto” en cuanto a los derechos de las minorías²⁶, sean estos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales, la realidad también prueba de forma incontestable que al momento de diseñar estructuras, normas, principios y procedimientos con efectos económicos, los derechos de las minorías quedan a la espera de mejores instancias para ser incluidos en el diseño institucional y normativo internacional.

Lo antes dicho da lugar a la reflexión de parte de la doctrina que manifiesta la necesidad de formular cambios en el sistema normativo que regula la propiedad intelectual para dar protección a los intereses de todos los actores que intervienen en el fenómeno biotecnológico, incluyendo también a las comunidades originarias y al campesinado. Este cambio es propicio a fin de permitir la explotación plena del potencial que contiene la biotecnología,²⁷ dado que el sistema de protección actual encuentra marcados límites en criterios como:

a) la “novedad” del conocimiento²⁸, lo cual es considerado por parte de la doctrina como imposible o irreal,²⁹ dado que no existe forma aparente de justificar la novedad³⁰ de un conocimiento que es fruto de generaciones y generaciones pasadas de un pueblo que han ido desarrollando, aplicando y transmitiendo este conocimiento por medio del folclore³¹. De esta forma, el conocimiento tradicional es considerado por algunos como un conocimiento de dominio público por el paso del tiempo, por lo que se encontraría expresamente excluido de la protección del TRIPs³².

b) el carácter “colectivo” de la titularidad de los derechos³³, toda vez que los recursos naturales y los conocimientos tradicionales sobre éstos, son fruto del saber intergeneracional transmitido a través del folclore, conforman de un modo inescindible la identidad

²⁶ Cabe recordar que los pueblos indígenas pueden ser considerados por sus características particulares, como “minorías” dentro de los Estados y recibir la protección que les ha sido asegurada por el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 el cual interpretado a la luz de los artículos 1.2 del mismo Pacto y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 resulta en la protección del medio ambiente como condición previa para el ejercicio integral de los derechos. Ver BARSH, R., “Indigenous People: An Emerging object of International Law”, en *American Journal of International Law*, Vol. 80, Año 1986, p. 370; HAUGEN, H., “Traditional Knowledge and Human Rights” en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 8, Nro. 5, Año 2005, p. 673.

²⁷ GOMEZ LOZANO, M., *Biotecnología, Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales* en CAZORLA GONZALEZ, M. y HERRERA CAMPOS, R., (editores), *Aspectos legales de la Agricultura Transgénica*, Universidad de Almería, Almería, 2004., p. 123.

²⁸ Entendiendo por tal que la invención no se encuentre a disposición del público antes de su patentamiento, Ver GOMEZ LOZANO, M. *op. cit.*, p. 131.

²⁹ FABRONI, M. y LENZERINI, F., Indigenous Peoples' Rights, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge: The case of the Sataré-Mawé People en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 350.

³⁰ LEWINSKY, S., *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, Kluwer Law International, La Haya, 2004, p. 164.

³¹ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela*, Universidad Autónoma de Madrid, cortesía de la autora, p. 194.

³² KURUK, P., “Bridging the Gap between Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: Is Reciprocity an Answer?”, en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 7, Nro. 3, Año 2004, p. 435.

³³ TEJERA, V., “Tripping over Property Rights: It is possible to reconcile the Convention on Biological Diversity with article 27 of the Trips agreements?” en *New England Law Review*, Vol 33, Nro. 4, Año 1999, p 969. El problema es que mientras el TRIPs reconoce solo los derechos individuales de propiedad intelectual, la CDB reconoce los derechos de las comunidades aborígenes a preservar sus conocimientos y sus recursos.

misma del pueblo. Los conocimientos tradicionales se califican como un fenómeno de creación colectiva, lo que algunos han dado en llamar propiedad industrial de carácter colectivo³⁴. Esta estructura cultural, para la mayoría, es totalmente incompatible a las formas de propiedad sobre las cuales se asienta el sistema internacional de protección de la propiedad intelectual, en cambio para otros no configura un fuerte argumento que permita excluirlos de la protección legal³⁵ y en todo caso, se presentará como un fenómeno novedoso dentro del régimen de Propiedad Intelectual³⁶.

c) la "temporalidad" de la protección, asunto en el cual la doctrina se divide entre quienes sostienen la necesidad de protección ilimitada³⁷ y los términos legales que establecen 20 años de exclusividad, y

d) la prueba del "consentimiento fundado previo" como requisito para la registración de las modificaciones genéticas a recursos de origen desconocido. Sobre esta cuestión, la doctrina y la propia actividad de las organizaciones internacionales se van alineando detrás del argumento que sostiene la necesidad de dar coherencia a los tratados de protección de la propiedad intelectual e incluir en ellos la obligación de manifestar el origen de los recursos genéticos y la utilización de conocimientos tradicionales, tanto para su descubrimiento, como para la formulación de investigaciones posteriores³⁸.

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

A nuestro entender, el segundo punto de descoordinación se encastra dentro del proceso de toma de decisiones vinculado a la "elección del nivel de riesgo aceptable"³⁹; la "evaluación

³⁴ GOMEZ LOZANO, M., *op. cit.*, p. 132; CAILLAUX ZAZZALI, J., "Propiedad intelectual, diversidad biológica y conocimientos tradicionales. Una visión desde los Andes y la Amazonia" en AZTUDILLO GÓMEZ, F., *Biotecnología y Derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 125-126; FABRONI, M. y LENZERINI, F. *op. cit.*, 351; OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 158; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela*, *op. cit.*, pp. 191 y 202; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Lección sobre los derechos de los pueblos indígenas en el orden internacional*, presentada el 22 de noviembre 2000 en la oposición a titular en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid, Cortesía de la autora, pp. 230 y 256.

³⁵ ABBOTT, F., COTTIER, T. y GURRY, F., *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, Vol. 1, pp. 6-7; OGUAMANAM, C., *International Law... op. cit.*, p. 159; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela... op. cit.* p. 201; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Lección sobre los derechos de los pueblos indígenas... op. cit.*, p. 254

³⁶ COTTIER, T. y PANIZZON, M., *Legal perspectives on traditional knowledge: The case for intellectual property protection*, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Nro. 2, Año 2004, p. 388.

³⁷ FABRONI, M. y LENZERINI, F., *op. cit.*, p. 351.

³⁸ KURUK, P., *op. cit.*, p. 439; HAUGEN, H., "Traditional Knowledge and Human Rights..." *op. cit.*, p. 667; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Nota de la Secretaría, IP/C/W/368/Rev.1, 8 de febrero de 2006, pp. 10 y ss - 32 y ss.; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, Protección de los Conocimientos Tradicionales y el Folclore – Resumen de las Cuestiones Planteadas y de las Observaciones Formuladas, Nota de la Secretaría, IP/C/W/370/Rev.1, 9 de marzo de 2006, p. 15; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, La Protección de los Conocimientos Tradicionales: Revisión de Objetivos y Principios, Documento preparado por la Secretaría, 3 a 7 de mayo de 2010, pp. 8 y ss.

³⁹ Es la determinación soberana del nivel de protección que un sujeto de Derecho internacional pretende dar a las personas, animales, y vegetales en su territorio. Ver CORTI VARELA, J., *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales – Derecho de la Unión Europea y de la Organización Mundial del Comercio*, Reus, Madrid, 2010, p. 240. En el caso de la OMC, en el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* (párrafo 8.167) el Grupo Especial determinó que es un acto soberano y en el asunto *Australia – Salmón* (párrafo 8.105) el Grupo especial agregó que esta

del riesgo⁴⁰, la “gestión del riesgo”⁴¹; y la “revisión de las medidas”⁴².

La regulación del “proceso de toma de decisiones” relativa a la inocuidad de los alimentos y/o productos biotecnológicos es una actividad contemplada por múltiples tratados internacionales y directivas o guías de conductas de diferentes organizaciones internacionales. En general, aunque no en todos los casos, respetan el esquema secuencial descrito anteriormente, los regímenes internacionales oportunamente enunciados difieren en torno a la naturaleza y contenido de la precaución o cautela como elemento constitutivo o constituyente del proceso.

Tal como ya manifestamos, la *precaución* o *cautela* parece constituir el eje nodal sobre el cual giran la mayoría de los desacuerdos en materia de biotecnología; su naturaleza, contenido, aplicabilidad y oportunidad, son aspectos a resolver, pendientes de la cooperación internacional. Sustancialmente, el debate conceptual busca determinar desde posiciones más categóricas, si la precaución o cautela es un principio de Derecho internacional⁴³ o bien una costumbre internacional⁴⁴ y desde posiciones menos pretenciosas, aunque no menos categóricas, se la describe como un principio interpretativo de “*soft law*”⁴⁵, o un instrumento para formular políticas públicas, creado para responder combinadamente a catástrofes o situaciones de incertidumbre,⁴⁶ o sólo como una aproximación o enfoque

determinación puede ser implícita o explícita, pues se observa que el acuerdo SPS no contiene ninguna disposición que imponga expresamente una obligación a los Miembros de la OMC de identificar o cuantificar ese nivel.

⁴⁰ Es el procedimiento por el cual se calculan, cuantitativa y cualitativamente, los riesgos -probabilidad de que un peligro se actualice en un concreto daño-, que presentan los peligros -capacidad que tiene una actividad de provocar un daño-inherentes a determinados procesos, sustancias y situaciones” siendo su objetivo último “fijar la probabilidad de que el peligro se convierta en daño para los seres humanos y el medio ambiente dadas ciertas circunstancias” Ver, BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Instituciones del Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 151 y ss. y AGUILAR, S. y JORDAN, A., “Principio de precaución, políticas públicas y riesgo” en *Política y Sociedad*, Vol. 40, Nro. 3, Año 2003, p. 68. Ver nota 16.

⁴¹ Es la elección de la medida con la cual se hará frente a los riesgos identificados y valorados en la evaluación, todo ello para alcanzar el nivel de protección elegido. Ver CORTI VARELA, J., *op. cit.*, p. 246.

⁴² Es el proceso periódico de control de las medidas aplicadas en comparación a las nuevas evaluaciones de riesgo que puedan existir o a la reformulación de los niveles de protección.

⁴³ DI BENEDETTO, S., “La funzione interpretativa del Principio di Precauzione in Diritto Internazionale” en *Rivista del Commercio Internazionale*, Año 2006, p. 352. TROUWBORST, A., *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague/London/New York, 2002; HOHMANN, H., *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, London/Dordrecht/Boston, 1994. TROUCHE, A., “Le principe de Précaution, entre unité et diversité: Étude comparative des systèmes communautaire et Organisation Mondiale du Commerce” en *Cahiers de Droit Européen*, Bruxelles, 2008 Nro. 3.4, p. 286.

⁴⁴ BROWN, S. y DAUD H., “Application of the ‘Precautionary Principle’ in the 2000 Biosafety Protocol to the 1992 Convention on Biological Diversity” en *Journal of International Biotechnology Law*, Vol. 2, Año 2005-I, p. 116; MARR, S., “The southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources” en *European Journal of International Law*, Vol. 11, Nro 4, Año 2000, p. 827; BRUNNÉE, J., “The United States and International Environmental Law: Living with an elephant” en *European Journal of International Law*, Vol. 15, Nro. 4, Año 2004, p. 11; CAMERON, V.J., *The Status of the Precautionary Principle in International Law*, en O’RIORDAN, T. y CAMERON, J., (editores), *Interpreting the Precautionary Principle*, London, 1994 p. 270 ss; FREESTONE, D., *International Fisheries Law since Rio: the Continued Rise of the Precautionary Principle*, en BOYLE, A.E. y FREESTONE, D., *International Law and Sustainable Development*, Oxford 1999, p. 135-164; TROUWBORST, A., *op. cit.*, WARWICK, G. “Environmental Protection and Precautionary Principle: A response to scientific uncertainty in Environmental management” en *Environmental and Planning Law Journal*, Año 1997, Vol. 14, p. 52., STEWAR, T. y JOHANSON, D., “Anexus of trade and the environment: the relationship between the Cartagena Protocol on Biosafety and the agreement on the application of sanitary and Phitosanitary Measures of the WTO” en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 25, Nro. 1, Año 2003, p. 40, SEIN, A. y MAHMUD, N., “The WTO rules versus Multilateral Environmental Agreements: The Search for reconciliation” en *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, Vol 57, Nro. 5, Año 2008, p. 69, CHRISTOFOROU, T., *The Precautionary Principle in EC Law and Science* en TICKNER, J. (editor.), *Environmental Science and Preventive Public Policy*, Island Press, 2003, Capítulo 16.

⁴⁵ MARTIN-BIDOU P., “Le Principe de Précaution en Droit international de l’environnement” en *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 103, Nro. 3, Año 1999, p. 658.

⁴⁶ BOISSON DE CHAZOURNES, L., *The Precautionary Principle*, en Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Precaution: From Rio to Johannesburg*, Proceedings of a Geneva Environment Network Roundtable, Ginebra,

jurídico-político⁴⁷. Sea como fuere, este abanico de sugerencias doctrinales parece denotar una construcción conceptual en estado embrionario⁴⁸, es decir, emergente y todavía no consolidado⁴⁹. Por lo tanto, es posible afirmar que no habiendo podido la doctrina identificar o, más precisamente, consensuar la naturaleza jurídica de este instrumento, se crean las condiciones para que los sujetos de Derecho internacional interesados en la consolidación de un contenido preciso, continúen fortaleciendo una dirección mediante la interacción en la arena internacional.

Por otra parte, y como consecuencia de lo expresado en el párrafo anterior, las medidas de precaución son cuestionadas por su poca claridad y previsibilidad⁵⁰. Esto se manifiesta en el enfrentamiento que existe entre aquellas posiciones ambientalistas que consideran que la precaución constituye la base de la acción legal para hacer frente a la actividad humana cuando sea probable la producción de efectos negativos sobre la naturaleza, y aquellas otras posiciones opuestas que afirman que el principio limita la actividad humana⁵¹ o crea una nueva cortina de humo para el proteccionismo agrícola⁵².

Asimismo, podemos observar que la OMC, con anterioridad a la Corte Internacional de Justicia⁵³, calificó la precaución o cautela como “aproximación” o “enfoque” rechazando en primera instancia definirla como un principio o costumbre internacional; aunque tampoco podemos dejar de resaltar que, a nuestro modo de ver, nos encontramos frente a un proceso lo suficientemente dinámico como para descartar un cambio jurisprudencial. Esta dinámica es clara cuando comparamos lo expuesto en el informe del asunto *Comunidades Europeas*

2002, p. 10.

⁴⁷ WARD, H., “Introduction and Overview” en *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944)*, Vol. 76, Nro. 2 (Special Biodiversity Issue) Año 2000, p. 220; GÜNDLING, V.L. “The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action” en *International Journal Estuarine and Coastal Law*, Vol. 5, Año 1990, pp. 23-30; BODANSKY, D., “New Developments in International Environmental Law: Remarks by Daniel Bodansky”, en *Proceedings of the American Society of International Law*, 1991, pp. 413-417, AGUILAR, S. y JORDAN, A., op. cit., p. 78; SHAW, S. y SCHWARTZ, R., *Precaución Comercial: El principio de Precaución y la Organización Mundial del Comercio*, Informe UNU-IAS (United Nations University - Institute of Advance Studies), Yokohama, Japón, 2005, p. 6.

⁴⁸ DUPUY, P.M., *Le principe de précaution, règle émergente du droit international général*, en LEBEN C. y VERHOEVEN, J., *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002 pp. 95-111.

⁴⁹ JIMENEZ DE PARGA y MASEDA, P., “Análisis del Principio de Precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea” en *Política y Sociedad*, Vol. 40, Nro. 3, Año 2003, p. 16, SHAW, S. y SCHWARTZ, R., op. cit., p. 5.

⁵⁰ MARR, S., op. cit., p. 816.

⁵¹ *Ibid*, p. 820.

⁵² SMITH, F. “Multifunctionality and non-trade concerns in the agriculture negotiations” en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3 Nro. 4, Año 2000, p. 707; AGUILAR, S. y JORDAN, A., op. cit., 78; ADLER, J.H., “The Cartagena Protocol and Biological Diversity: Biosafe or Bio Sorry?” en *Georgetown International Environmental Law Review*, Spring 2000, Vol. 12, Nro. 3, p. 770; KATZ, D., “The Mismatch between the Biosafety protocol and the Precautionary Principle” en *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 13, Nro. 4, Año 2001, p. 956; SAIGO, H., “Agricultural Biotechnology and the Negotiation of Biosafety Protocol” en *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 12, Nro. 3 Año 2000, p. 781; HOBBS, A.L.; HOBBS, J.E.; KERR, W.A., op. cit., p. 294, MC NELIS, N., “EU communication on the precautionary principle” en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Nro. 3, Año 2000, p. 545.

⁵³ La propia Corte Internacional de Justicia en el asunto “Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay” prefirió no calificar a la precaución como un “principio” sino que sólo se refirió a ésta utilizando el término “aproximación”, para decir además que no existe convención alguna que establezca que a partir de ésta perspectiva se pueda inducir la reversión de la carga de la prueba. Esta omisión es resaltada en el voto particular del juez Cançado Trinidad quien manifestó no comprender por qué la Corte dejó pasar una oportunidad única para reconocer y afirmar la existencia del principio de precaución esencial para el Derecho Ambiental y que ayudaría a la consolidación del Derecho Internacional contemporáneo Ver Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, párrafo 164 y Opinión Separada del Juez Cançado Trinidad en Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, párrafo 113.

– *Hormonas*, donde el Órgano de Apelación fue totalmente categórico en denominar a la cautela o precaución, como un “enfoque”⁵⁴, y lo resuelto en el asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, donde el Grupo Especial optó por no valorar la naturaleza jurídica de la precaución o cautela, afirmando que es un concepto en proceso de cristalización, es decir, el Grupo Especial, aun pudiendo mantener la categorización anterior del Órgano de Apelación, optó por el silencio, poniendo de manifiesto que el estado del arte ha cambiado lo suficiente como para sostener la afirmación del Órgano de Apelación en su momento, pero no tanto, como para arriesgar una nueva definición.

No obstante, aun cuando puedan pronosticarse cambios, la situación actual muestra una OMC que interpreta y aplica de manera restrictiva a la precaución o cautela, dándole lugar, sólo cuando sea aplicable el artículo 5.7 del acuerdo MSF, es decir cuando existe un estado de incertidumbre por insuficiencia de pruebas científicas, concepto que debe distinguirse de la incertidumbre científica, que se materializa por la existencia de opiniones científicas divergentes o minoritarias. Esto demuestra el apego extremo de la OMC a la evaluación científica de riesgos, lo cual es visto por parte de la doctrina como una actitud no estimulante el nacimiento del principio de precaución, pues el imperativo de la evaluación del riesgo no disminuye por la presencia de incertidumbre científica, por lo que los riesgos alegados por una de las partes debe ser fundado en una evaluación de riesgos. Una medida de precaución fundada en un riesgo no probado científicamente será incompatible con el acuerdo MSF⁵⁵

En el caso de que existan opiniones científicas minoritarias, éstas deberán estar apoyadas en las pruebas científicas que serán analizadas en el proceso de evaluación de riesgos y esto permitiría justificar un medida fitosanitaria, pero sólo en el caso que no sea posible la realización de una evaluación del riesgo, por no contar con pruebas para analizar y evaluar, se permitirá la aplicación de un medidas de precaución o cautela. Como predica NGO “El artículo 5.7 del acuerdo MSF es una forma minimalista de tomar en consideración el principio de precaución, dadas las cuatro condiciones acumulativas que impone el artículo”⁵⁶

El problema evidente resulta cuando observamos la interpretación de la precaución o cautela en el seno de los tratados medioambientales, donde se ha optado por una interpretación y aplicación amplia del concepto que analizamos. Por una parte, la CDB hace mención a la “falta de pruebas inequívocas” situándonos en un contexto en el que pueden existir dudas o posiciones no unánimes, o para ser más precisos, se da un contexto de

⁵⁴ Asunto *Comunidades Europeas – Hormonas* (Apelación) Punto VI.

⁵⁵ TROUCHE, A. *op. cit.*, p. 303.

⁵⁶ NGO, M., “La conciliation entre les impératifs de sécurité alimentaire et la liberté de commerce dans l'accord SPS” en *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 21, Nro. 1, Año 2007, p. 38. Las cuatro condiciones acumulativas son: a) que la medida se imponga con respecto a una situación en la que “los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”; b) que la medida se adopte “sobre la base de la información pertinente de que se disponga”; c) que el Miembro que adopte la medida “trate de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”; y d) que el Miembro que adopte la medida “revise en consecuencia la medida (...) en un plazo razonable”.

“pruebas equívocas” o como manifestamos en párrafos anteriores “incertidumbre científica” en cuanto a los efectos adversos; en cambio, el Protocolo de Cartagena, permite la aplicación del principio de precaución en un contexto aún más amplio que el citado, justificando medidas amparadas en la precaución o cautela por “falta de información” o “conocimientos científicos pertinentes” lo cual crea dos situaciones bien diferentes: 1) que la información científica exista y quien toma la decisión la desconoce y 2) que la información científica no exista. Reiterando lo manifestado precedentemente, la precaución o cautela es llevada al máximo extremo de interpretación y aplicación, lo que hace colisionar necesariamente las normas medioambientales con las de comercio internacional.

Para PAVONI, el Protocolo de Cartagena y la legislación comunitaria europea, como antecedente, demuestran la evolución de la precaución desde ser considerada un principio puramente interpretativo, a ser un principio normativo, pues ha sido operacionalizado a través del régimen medioambiental consagrando derechos y obligaciones⁵⁷. Esta aproximación de los tratados medioambientales responde a una cultura más europeísta⁵⁸ y esto queda de manifiesto al conocer el modo de interpretar y aplicar la precaución o cautela en el espacio comunitario europeo⁵⁹.

En este sentido de la argumentación, cabe resaltar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado que el Protocolo de Cartagena adopta (...) la versión “permisiva” de este principio, típica de los acuerdos sobre la protección del medio ambiente, en lugar de la versión “restrictiva”, que se encuentra en algunos acuerdos comerciales y en particular en el artículo 5, apartado 7, del acuerdo MFS. Esta última disposición tiene por objeto limitar las condiciones en las que un miembro puede recurrir al principio de cautela para restringir la importación de productos⁶⁰.

A nuestro entender, estas últimas manifestaciones adjetivas de “permisiva” y “restrictiva” para calificar los enfoques del Protocolo de Cartagena y de la OMC, son suficientes para asegurar que estos tratados divergen en este punto, lo cual puede implicar en la práctica una descoordinación importante al momento que una Parte Contratante de ambos tratados

⁵⁷ PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology: consolidation and Strains in the emerging International Legal Regimes* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 44

⁵⁸ PAVONI manifiesta en este sentido que la legislación de Unión Europea, claramente refleja una lógica de la precaución. Ver PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 42.

⁵⁹ La prueba contundente de la afirmación anterior la encontramos en el Dictamen 2/00 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el cual se expresó “tal como resulta de su génesis, de su finalidad y de sus disposiciones, el Protocolo es un acuerdo multilateral en el ámbito del medio ambiente que se basa en el principio de cautela (artículo 1 del Protocolo). Su finalidad medioambiental, claramente subrayada por su preámbulo, se debe en gran parte a la iniciativa de la Comunidad y de sus Estados Miembros, puesto que durante las negociaciones la Comisión -al igual que todos los Estados Miembros- hizo constantemente hincapié en este objetivo. El Tribunal continúa diciendo: dos elementos en concreto ponen de manifiesto la importancia del Protocolo para la protección del medio ambiente. Por una parte, reconoce expresamente, quizá por primera vez en un acuerdo internacional, la necesidad de una regulación específica de los Organismos Vivos Modificados, y admite que estos productos, por razones de protección del medio ambiente, no se pueden tratar como cualquier otro producto. Por otra parte, el Protocolo aplica de manera muy concreta el principio de cautela, uno de los principios básicos de la política comunitaria en el ámbito del medio ambiente, con el fin de determinar el alcance exacto de las obligaciones de los países importadores.

⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Dictamen 2/00 sobre el Protocolo de Cartagena relativo al Convenio sobre Biodiversidad, de 6 de diciembre de 2001, Rec. p. I-9713.

opte por una medida que sea incompatible a ambos acuerdos internacionales. Tal como lo manifiesta PAVONI, “la característica del Protocolo de Cartagena en relación al principio de precaución, es que las Partes Contratantes pueden tomar medidas restrictivas del comercio, aun cuando estas medidas sean potencialmente inconsistentes con las normas de la OMC”⁶¹. En igual sentido se expresa REDWELL quien sostiene que la flexibilidad de las reglas bajo el Protocolo de Cartagena sugiere que éste representa un tratado basado en el unilateralismo ambiental y es un prototipo de mínima armonización legislativa entre las Partes Contratantes⁶².

En síntesis, consideramos que, por un lado, el mayor problema que enfrenta la definición de la *precaución* o *cautela* radica en la cantidad de materias que lo abordan y explican parcialmente, aunque con la convicción de hacerlo globalmente, situación que contribuye a generar una imagen de vaguedad y ambigüedad⁶³ conceptual que a su vez se constituye en una de las principales dificultades para la construcción de un marco definido⁶⁴. En segundo término, podemos concluir que todos los sujetos y actores interesados en el desarrollo conceptual de la precaución o cautela son conscientes del período embrionario por el que atraviesa, y en consecuencia, persiguen tenazmente darle la impronta más conveniente a los intereses que defienden. Por lo tanto, el resultado normativo estará determinado por el peso relativo que los sujetos y actores intervinientes impriman al proceso.

Foco de descoordinación Nro. 3: El etiquetado

El último punto de descoordinación se vincula a la cuestión del etiquetado de los productos biotecnológicos. Quizás despierte dudas la importancia en este tema y llegue a parecer una cuestión menor, no obstante, el etiquetado representa mucho más que una forma de individualizar un producto dentro del mercado. Implica la materialización de una racionalidad en el modo de legislar tanto en el ámbito interno, como en el espacio internacional, de acuerdo al rol que se le asigna a la ciencia en la sociedad.

La primera divergencia es posible encontrarla en torno a *la naturaleza* de los OGM. En efecto, algunos Estados utilizan criterios de “*familiaridad*” o “*equivalencia sustancial*” para comparar a los OGM con los organismos y/o productos tradicionales paralelos, estimando que sólo será necesario etiquetar los organismos o productos en la medida que estos sean significativamente diferentes de los tradicionales, pues sólo si se actualiza esta situación se le brinda al consumidor información relevante. La información debe ser simple, importante y

⁶¹ PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 42.

⁶² REDWELL, C., *Biotechnology, Biodiversity and Sustainable Development: conflict or Congruence?* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law... op. cit.*, p. 70.

⁶³ DI BENEDETTO, S., *op. cit.*, p. 323.

⁶⁴ WARWICK, G., *op. cit.*, p. 438.

consistente, no generando en el consumidor una alarma innecesaria⁶⁵. Los partidarios de esta postura se inclinan por una identidad reglamentaria derogable sólo con pruebas científicas contrarias, cuya producción debe ser asumida por aquellos que deseen impedir el uso de productos y organismos modificados genéticamente⁶⁶. En cambio, otros Estados los consideran “*nuevos alimentos*” para los cuales los criterios recién citados no constituyen una prueba de su homogeneidad y mucho menos de su inocuidad con relación a los paralelos tradicionales.

La categoría anterior se relaciona con la visión acerca de si los OGM deber ser evaluados por su composición como *productos* o por el *proceso* mediante el cual fueron obtenidos. Los promotores de la primera idea sostienen que éstos deben ser considerados por su composición físico-química, propiedad nutricional y seguridad, sin importar el proceso por medio del cual se logró este resultado; sin embargo, entre los segundos encontramos el argumento que sostiene que el proceso es una de las características fundamentales de un producto, del cual el consumidor puede tener algún tipo de oposición⁶⁷.

Asimismo, y siempre anclados en las categorías anteriores, encontraremos sistemas de *etiquetado voluntario*, que dejan en manos del productor la elección de identificar el organismo o producto. Algunos autores sugieren que este método puede aumentar la credibilidad en la industria y la aceptación por parte de los consumidores⁶⁸, facilitando una comunicación entre ambos extremos⁶⁹. Asimismo, otros expresan que el etiquetado voluntario permite que los consumidores que están dispuestos a pagar más por alimentos libre de OGM lo puedan hacer sin perjudicar a otros consumidores que no están dispuestos a hacerlo, por lo tanto el etiquetado voluntario es más eficiente⁷⁰ y más equilibrado en términos costo-beneficio⁷¹.

En oposición al sistema anterior, existen regímenes de *etiquetado obligatorio*, que penalizan la comercialización de OGM sin haber sido previamente identificados. El principal argumento de sus promotores es el “*derecho a la información de los consumidores*”⁷². El etiquetado

⁶⁵ HOBAN, T., "Trends in consumer attitudes about agricultural biotechnology" en *AgBioForum*, Vol 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 3-7.

⁶⁶ ROSSI DAL POZZO, F., *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 83.

⁶⁷ PHILLIPS, P. y GRANT, I., "GMO labelling: Threat or opportunity?" en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, p. 28; CHESS, C., "Fearing Fear: Communication about Agricultural Biotechnology" en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 17-21; MARCHALL, K., "What's in a label" en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 35-37.

⁶⁸ BROW, J.L. y PING, Y., "Consumer perception of risk associated with eating genetically engineered soybean is less in the presence of a perceived consumer benefit" en *Journal of the American Dietetic Association*, Vol. 103, Año 2003, pp. 208-214.

⁶⁹ CASWELL, J., "Should use of genetically Modified organisms be labeled?" en *AgBioForum* Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, p. 22-24.

⁷⁰ CARTER, C., y GRUÈRE, G., "Mandatory Labeling of Genetically Modified Foods: Does it really provide consumer choice?" en *AgBioForum*, Vol. 6, Nro. 1&2, Año 2003a, pp. 68-70.

⁷¹ CASWELL, J., "Labeling Policy for GMOs: To each his own?" en *AgBioForum* Vol. 3, Nro. 1, Año 2000, p. 53-57.

⁷² CARTER, C., "International Approaches to the Labeling of Genetically Modified Foods" en *Update: Agricultural and Resource Economics – University of California Giannini Foundation*, Vol 6, Nro 1, Año 2002, p. 2-10; CARTER, C. y GRUÈRE, G., "International approaches to the labeling of Genetically Modified Foods" en *Agricultural Marketing Resource Center*, University of California, March 2003b, p. 2; EINSIEDEL, E., "Consumer and GM Food Labels: Providing information or Sowing Confusion?" en *AgBioForum* 3 (4) 2000 p. 231-235 y ARHTER, J., QUTUB, M., BURNHAM, N. y AKHTAR, M.,

obligatorio se focaliza en la “soberanía” de los consumidores, que al contar con la información total⁷³ pueden tomar decisiones económicas eficientes balanceando precio, utilidad y riesgos⁷⁴. Este sistema puede ser elegido por los gobiernos si estiman que las prácticas privadas son insuficientes en la comunicación con los consumidores o para evitar el fraude en el etiquetado⁷⁵.

En cuanto a *los objetivos* que persigue el etiquetado podríamos determinar dos propósitos. El *primero* se constituye como una sub-área del “acceso a la información” de parte de los consumidores, a partir del momento que el etiquetado es el instrumento o herramienta con la cual los consumidores conocen una característica del organismo y/o producto que se les ofrece, pudiendo ejercitar el derecho a saber, elegir, utilizar o consumir con conocimiento de causa. Este es uno de los principales principios en la protección de los derechos de los consumidores, en virtud que los mismos pueden ejercitar sus elecciones respetando sus preferencias económicas, religiosas, éticas, morales o de salud⁷⁶. Algunos autores justifican esta categoría basada en el “derecho a saber”⁷⁷ por su función educativa⁷⁸, aunque otros sostienen que más importante es determinar si el consumidor está en condiciones de comprender su significado⁷⁹, sobre todo teniendo en cuenta los bajos niveles de conocimiento público, debería hacer hincapié en más educación que en políticas de identificación y segregación⁸⁰.

El *segundo* de los propósitos implica a materialización de un instrumento de “gestión de riesgo” con posterioridad a la comercialización de los OGM, toda vez que la información que éstas proveen pueden advertir sobre potenciales efectos dañinos sobre la salud o las implicancias ambientales de estos organismos o productos⁸¹, como asimismo, ser un instrumento para identificar un producto y retirarlo del mercado en caso de actualizarse un daño no previsto, minimizando de este modo, cualquier perjuicio sobre la salud de los consumidores o el medio ambiente. El etiquetado en este caso responde al principio de precaución⁸².

En ambos casos, sea cual sea el propósito perseguido por el etiquetado, las partes deben

"Genetically Modified foods: Health and Safety Issues" en *Annals of Saudi Medicine*, Vol. 21 Nros. 3 y 4, Año 2001.

⁷³ CASWELL, J., "Should use of..." *op. cit.*, p. 23.

⁷⁴ PHILLIPS, P. y GRANT, I., "GMO Labeling: *op. cit.*, p. 25-30.

⁷⁵ CASWELL, J., "Labeling Policy for GMOs:..." *op. cit.*, p. 54.

⁷⁶ FAO – Commission on genetic resources for food and agriculture, *The role of law in realising the potential and avoiding the risks of modern biotechnology*, Background Study Paper Nro. 19, Año 2002. p. 16; STILWELL, M. y VAN DYKE, B., *An Activist's Handbook on Genetically Modified Organisms and the WTO*, Center of international Environmental Law, Second Edition, Año 1999, p. 7 y EINSIEDEL, E., *op. cit.*, p. 232.

⁷⁷ UNNVEHR, L.y HASLER, C., "Health claims and labeling regulation: How will consumer learnabout funtional foods?" en *AgBioForum*, Vol. 3, Nro. 1, Año 2000, pp. 10-13.

⁷⁸ STILWELL, M. y VAN DYKE, B., *op. cit.*, p. 7.

⁷⁹ MARCHALL, K., *op. cit.*, p. 36.

⁸⁰ HOBAN, T., *op. cit.*, p. 6 y EINSIEDEL, E., *op. cit.*, p. 234.

⁸¹ FAO – Commission on genetic resources for food and agriculture, *op. cit.*, p. 42.

⁸² STILWELL, M. y VAN DYKE, B. *op. cit.*, p. 7. Ver el debate en torno al concepto de la “precaución” que desarrollamos en párrafos anteriores de este trabajo.

prevenir que la etiqueta incluya alegaciones falsas⁸³, engañosas o inductivas al error del consumidor⁸⁴, determinando un comportamiento económico, que en circunstancias de información correcta, sería diferente, lo cual configura una barrera al comercio internacional⁸⁵.

En este contexto analizamos el contenido de las normas del Protocolo de Cartagena, de la OMC y del Codex Alimentarius que regulan las condiciones bajo las cuales las Partes Contratantes podrían disponer el etiquetado de los organismos y/o productos genéticamente modificados y descubrimos como la finalidad de la norma que impone el etiquetado, vinculará los regímenes suministrándolos los elementos para analizar las potenciales inconsistencias normativas, toda vez que, si el objeto perseguido por el etiquetado dispuesto por el Protocolo de Cartagena responde a una finalidad sanitaria, el marco de comparación será el acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF), por el cual si un país basa sus medidas en normas internacionales (Codex Alimentarius), estas gozarán de una presunción de legalidad, no obstante las Partes Contratantes de la OMC no están obligadas a actuar en este sentido exclusivamente, sino que pueden tomar otros caminos, siempre que gocen de una justificación científica⁸⁶.

El acuerdo MSF hace un fuerte hincapié en la “justificación científica”, que es mencionado en los artículos 3.3 y 5.7 e interpretado por el Órgano de Apelación de la OMC en el sentido de que no implica ni incluye meramente el riesgo teórico, ya que si sirve como fundamento para la restricción del comercio, el riesgo debe ser posible y probable. Asimismo, el acuerdo MSF fomenta a las Partes Contratantes a procurar la construcción de estándares, guías y recomendaciones a fin de armonizar las directrices de acción en materia sanitaria, otorgando un peso fundamental a la actuación de la Comisión del Codex Alimentarius, como punto focal en la materia⁸⁷.

Si los requerimientos de etiquetado no se basan en cuestiones sanitarias, sino que sustentan pretensiones éticas, religiosas, económicas etc. estas disposiciones serán reguladas por el acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), debiendo observar las dos principales obligaciones que impone este acuerdo, a saber: la no discriminación entre

⁸³ En el caso de advertir riesgos improbables. Ver CARTER, C. y GRUERE, G., “International Approaches to the labelling...” *op. cit.*, p. 2.

⁸⁴ Es frecuente la circunstancia que la etiqueta no suministra mayor ni mejor información por lo que el consumidor se encuentra en estado de sugestión al observarlas dificultando la elección racional. Ver RAAB, C. y GROBE, D., “Labeling Genetically Engineered Food: The consumer Right to Know?” en *AgBioForum*, Vol. 6, Nro. 4, Año 2003, pp. 155-161 y CARTER, C. y GRUERE, G., “Mandatory labelling...” *op. cit.*, p. 70; CARLSSON, F., FRYKBLUM, P. y LAGERKVIST, C.-J., *Consumer benefits of label and bans on genetically modified food – An experimental analysis using choice experiments - working paper in economics* Nro. 129 – University of Gothenburg, 2004 p. 2; MOSCHINI, G.C. y LAPAN, H., “Labelling regulations and segregation of first and second generation Genetically Modified Product: Innovation incentives and welfare effects” en *Agricultural Marketing Resource Centre – Centre for Agricultural and Rural Development – Iowa State University*, 2005, p. 2 y ROSSI DAL POZZO, F., *op. cit.*, p. 65.

⁸⁵ CARTER, C. y GRUERE, G., “Mandatory labelling...” *op. cit.*, p. 68.

⁸⁶ KELCH, D., SIMONE, M. y MADELL, M., “Biotechnology in agriculture confronts agreements in the WTO” en *Agriculture in the WTO/WRS*, Vol. 4, Año 1998, pp. 34-35.

⁸⁷ APPLETON, A., “The Labeling of GMO products pursuant to international rules” en *New York University Environmental Law Journal*, Año 2000, pp. 566-578.

productos similares y que la disposición no se constituya como una medida más restrictiva de lo necesario para la protección de un objetivo legítimo⁸⁸. Cabe señalar que hasta la fecha no existe acuerdo ni en sede del Codex Alimentarius ni en la Asamblea de Partes del Protocolo de Cartagena, sobre cuáles son las condiciones para el establecimiento de un etiquetado obligatorio de organismos y/o productos modificados genéticamente.

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

A) Concepciones jurídicas de la fragmentación del Derecho internacional

La constatación inicial sobre la regulación multifacética y descoordinada de la biotecnología a nivel internacional, nos insta a desentrañar significados, orígenes y consecuencias de los conflictos normativos, y en especial, indagar sobre la posibilidad de solucionar controversias transversales en el seno de la Organización Mundial del Comercio. Este objetivo exige revisar los conceptos que hace algunos años emergían del informe sobre Fragmentación de Derecho internacional de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas a fin de comprender, desde lo teórico, el origen del fenómeno, efectos y herramientas disponibles para la solución de las controversias transversales en materia de biotecnología que nos ocupan. Estamos convencidos de la necesidad de tomar distancia del objeto de estudio en concreto, para abordar la cuestión desde un enfoque abstracto, a fin de identificar potenciales alternativas de solución a las controversias biotecnológicas, que lejos de constituir un problema de contenido netamente jurídico, esconde un trasfondo aún más complejo.

En aquel momento, la Comisión de Derecho internacional manifestó que el fenómeno de la fragmentación es “una de las características de la reciente vida internacional, que los sociólogos han denominado “diferenciación funcional”, esto es, la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes, tanto a nivel nacional como internacional. Una paradoja bien conocida de la mundialización es que si bien ha conducido a una creciente uniformidad de la vida social en todo el mundo, también ha conducido a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas de acción social y estructuras especializadas relativamente autónomas. La fragmentación de la sociedad internacional ha alcanzado significado jurídico, especialmente al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de prácticas jurídicas especializadas y relativamente autónomas⁸⁹.”

⁸⁸ *Ibid.* pp. 574 y ss.

⁸⁹ La Comisión de Derecho internacional cita en su informe los trabajos de FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, en *Michigan, Journal of International Law*, Vol. 25 Año 2004, pp. 999-1046 y BARNHOORN y WELLENS, K (editores), *Diversity in Secondary Rules*

En la doctrina internacionalista las aguas están divididas frente al fenómeno de la fragmentación. Algunos “perciben al Derecho internacional como un orden jurídico unificado, por lo que podrían verse obligados a aplicar una presunción a favor de la aplicabilidad del Derecho internacional general (...) mientras que otros consideran que el Derecho internacional no es más que la suma total de los subsistemas vagamente relacionados entre sí y tienden a defender una presunción en favor de la clausura de un régimen normativo particular”⁹⁰.

Para los primeros, denominados universalistas o constitucionalistas, la fragmentación emerge como un fenómeno caracterizado no sólo por la fragmentación sustancial del Derecho internacional, sino también por la proliferación de tribunales con competencias muchas veces solapadas entre sí, y lleva a la existencia del *forum shopping*. Por lo tanto, éstos ven que la solución al problema descansa sobre el fortalecimiento de la jerarquía normativa del Derecho internacional, fundada en el *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes*, y el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, así como también en los valores fundamentales de la comunidad internacional⁹¹ y/o por otra parte, en el reenvío a la Corte Internacional de Justicia de aquellos asuntos en los que hay que dilucidar las inconsistencias del Derecho internacional (o al menos represente un foro ineludible para evitar jurisprudencia contradictoria⁹²).

Para esta corriente “La forma del sistema es una garantía para todos los Estados, sobre todo los más débiles”⁹³. La unidad del Derecho internacional, puede ser calificada bajo esta perspectiva, sin abuso del lenguaje, como el patrimonio común de la comunidad internacional y como el elemento indispensable para la salvaguardia de la seguridad jurídica

and the Unity of International Law, Nijhoff, La Haya, 1995.

⁹⁰ SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law” en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 3, Año 2006, p. 483.

⁹¹ TOMUSCHAT, C., “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law”, en *Recueil des Cours*, Vol. 281, Año 1999, pp. 9-438; FASSBENDER, B., *Sovereignty and Constitutionalism in international law* en WALKER, N. (editor) *Sovereignty in transition*, Hart, Oxford, 2003, pp. 115-142; PETERSMANN, E-U., “Constitutionalism, International Law and “We the people of the United Nations” Springer, Berlin, 2002, DUPUY, P-M., “L’unité de l’ordre juridique international – Cours général de droit international public” *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international*, Año 2002, T. 297; KADELBACH, S. y KLEINLEIN, T., *International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles* en *German Yearbook of International Law*, Vol. 50, Año 2007; DELMAS-MARTY, M., “Global Law: A Triple Challenge” 2003; PAULUS, A., *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*, en *Nordic Journal International Law*, Vol. 74, Año 2005; VON BOGDANDY, A., *El constitucionalismo en el Derecho internacional: comentario sobre una propuesta alemana en Puente@Europa*, Año V, Nro. 2, Año 2007, pp. 34-42; VON BOGDANDY, A., *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, Nro. 1, Año 2006, pp. 223-242; SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., *op. cit.*

⁹² ABI-SAAB, G. *Fragmentation or Unification: some concluding remarks* en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, Nro. 4, Año 1999; GUILLAUME, G., *La Cour International de Justice. Quelques propositions concrètes à l’occasion du cinquantième* en *Revue Générale de Droit International Public*, Año 1996; DUPUY, P-M., *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, en *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 31, Nro. 4, Año 1999; REMIRO BROTONS, A., “Entrevista a Antonio Remiro Brotons” *Entrevista a Antonio Remiro Brotons* en *Puente @ Europa*, Año V, Nro. 2, Año 2007.; LOPEZ MARTÍN, A.G., “*Judicialización y sectorización del Derecho Internacional*” en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Año 2001-2002; HIGGINS, R., “The ICJ, the ECJ, and the integrity of international law”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 18, Año 2003.

⁹³ RODILES, A., “La fragmentación del Derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidad para México?” en *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, Vol. IX, Año 2009, p. 392.

y de la eficacia de las normas internacionales⁹⁴.

En cambio, para los segundos, denominados pluralistas, los regímenes especiales tienden a aparecer como independientes, en este sentido FISCHER-LESCANO y TEUBNER sostienen que un orden jurídico jerarquizado ya no es viable, pues la fragmentación del Derecho internacional no es más que un reflejo de la diferenciación funcional de la sociedad global, proceso que el derecho, como subsistema social, ya no puede frenar⁹⁵. Por su parte ENGISCH manifiesta que el papel central de la noción de un orden legal unitario es dogmático y admite que los juristas deben ver la realidad empírica del orden legal menos unitario que sus construcciones intelectuales⁹⁶. En este mismo sentido CANARIS expresa que tratar de conceptualizar al sistema del orden legal particular como un sistema formal o como un sistema axiomático-deductivo es una pérdida de tiempo⁹⁷.

Las afirmaciones anteriores ponen de relieve que está en tela de juicio si una teoría basada en el principio constitucional de unidad puede aplicarse a nivel internacional en donde tales principios están ausentes. En este sentido, CARTY expresó que “no hay un sistema legal que pueda definir de manera comprensiva los derechos y obligaciones de los Estados dirigidos a otros Estados”⁹⁸. Esta corriente considera que mientras el Derecho internacional es sistemático, no constituye precisamente un orden legal organizado y comprensivo. Más bien, la estructura del sistema internacional todavía se construye sobre jerarquías informales. Quizás el concepto más importante entre estas jerarquías informales es el concepto del Derecho internacional general en la cual toda ley “especial” se encuentra incrustada.

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

Algunos han criticado contundentemente lo que consideran la erosión del Derecho internacional general, la aparición de jurisprudencia contradictoria, la búsqueda del foro de

⁹⁴ DUPUY, P.-M., *Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international*, en BEN ACHOUR, R. y LAGHMANI, S (directores) *Harmonie et contradictions en droit international*, Pedone, Paris, 1996, pp. 17 y ss.

⁹⁵ Esta es la idea central del artículo de los FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*

⁹⁶ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 497.

⁹⁷ CANARIS, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker&Humblot, Berlin, 1969, citado en SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 498.

⁹⁸ CARTY, A., *The Decay of International Law? A reappraisal of the limits of legal imagination in international affairs*, Manchester University Press, Manchester, 1986, p. 1 citado en SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 500.

resolución de disputas más favorable o *forum shopping* y la pérdida de la seguridad jurídica, y en cambio otros lo han considerado simplemente un problema técnico que ha surgido naturalmente con el aumento de la actividad jurídica internacional y que puede controlarse mediante la racionalización y la coordinación técnica⁹⁹. En síntesis, el fenómeno de la fragmentación es visto por algunos como un riesgo para la coherencia del orden jurídico internacional, mientras que otros consideran que es una oportunidad para responder a los nuevos desafíos globales¹⁰⁰.

La fragmentación, en palabras de la Comisión de Derecho internacional, tiene consecuencias de diferentes tipos, negativas y positivas: “Por una parte, la fragmentación crea el peligro de normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorias e incompatibles entre sí, pero por otra parte, refleja la rápida expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la diversificación de esos objetos y técnicas¹⁰¹. Este último rasgo es lo que algunos observan como “signos de vitalidad del Derecho internacional¹⁰², la prueba de la superación del primitivismo del orden jurídico internacional¹⁰³, si bien por otra parte reclaman la necesidad de que “la práctica legal contemporánea cuente con la asignación de autoridad dentro de un complejo sistema de prescripciones legales¹⁰⁴.”

Lo cierto, es que más allá del cristal con el cual observemos el fenómeno, la fragmentación del Derecho internacional se hace patente en la potencial, y en ocasiones real, creación de “conflicto” normativo, fruto de la falta de coherencia *inter* o *intra* regímenes, el cual es definido por la Comisión de Derecho internacional como una “situación en la que dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema¹⁰⁵.”

Esta primera distinción teórica no resulta ajena a nuestro problema central, toda vez que si pretendemos resolver las controversias trasversales a diferentes regímenes internacionales en materia de biotecnología, aprovechando el sistema de solución de diferencias de la OMC, es menester reconocer las diversas corrientes doctrinales que operan en abstracto cuando analizan las posibles soluciones disponibles para los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación de acuerdo a los límites del sistema particular o del sistema general. Así, sabremos que para algunos el fenómeno es irrelevante, dado que el propio sistema contiene instrumentos de amalgama que deberían ser utilizados por los órganos citados, mientras que para otros es casi irreversible, como si hubiera sido objeto de una gran explosión desintegradora.

⁹⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, 58 Sesión, Año 2006, párrafos 7, 8 y 9.

¹⁰⁰ RODILES, A., *op. cit.*, p. 373.

¹⁰¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Fragmentación del Derecho internacional...*” *op. cit.*, párrafo 14.

¹⁰² REMIRO BROTONS, A., “Entrevista a Antonio Remiro Brotons...” *op. cit.*, p. 25, RODILES, A., *op. cit.*, p. 389.

¹⁰³ SALINAS ALCEGA, S. y TIRADO ROBLES, C., *Adaptabilidad y fragmentación del Derecho internacional: La crisis de la sectorización*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 1999, p. 43.

¹⁰⁴ SIMMA, B y PULKOWSKI, D., *op. cit.*, p. 483.

¹⁰⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “*Fragmentación del Derecho internacional...*” *op. cit.*, párrafo 25.

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

En cuanto al análisis de las causas de la fragmentación del Derecho internacional, una corriente mayoritaria, casi unánime, se enrola tras los postulados que desarrolla la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas cuando adopta una visión sociológica y afirma reiteradamente que el fenómeno de la fragmentación “es un aspecto de la globalización, que trae consigo el cambio de una lógica de la territorialidad como principio de diferenciación social por el principio de la funcionalidad (no territorial)”¹⁰⁶. La fragmentación es entonces entendida más como una “respuesta a necesidades prácticas de la especialización, que a actos conscientes de creación de régimen”¹⁰⁷. La diferenciación funcional es el surgimiento de tipos especiales de Derecho que tratan de responder a tipos especiales “funcionales” de interés y es sin duda la raíz sociológica del fenómeno de la fragmentación y la diversificación del Derecho internacional”¹⁰⁸. Por tanto, la fragmentación debe “abordarse más bien con relación a la diversificación funcional de la sociedad internacional general”¹⁰⁹. Para esta corriente la diversidad de fuentes no menoscaba la integridad del sistema.

No obstante, es posible encontrar diferentes aproximaciones a la visión sociológica funcional y una de ellas es la escuela de los Critical Third World Approaches to International Law (TWAAIL). Esta corriente considera que los debates debieran centrarse en el miedo de las clases dominantes de perder el control sobre los mecanismos de la toma de decisiones tradicionales. Esta escuela cree que todos los intentos por incluir a los países del tercer mundo dentro de un sistema jurídico universal han sido en realidad una forma de subordinarlos al orden preestablecido. Desde los más remotos tiempos se ha negado la posibilidad de expandir el Derecho internacional en ramas que no favorecen a los que “tienen el poder”¹¹⁰.

Por su parte, BENVENISTI y DOWNS sostienen¹¹¹ que los países más desarrollados, a fin de evitar la coordinación de los menos desarrollados, han empleado exitosamente diversas técnicas de fragmentación. Dicha estrategia de poder es destinada a conservar el control internacional tal como se encuentra. Los autores mencionados presentan dos estrategias desplegadas por los países desarrollados para lograr la subordinación de los países desarrollados:

¹⁰⁶ *Ibid.*, Párrafo 133.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 158.

¹⁰⁸ *Ibid.*, Párrafo 204.

¹⁰⁹ *Ibid.*, Párrafo 210.

¹¹⁰ OKAFOR, O., *Viewing international legal fragmentation from a third world plane: A TWAAIL Perspective*, Proceedings of the 34th Annual Conference of the Canadian Council on International Law, Ottawa, 2006, pp. 122-125.

¹¹¹ BENVENISTI, E. y DOWNS, G., *op. cit.*, pp. 595-631.

La primera consiste en profundizar el “bilateralismo en serie”.¹¹² Negociación y celebración de tratados específicos y bilaterales a fin de evitar la multilateralidad. El bilateralismo en serie confiere la posibilidad de crear “costumbre internacional” como una forma indirecta y encubierta de elevar a rango universal, por vías particulares (bilateralismo) lo que en el ámbito más próximo al universal (el multilateral) enfrenta serias dificultades¹¹³. De igual manera, REMIRO BROTONS estima que la vitalidad y la versatilidad del Derecho internacional han conducido a una proliferación de “regímenes normativos” sectoriales, a escala universal, regional o particular (bilateral). Se trata de regímenes que suelen girar en torno de uno o más tratados-marco, dotados de una cierta -y en ocasiones intensa- institucionalización, capaces de generar normas y principios por vía consuetudinaria¹¹⁴.

La segunda estrategia es conocida como el “aislamiento de las instituciones”: Esta estrategia consiste en la amenaza, generalmente informal, de abandonar las instituciones cuando éstas se opongan a sus intereses más inmediatos o bien, sin salir formalmente de las instituciones, de optar por vías alternativas no institucionales de negociación y acuerdo. De ahí la proliferación de Grupos informales (G7, G8, G20) y de mecanismos híbridos que han llamado la atención de la Comisión de Derecho internacional y han sido denominados por ésta “nuevos tipos de derecho mundial”¹¹⁵.

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

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

¹¹² El bilateralismo como estrategia de poder ha sido previamente analizado por KRISCH, N., “International Law in times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of international Legal Order” en *European Journal of International Law*, Vol. 16, Nro. 3, Año 2005, p. 388-390.

¹¹³ BENVENISTI, E. y DOWNS, G., *op. cit.*, pp. 610-611.

¹¹⁴ REMIRO BROTONS, A., “Entrevista a Antonio Remiro Brotons...” *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Fragmentación del Derecho internacional...” *op. cit.*, párrafo 490.

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

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

Por nuestra parte, estamos convencidos, en primer lugar, que las causas descritas anteriormente son verdaderas, pero insuficientes para explicar la fragmentación del Derecho internacional en general y mucho menos para explicar la fragmentación en un campo como la biotecnología, por lo tanto, nos adentraremos en construcciones conceptuales propias de la teoría de Relaciones Internacionales, toda vez que consideramos que ésta suministra instrumentos de análisis más adecuados para comprender el origen de los regímenes internacionales y por ende, facilita la solución de las diferencias que nos ocupan.

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

El contexto de "*interdependencia compleja*" al que asistimos, sobre todo a partir de la superación de las dicotomías ideológicas que caracterizaron gran parte del siglo pasado, pero más aún, por el aumento sostenido de los flujos transfronterizos de los cuales la biotecnología no configura una excepción, manifiesta una realidad compleja en la cual se concretan relaciones tan diversas como la propiedad de los recursos genéticos, el vínculo entre la ciencia y la política, la economía y el derecho, la propiedad intelectual, la seguridad de los alimentos, los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el comercio internacional.

Este marco fenomenal y complejo de la biotecnología, progresivamente torna más evidente

la existencia de “gobierno multinivel”¹¹⁶ que nos permite explicar el juego de presión y decisión dentro de las estructuras organizativas. En este sentido y aun cuando la teoría de la gobernanza fue pensada para explicar el funcionamiento de organizaciones *sui generis* como la Unión Europea, es útil para comprender la lógica de las relaciones que operan al momento de determinar una posición en el escenario internacional. Con algunos matices, más o menos importantes, es posible comprender que en el seno de las estructuras estatales o regionales se entremezclan múltiples actores vinculados a la biotecnología, entre los que podemos encontrar aquellos que pertenecen al sector privado (industriales, productores agrícolas), al sector público (burocracias en sus varios niveles: supranacional, federal, autonómico o provincial y local) y al tercer sector (ambientalistas, consumidores, militantes de derechos humanos). A partir de la negociación, puja o imposición de sus preferencias particulares, los sujetos de Derecho internacional podrán consensuar una posición interna común a todos los participantes o mantendrán posiciones diversas, en algunos casos, antagónicas, dando lugar a los juegos de doble nivel caracterizados y explicados por PUTMAN¹¹⁷, donde el Estado debe conjugar elementos domésticos en la definición de su política exterior, que a su vez, condiciona su política interna.

A este punto del análisis podremos retomar el postulado de KEOHANE cuando enuncia que la ausencia de un criterio jerarquizante y unitario, como fue la seguridad nacional, facilita que emerjan intereses sectoriales no siempre vinculados indefectiblemente al “interés nacional tradicional”¹¹⁸. En consecuencia, las organizaciones estatales o regionales encargadas de negociar a escala internacional, representan intereses propios nacidos de la interacción de sus actores internos y que llevarán al escenario internacional promoviéndolos como discursos legítimos y totalizantes susceptibles de ser acogidos como contenido sustancial de futuros acuerdos internacionales. Esta posición descansa en los argumentos teóricos del constructivismo, toda vez que éstos consideran que el éxito del régimen dependerá del grado de legitimidad que se le atribuya a las normas y reglas, haciendo depender esto de cuatro elementos: a) determinación, b) validez simbólica, c) coherencia, d) adhesión¹¹⁹. El corolario de esta vertiente está puesto en el “sentido de obligatoriedad”¹²⁰ y la “acción comunicativa”¹²¹, por lo tanto, la construcción y el mantenimiento de un régimen depende de

¹¹⁶ HIX, Simon: “The Study of the European Union II: The “New Governance” Agenda and its Rival”, JEPP vol. 5, 1, 1998, p. 38-65; CRAM, Laura: “Governance ‘to go’: Domestic Actors, Institutions, and the Boundaries of the Possible”, JCMS vol. 39, 4, November, 2001, p. 595-618.

¹¹⁷ PUTMAN, R., “Diplomacy and Domestic Politics: The logic of two-level games” en *International Organizations*, Vol. 42, Nro. 3, Año 1988.

¹¹⁸ KEOHANE, R. y NYE, J., *Poder e Interdependencia: La política mundial en transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988, pp. 43, 47, 51.

¹¹⁹ HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., “Interests, Power, Knowledge: The study of International Regimes”, en *Mershon International Studies Review*, Vol. 40, Nro. 2, Año 1996, p. 212.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 212.

¹²¹ Los constructivistas analizan el poder de la comunicación y definen que el éxito de un régimen depende del peso de los argumentos que se utilicen en la persuasión. Ver KRATOCHWIL, F., *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 12.

cómo las partes internalizan los discursos y crean grupos idiosincráticos entre los que se comparten principios comunes¹²² que fortalecen el poder de la identidad, toda vez que los constructivistas predicán que aun cuando el origen de la cooperación puede incluir un factor de egoísmo estatal, una vez que el proceso se ha iniciado, las reglas tienen la capacidad de liderar la “evolución de la comunidad”¹²³. Esto se puede observar en el campo de biotecnología y sus nuevos vínculos simbólico-discursivos con el derecho ambiental y los derechos humanos como límite a las reglas de derecho del comercio internacional.

Si bien podríamos afirmar que entre los diversos actores que intervienen en la escena global existe un “*interés compartido*” presente en la voluntad de resolver, desde lo procedimental, el modo o el estilo, y desde lo sustancial, el contenido de las normas que regularán la biotecnología, también es verdadera la afirmación que cada una de las preferencias domésticas perseguidas y posicionadas por los grupos de presión han sido dotadas de un peso argumentativo de tales características que logran ser presentadas como “*ideas fuerza*”¹²⁴ y que impiden resolver la diferencia acordando en concreto aun cuando pueda existir interés cooperar globalmente.

Debemos rescatar que en el campo de la biotecnología, aun cuando exista una percepción de falta de cooperación, porque como hemos visto en la primera parte de nuestro trabajo, la regulación de la biotecnología se encuentra totalmente fragmentada y gobernada por regímenes que responden a racionalidades contradictorias, no podemos negar que entre los principales actores mundiales existe la “*confianza*” descrita por la teoría como un factor determinante para el nacimiento de los regímenes¹²⁵. Más allá de las diferencias que analizamos en materia de biotecnología, la mayoría de los Estados líderes son socios comerciales, cuentan con historias nacionales comunes, son aliados militares y en cierta medida han creado conjuntamente la estructura sistémica global imperante. En consecuencia, podemos atribuir que la falta de resolución o retardo en el acuerdo sobre materia de biotecnología, responde a la presión política interna de los grupos de presión que fuerzan la construcción y sostenimiento de posiciones rígidas a nivel internacional.

Por lo tanto, dada esta imposibilidad de acordar el contenido sustancial o procesal en materia de biotecnología dentro de un mismo régimen, a nuestro entender los actores internacionales ejercen su “*liderazgo*” en la fragmentación y consecuente conformación de regímenes paralelos en los cuales pueden ser recogidos sus pretensiones particulares. De

¹²² *Ibid.*, pp. 212-248.

¹²³ WENDT, A. y DUVALL, R., *Institutions and International Order* en CZEMPIEL, E.O. y ROSENAU, J., (Editores) *Global Changes and Theoretical Challenges: Approaches to World Politics for the 1990s*, Lexington Books, Lexington, 1989, pp. 64-66.

¹²⁴ La vertiente constructivista atribuye a las “ideas” el atributo de ser un germen de cooperación, toda vez que éstas a través de su difusión influyen los comportamientos de los actores internacionales, cumplen un rol normativo y analítico, facilitan la cooperación al definir soluciones aceptables a los problemas colectivos, y son mediatizadas a través de la normatividad internacional como principios compartidos. Ver HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., *op. cit.*, p. 207.

¹²⁵ KEOHANE, R., *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, Princeton, 1984, p. 68.

esta manera amplían los espacios de negociación y consecuentemente la concreción de acuerdos internacionales, aunque en determinados momentos algunas cuestiones puedan estar reguladas de forma superpuesta y aún contradictoria en diferentes regímenes internacionales, dando lugar a las llamadas controversias transversales a diferentes regímenes internacionales.

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

Esta explicación constituye sólo el principio de nuestro análisis, porque también sabemos que por la propia dinámica de los regímenes -cristalización de discursos fundados en el interés común y la confianza mutua-, buscarán la universalización de sus ideas, conceptos e intereses. En este sentido RUIZ FABRI y GRADONI expresan que observan la mundialización como un proceso de circulación y difusión de conceptos jurídicos de manera uniforme por los distintos espacios normativos. Estos espacios se influyen mutuamente a través de su funcionamiento y, tal y como expresaron los autores, puede observarse el entrecruzamiento de valores normativos, técnicas, modelos interpretativos y conceptos jurídicos. Así, es posible asociar la idea de mundialización de los conceptos jurídicos no solamente con el fenómeno de transferencia desde el Derecho internacional hacia los sistemas nacionales (circulación vertical), sino también entre los diferentes espacios normativos dentro del Derecho internacional (circulación horizontal)¹²⁶.

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

De esta forma, el *líder* del régimen particular conseguiría la circulación de las ideas,

¹²⁶ RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores) *La circulation des concepts juridiques: Le Droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, Vol 16, Año 2009, p. 13.

conceptos jurídicos e intereses del régimen que auspicia, hacia otros regímenes en los cuales también puede participar y tiene interés, pero en los cuales no ha tenido la capacidad de negociar la recepción absoluta de sus pretensiones o, en caso de que hayan sido receptadas, no lo han sido del modo o en la extensión de su interés. Así, se conseguiría concretar un cambio de régimen, cambio que, como describe KEOHANE, al provenir de la influencia de una organización internacional se transforma en el cambio más efectivo que puede materializarse¹²⁷.

Concretamente, consideramos que en materia de biotecnología la intención de algunos sujetos y actores internacionales consiste en facilitar la circulación de conceptos tales como la precaución o cautela, desde el régimen medioambiental hacia la OMC, toda vez que el sistema de solución de diferencias de ésta última está dotado de una jurisdicción obligatoria accesible a todos los miembros, cuyas decisiones se fundan en derecho, poseedora de un procedimiento de toma de decisiones casi automático, y de implementación sujeta a monitoreos multilaterales con la previsión de la total satisfacción de la parte vencedora de un litigio cuando la violación del derecho OMC ha sido constatada¹²⁸, cualidades que vuelven al modelo mucho más eficiente que el propuesto por el Protocolo de Cartagena que hasta nuestros días no ha sido utilizado en ninguna oportunidad por sus miembros¹²⁹.

B) Soluciones a los problemas emergentes de la fragmentación del Derecho internacional

Los métodos más frecuentes que ha propuesto la doctrina a fin de resolver las controversias transversales son consecuentes a la posición doctrinal que se adopta frente al fenómeno de la fragmentación. Las corrientes universalistas o constitucionalistas se inclinan preferentemente por dos instrumentos: la inclusión de cláusulas de conflicto, calificadas como cláusulas de “coexistencia pacífica” o “apoyo mutuo” que suponen una coexistencia no conflictual que reivindica la complementariedad de los tratados, toda vez que no modifican ni sus derechos ni sus obligaciones, ni establecen jerarquías entre ellos. Aun cuando desde lo declarativo son contundentes, no siempre resuelven los problemas sustanciales que se recogen dentro de cada uno de los tratados involucrados. Así, haciendo caer la complementariedad al momento que la discordancia se torna patente, trasladan la responsabilidad del negociador hacia el juez, que recibe en sus manos un problema mucho más difícil de resolver¹³⁰.

En el caso concreto de la biotecnología y los regímenes que la circundan, encontramos que

¹²⁷ KEOHANE, R. y NYE, J., *Poder e Interdependencia...*, 1988, p. 81.

¹²⁸ FERNANDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional...* op. cit., p. 130, LAMY, P., “The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order” en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 5, Año 2007, p. 975.

¹²⁹ Ver CARDESA SALZMANN, A. “El procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología: ¿Un mecanismo eficaz?” en *Revista Electrónica de estudios Internacionales*, Nro. 20, Año 2010, pp. 1-28.

¹³⁰ HELLIO. H., *Résolution et Prévention des conflits normatives* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores), *La circulation des concepts juridiques...* op. cit., p. 74 y ss.

formalmente la relación entre el Derecho internacional del Medio Ambiente y el Derecho de la OMC es caracterizada como una relación de apoyo mutuo, toda vez que, por una parte, ambos regímenes persiguen el desarrollo sustentable, y otra parte, ninguno de los tratados pretende “cambiar el contenido de los derechos, ni de las obligaciones de las Partes conforme a lo estipulado por cualquier acuerdo internacional pre-existente”.

El concepto de *apoyo mutuo* despierta partidarios y escépticos dentro de la doctrina. Los partidarios sostienen que en cualquier conflicto futuro entre las normas de la OMC y los acuerdos medioambientales, ninguno puede decirse prioritario con relación al otro y la mejor forma de evitar una situación del estilo, consiste en incluir una cláusula de conflicto o por lo menos contener referencias cruzadas en ambos tipos de acuerdos¹³¹.

Parte de la doctrina estima que el nivel de inter-actividad gubernamental en la OMC es tal, que las cuestiones de comercio y medio ambiente han sido fuente de generación de una importante discusión y debate, pero con frecuencia se reitera la creencia que “los objetivos de respaldar y salvaguardar al sistema multilateral de comercio como un sistema abierto y no discriminatorio y paralelamente, de actuar en pos de la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible, pueden y deben ser de apoyo mutuo”¹³². También se ha recurrido al principio de buena fe, desde el cual cabe presuponer que los Estados han negociado, firmado y ratificado los tratados internacionales, teniendo en cuenta sus obligaciones nacidas de otros tratados, por lo tanto, los tratados deben ser leídos de una manera acumulativa, en consecuencia, los acuerdos internacionales se consideran compatibles¹³³ y deben ser interpretados con vista a eliminar los conflictos de normas¹³⁴, toda vez que entre instrumentos de diferentes regímenes sólo existen meras tensiones que pueden ser solucionadas por medio de los principios generales de la interpretación¹³⁵.

Para otros, en cambio, las cláusulas de *apoyo mutuo* encarnan un lenguaje que puede ser definido como un compromiso viable, sobre todo porque es visto como un lenguaje corrupto o conflictivo que simplemente refleja la inhabilidad para crear consenso en la interpretación de términos claves, tales como la “precaución”¹³⁶. Es evidente que esta cláusula es ambigua, da lugar a múltiples interpretaciones y por lo tanto, es particularmente controvertida, además

¹³¹ SEIN, A. y MAHMUD, N., *op. cit.*, p. 78-79.

¹³² PEEL, J., “A GMO by Any Other Name . . . Might Be an SPS Risk! Implications of Expanding the Scope of the WTO Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement” en *European Journal of International Law*, Vol. 17 Nro. 5, Año 2007, p. 1021.

¹³³ FRANCONI, F., *Environment, Human Rights and the limits of free trade* en FRANCONI, F. (editor) *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001, p. 22.

¹³⁴ ZARILLI, S., *Legal Frameworks and Developing Country Concerns* en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., (Editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, p. 249.

¹³⁵ FRANCONI, F., *Environment, Human Rights and the limits of free trade... op. cit.*, pp. 23-25; TARASOFKY, R., “Ensuring the compatibility between Multilateral Environmental Agreements and GATT/WTO” en *Yearbook of international Environmental Law*, Nro. 7, Año 1996; MARCEAU, G., “A call for coherence in international law – Praises for the prohibition against “clinical isolation” in WTO disputes settlements” en *Journal of World Trade*, Nro. 33, Año 1999; MARCEAU, G., “Conflict of norms and conflict of jurisdictions -the relationship between the WTO agreements and MEAs and other treaties” en *Journal of World Trade*, Nro. 35, Año 2001; PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology: consolidation and Strains in the emerging International Legal Regimes*, en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *op. cit.*, pp. 53/56.

¹³⁶ REDICK, T.P., “The Cartagena Protocol on Biosafety: Precautionary Priority in Biotech Crop Approval and Containment of Commodities Shipments” en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 18, Nro. 1, p. 90.

da la posibilidad de que existan cláusulas de salvaguardias paralelas¹³⁷. Un caso paradigmático lo representa la cláusula incluida en el Protocolo de Cartagena, en donde algunos consideran que representa “una confusión no accidental”, que permitió a las partes del Protocolo reclamar que éste reflejara diversos puntos de vista, por no haber podido llegar a un punto en común dentro de las negociaciones¹³⁸, por la dificultad para la coordinación de políticas internacionales que supone la contraposición de objetivos nacionales e internacionales, que persiguen las potencias líderes del sistema¹³⁹. En síntesis, la cláusula de apoyo mutuo, en el caso de la biotecnología, denota problemas normativos, pero sobre todo, filosófico-estructurales que diferencian los regímenes internacionales enunciados.

El segundo instrumento clásico de solución de diferencias transversales lo conforma el principio de la interpretación sistémica incorporado al Derecho internacional general por medio del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. La Comisión de Derecho internacional remite al instrumento de la “integración sistémica” del derecho, fundando esta afirmación en el carácter relativo de las técnicas de la *lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*¹⁴⁰. Por lo tanto, al no ser éstas de aplicación directa, el intérprete y aplicador siempre debe analizar el contexto, buscar una interpretación compatible y decidir dar prioridad en la aplicación sin que esta implique la invalidez de la norma excluida. La cuestión de la relación sólo puede abordarse mediante un proceso de razonamiento que los haga parecer parte de un conjunto coherente y significativo¹⁴¹. La interpretación sistémica se constituye como un principio normativo según el cual todo tratado debe ser interpretado a la luz de todas las normas relevantes de Derecho internacional aplicable entre las partes¹⁴².

En el ámbito específico de la OMC, es menester mencionar que la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la influencia y aplicabilidad del derecho extra-OMC en el sistema de solución de diferencias de la OMC; y aun cuando parte de la doctrina haya adoptado una posición aperturista, como bien expone FERNANDEZ PONS, también podemos encontrar dos tendencias, por una parte, aquellos que se inclinan a la aceptación del derecho extra OMC como “derecho aplicable” y por la otra, aquellos que sólo lo hacen como “derecho a tener en cuenta”.

¹³⁷ PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology... op. cit.*, en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *op. cit.*, p. 52.

¹³⁸ KERR, W., “Who Should Make the Rules of Trade? – The Complex Issue of Multilateral Environmental Agreements” en *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 3, Nro. 2, Año 2002, p. 168; REDGWELL, C., *Biotechnology, Biodiversity... op. cit.*, p. 71., HELLIO, H., *op. cit.*, p. 74 y ss.; REDICK, T.P., *op. cit.*, p. 90.

¹³⁹ POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 410 y ss.

¹⁴¹ *Ibid.*, párrafo 414.

¹⁴² RODILES, A., *op. cit.*, p. 387, PAGLIARI, A., “Reflexiones sobre la fragmentación del Derecho internacional. Aplicación y efectos” en *Ars Boni et Aequi - Revista Jurídica Universidad Bernardo O'Higgins*, Nro 5, Año 2010, p. 38, FRANCIONI, F., “Environment, Human Rights and the limits of free trade...” *op. cit.* en FRANCIONI, F., (editor) “Environment, Human Rights and International Trade...” *op. cit.*, p. 23-25; TARASOFKY, R., *op. cit.*; MARCEAU, G., “A call for coherence...” *op. cit.*; MARCEAU, G., “Conflict of norms...” *op. cit.*, PAVONI, R., “Biodiversity and Biotechnology...” *op. cit.* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *op. cit.*, pp. 53-56.

Dentro de la categoría que se enrola en la primera tesis -aplicación del derecho extra-OMC como derecho sustancial a fin de justificar eventualmente el incumplimiento de normas OMC a partir de acciones justificadas por normas extra-OMC-, podemos encontrar a PALMETER y MAVROIDIS, PICONE y LIGUSTRO, BARTELS y PAUWELYN, quienes resaltan que “cualquier norma de Derecho internacional público es una fuente potencial aplicable por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación”¹⁴³, sobre todo, porque como ya ha manifestado el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Estados Unidos – Gasolina Reformulada*, “las normas de la OMC no deberían interpretarse en estado de “aislamiento clínico” respecto de otros cuerpos de Derecho internacional y sin tomar en consideración otros cuerpos de Derecho internacional complementarios”¹⁴⁴ y en particular, porque la dimensión regulada por la OMC es amplia y al existir obligaciones ambientales, de salud, sociales, de seguridad, se ha conectado al derecho de la OMC con todos los otros sistemas y políticas públicas¹⁴⁵; asimismo, porque el derecho extra-OMC es utilizado para rellenar las lagunas de procedimientos existentes dentro de los acuerdos de la OMC¹⁴⁶ y también, porque desde una concepción constitucionalista cabe preguntarse por la aplicación directa de las normas *ius cogens*, para lo cual la doctrina considera que serían los propios órganos de la OMC los que debería determinar la competencia de su competencia, como sucede con la mayoría de las cortes o tribunales internacionales¹⁴⁷.

Por otra parte, entre los autores que sostienen la segunda postura -que el derecho extra-OMC puede ser “tenido en cuenta” al momento de interpretar y aplicar los acuerdos OMC- encontramos a MARCEAU y TRACHTMAN¹⁴⁸. En una curiosa referencia FERNANDEZ PONS manifiesta que estas dos posiciones, en principio contradictorias, al final de sus argumentos terminan divergiendo en una cuestión terminológica¹⁴⁹, porque el modo de considerar el ingreso del Derecho internacional extra-OMC dentro del ordenamiento OMC es a través del artículo 3.2 del Entendimiento de Solución de Diferencias que establece la utilización de “las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público” y una de esas reglas, el artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, permitiría el ingreso de toda norma de Derecho internacional aplicable entre las partes, lo que en última instancia nos remite a la interpretación de los tratados, no a la aplicación directa de la norma extra-OMC¹⁵⁰.

¹⁴³ FERNANDEZ PONS, X., *La OMC y El Derecho Internacional...* op. cit., p. 132.

¹⁴⁴ Asunto *Estados Unidos – Gasolina Reformulada* (Apelación) p. 21.

¹⁴⁵ HU, J., “The role of international law in the development of WTO law”, en *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Nro. 1; Año 2004, p. 144.

¹⁴⁶ PAUWELYN, J., “How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization law?” en *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nro. 6, Año 2003, p. 997-998.

¹⁴⁷ PICONE, P. y LIGUSTRO, P., *Diritto de l'Organizzazione Mondiale del Commercio*, CEDAM, Padova, 2002, p. 629-630 y 646 citado en FERNANDEZ PONS, X., op. cit., p. 151 y ss.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 133.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 133

¹⁵⁰ En algunos casos paradigmáticos, los órganos de solución de controversias utilizaron el artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena para resolver la controversia con la ayuda de reglas del Derecho internacional extra-OMC. A modo de

Las corrientes del pluralismo jurídico, en contraposición a las propuestas universalistas optan por una aplicación contextual del Derecho internacional. En este sentido los autores FISCHER-LESCANO y TEUBNER se formulan una de las preguntas típicamente planteadas en este contexto de fragmentación, esto es: ¿cómo deben reaccionar los regímenes ante la ausencia de una jerarquía normativa? La respuesta que brinda la corriente del Derecho Global implica “fortalecer la red de observación mutua”. La decisión final ante el conflicto de regímenes se constituiría entonces por una secuencia de decisiones luego de una variedad de observaciones dentro de la red. Sería por tanto un proceso en el que los nudos de esta red se reconstruyen, influyen, limitan y controlan unos a otros. En este contexto existe sólo una solución posible: el desarrollo de normas de fondo a través de la creación de un Derecho de regímenes que regule los conflictos de los regímenes entre sí, el cual está fundado en la ausencia de instancias jerárquicas¹⁵¹.

Por otra parte, la segunda corriente del pluralismo jurídico que oportunamente introdujimos, aquí representada por BERMAN¹⁵², sintetiza algunos instrumentos propuestos por el pluralismo jurídico con el fin de superar los problemas que pueda plantear el conflicto de normas o de jurisdicciones existentes dentro del sistema jurídico híbrido. El trabajo de este autor es importante porque aun cuando estos instrumentos han sido descritos y analizados en diversas oportunidades por sus propios creadores, BERMAN los compila y expone de manera conjunta, estos son: 1) “*interacciones legales dialécticas*”, 2) “*margen de apreciación*”, 3) “*regímenes autonómicos limitados*”, 4) “*régimen de subsidiariedad*”, 5) “*multiplicidad de jurisdicciones*”, 6) “*modalidades de participación híbridas*”, y 7) “*régimen de reconocimiento mutuo*”.

En el ámbito específico de la OMC, algunos autores expresan sus argumentos relacionados al carácter de los conflictos a los que se enfrenta el sistema de solución de diferencias de la organización, y la mecánica que debería abordarse para resolverlos. En este sentido, NEUMANN expresa que hay contradicciones entre regímenes que no se reducen a un conflicto normativo, sino que se está ante un conflicto programático en el que colisionan los objetivos y la lógica o racionalidad de cada régimen¹⁵³.

Como analizamos anteriormente, FISCHER-LESCANO y TEUBER también subrayan que hay colisiones entre regímenes que no sólo tienen una vertiente normativa, sino que se les

síntesis podemos mencionar que en el asunto *Estados Unidos – Gasolina Reformulada – Apelación-* (pp. 21-22), se recurrió al principio de cooperación como elemento esencial para comprender las obligaciones de los Estados Unidos. En el asunto *Estados Unidos – Camarones – Apelación-* (párrafo 158), se innova utilizando instrumentos del Derecho internacional, tanto vinculantes como no vinculantes, para considerar la evolución del concepto “recursos agotables”. Asimismo, se incorpora el principio de buena fe. En el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas – Apelación-* (párrafo 114), se recurre al artículo bajo análisis para determinar, dadas las alegaciones europeas, si el principio de precaución constituye o no una costumbre internacional o al menos un principio general del derecho, lo cual es descartado por el Órgano de Apelación y en el asunto *Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos*, nuevamente el Grupo Especial recurre al artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena a fin de analizar la pertinencia del Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad como instrumento válido para la interpretación de las obligaciones comunitarias.

¹⁵¹ FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*, p. 1018 y ss.

¹⁵² BERMAN, P., “Global Legal Pluralism” en *Southern California Law Review*, Vol. 80, Año 2007, pp. 1155-1238.

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

entremezclan con aspectos políticos, económicos o culturales que no se resuelven simplemente aplicando normas de conflicto¹⁵⁴. En igual sentido, ZAPATERO MIGUEL observa que los mecanismos especializados para la solución de diferencias suelen ser un elemento disfuncional para la solución de antinomias entre normas internacionales pues diversos factores jurídicos, políticos y sociológicos dificultan o impiden una aplicación neutra de las normas de conflicto generales, para el autor los mecanismos especializados suelen operar como guardianes de sus respectivos regímenes supeditando la relevancia de otras normas a las propias previsiones del régimen¹⁵⁵.

No obstante, autores como TRACHTMAN, aun cuando su pensamiento general no considere a la OMC como un espacio jurídico auto-contenido y propugne por la constitucionalización de la Organización, proponen que la respuesta a los problemas que emergen de la fragmentación del derecho no transitan por la "interpretación sistémica" como técnica de armonización de los conflictos normativos, sino que recoge una posición constructivista del derecho manifestando que "las normas constitucionales no son ley natural, sino que son acuerdos políticos (...) en consecuencia, para lograr una integración más matizada entre las normas de la OMC y las normas de otros regímenes especiales, dentro de la solución de controversias de la OMC, se requieren de cambios constitucionales en las normas de la OMC¹⁵⁶.

La solución de estos últimos autores no deja de ser interesante, toda vez que por un lado presentan un modelo de constitucionalización de las organizaciones con el fin de suministrar a éstas los elementos necesarios para resolver controversias transversales como los emergentes en el campo de la biotecnología, pero no dejan de reconocer que este proceso constitucionalizador depende de la voluntad de los sujetos soberanos que dispongan de la capacidad para comprometer la voluntad de las entidades que representan y en la medida que no se materialice este "momento constitucional", la realidad fragmentada debe ser recocida como tal y gestionada dentro de los límites que los propios sujetos han fijado, lo que supone una aplicación parcializada del derecho dentro de cada uno de sus regímenes particulares.

Finalmente, debemos destacar el análisis de POLLACK y SHAFFER, quienes de un modo interdisciplinario, analizan los problemas emergentes de controversias transversales focalizados en materia de biotecnología. La propuesta considera que las negociaciones dentro de cada uno de los regímenes particulares que se encuentran involucrados (OCDE, OMC, CDB, CODEX ALIMENTARIIS) han sido infructuosas como resultado de las causas que mencionan en su estudio, el desacuerdo en la "*distribución de conflictos*" dada la rigidez

¹⁵⁴ FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., *op. cit.*, p. 1004.

¹⁵⁵ ZAPATERO MIGUEL, P., *Derecho del comercio global*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003 pp. 415-425.

¹⁵⁶ TRACHTMAN, J., "The Constitutions of the WTO" en *European Journal of International Law*, Vol. 17 Nro 3, Año 2006, p. 631 - 641.

de sus pretensiones y la existencia de un “*régimen complejo*” que permite el *forum shopping* entre los principales actores del sistema, sin que ninguno de ellos goce de jerarquía normativa, por lo tanto, proponen que el *soft law* emergente de algunos de estos regímenes (OCDE y CODEX ALIMENTARIUS) pueda en alguna medida endurecerse y el *hard law* de otros regímenes (OMC y CDB) pueda ablandarse con relación a los vínculos que puede mantener con otros regímenes. Esta operatoria debería materializarse en el seno de los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación de la OMC teniendo en cuenta el derecho emergente de regímenes paralelos, no invocándolo como derecho aplicable, cuestión que no sería posible por la no participación algunas Partes Contratantes en todos los regímenes intervinientes, pero si podría hacerlo a través de una *interpretación alternativa* de las normas de la OMC, dado que la legitimidad de la OMC se encuentra bajo una mayor amenaza si toma decisiones en un entorno cerrado ajeno a las normas de carácter no comercial y sus perspectivas¹⁵⁷.

Aun cuando el enfoque de POLLACK y SHAFFER sea novedoso por su abordaje multidisciplinario y coincidimos con ellos en su aproximación y argumentos relativos a la fragmentación de Derecho internacional como un complejo fenómeno político nacido de la rigidez de las preferencias estatales, y que la solución no puede descansar solamente en el derecho intra-régimen, por la función de rescate institucional que le atribuyen a las decisiones de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, divergimos en torno a los canales de influencia inter-regímenes, mientras que para POLLACK y SHAFFER estos canales consisten en un endurecimiento del *soft law* y un ablandamiento del *hard law* a fin de encontrar puntos de equilibrios, para nosotros, el canal de influencia aun cuando debe ser normativo, debe ser capaz de trascender el estricto límite del Derecho internacional que implica el consentimiento estatal; para nosotros es necesario recurrir a un instrumento que nos permita equilibrar la política y el derecho, y tenga por resultado soluciones sustancialmente integrales, políticamente aceptables y jurídicamente válidas.

Aportaciones finales: La solución de controversias transversales. De la valoración meta-jurídica a la influencia jurídica del Derecho extra-régimen como hecho notorio.

Con la finalidad de ir concluyendo el recorrido que planteó nuestra investigación, habiendo descrito las principales características del contenido normativo de los diferentes regímenes internacionales vinculados a la biotecnología y analizado sus inconsistencias recíprocas, habiendo repasado posiciones doctrinales en torno a la fragmentación del Derecho internacional y las herramientas teóricas propuestas para resolver sus conflictos normativos, emerge nuevamente la pregunta que origina y guía nuestra investigación; cómo resolver en el seno de la OMC las controversias transversales a diversos regímenes internacionales en

¹⁵⁷ POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 175 y ss.

materia de biotecnología a fin de conseguir una solución integral de la diferencia. Para ello, esta última parte propone “quién”, “cuándo” y “cómo” se resuelven las controversias que nos ocupan.

En primer término, nos preguntamos “quién” se encuentra en mejores condiciones de resolver, para lo cual presentamos y analizamos la actuación de judicatura nacional e internacional como posibles alternativas. En este punto consideramos que la responsabilidad de la resolución pacífica de la controversia estará en cabeza del “juez internacional”¹⁵⁸ que deba conocer de la cuestión, dado que en su doble rol de “actor” del sistema internacional y “funcionario” internacional perteneciente a un determinado régimen jurídico particular, no está exento ni de la influencia de los regímenes internacionales paralelos, ni del mandato legal del cual nació su poder jurisdiccional, no obstante, estamos convencidos que por sobre estas dos influencias –meta-jurídica y jurídica-, debe responder a un principio universal que se materializa en su obligación más fundamental, consistente en la resolución pacífica de la controversia transversal, respetando aquellos estándares mínimos que conforman el “núcleo duro” de los regímenes paralelos¹⁵⁹.

La segunda pregunta que formulamos consiste en determinar “cuándo” se resuelve una controversia transversal, para lo cual desagregamos el proceso de toma de decisión en sus diversas instancias de construcción de la solución institucional. La respuesta a nuestro entender la constituyen dos momentos: *fase de discernimiento* y *fase de motivación*.

El primer momento, o “*fase de discernimiento*” es aquel cuando el juez internacional revisa los fundamentos y alcance de su jurisdicción, los límites del derecho aplicable, medita en torno a los argumentos y la prueba suministrada por las partes de la controversia, y formula para sí mismo un juicio hipotético sobre la resolución que, desde la lógica jurídica conquisten su íntima convicción. Esta es una fase de contenido jurídico y meta-jurídico en la cual el juez internacional recibe la influencia del contenido propio del régimen al cual pertenece -en su rol de funcionario internacional-, como del contenido emergente de los regímenes paralelos -en su rol de actor internacional-.

Desde esta perspectiva, observamos que el *régimen* es una potente fuerza de influencia y

¹⁵⁸ Utilizamos esta expresión genérica, aunque en mente tenemos a los integrantes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación de la OMC. Como ya hemos manifestado, el sistema de solución de diferencias de la OMC se ha convertido en uno de los sistemas multilaterales más eficientes y utilizados por la comunidad internacional.

¹⁵⁹ A nuestra consideración, aun cuando el juez nacional pueda presentarse como un actor sobre el cual la doctrina internacionalista actualmente está dirigiendo su atención por el potencial impulso que puede dar por medio de sus resoluciones a la aplicación del Derecho internacional desde su espacio de acción doméstico, sin menospreciar su capacidad pretoriana, consideramos que siendo éste una parte integrante del Estado nacional, sus decisiones representan un elemento más para el fortalecimiento de la posición exterior del Estado al cual representa, en consecuencia, estimamos que aun cuando el juez nacional es igualmente influenciado por las *ideas fuerzas* de los diferentes regímenes internacionales, generalmente no se verá expuesto a discernir entre las dos racionalidades presentadas, sino que probablemente se incline en sus decisiones por fortalecer la posición de la entidad a la cual pertenece y que auspicia a nivel internacional. De este modo, podemos encontrar ejemplos en la Unión Europea como son las sentencias de 23 de noviembre de 1999 en el asunto *Portugal c. Consejo* (C-149/96), de 14 de diciembre de 2001 en los asuntos *Dior* (C-300/98) y *Assco* (C-392/98), de 11 de septiembre de 2002 en los asuntos *Pfizer Animal Health SA* (T-13/99) y *Alpharma Inc* (T-70/99) y en los Estados Unidos, la sentencia de en la Corte Suprema en los autos *Monsanto c/ Geertson Seed Farms* (09/475).

cambio que ejerce presión sobre sus miembros, sobre sus no-miembros y sobre otros regímenes paralelos. Esta presión también opera sobre el juez internacional por medio de lo que NYE llamó *soft power* definiéndolo como la capacidad de marcar preferencias por medio de resortes intangibles como la cultura, una ideología y una institución atractiva (...) el *soft power* no es solamente la influencia, aunque es una forma de influencia, es también persuasión o la capacidad de transformar a los otros mediante argumentos, es la capacidad de atraer y actuar y la atracción a menudo lleva a la conformidad y a la imitación. El *soft power* procede en gran medida de los valores¹⁶⁰. De este modo, el juez internacional durante esta fase conforma intelectualmente su respuesta al caso concreto a partir de los elementos normativos vinculantes y no vinculantes, como también a partir de elementos no normativos pertenecientes a todos los regímenes internacionales involucrados.

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

A nuestro entender, en esta última instancia el aplicador dispone de dos alternativas de acción dependiendo de la posibilidad concreta de recurrir al aspecto normativo del derecho positivo emergente de los regímenes internacionales paralelos a aquel en el cual se planea la diferencia.

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

Sobre esta cuestión, sí analizamos las diferentes corrientes doctrinales que interpretan y explican el significado de la referencia "las partes" encontramos dos interpretaciones posibles; la primera señala que todas y cada uno de las partes vinculadas por el tratado deben estar, al momento de interpretación, igualmente obligadas por la norma utilizada como medio de interpretación (interpretación restrictiva), en cambio, la segunda considera

¹⁶⁰ NYE, J. Jr., *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, Madrid, 2003, pp. 30-31.

que cuando dos o más partes están involucradas en una controversia sobre la interpretación de un tratado, el intérprete de ese tratado se basa en la existencia de una norma del derecho aplicable a la relación entre las partes en disputa, independientemente de si dicha norma puede ser aplicada en las relaciones entre las demás partes del tratado (interpretación amplia).

Tal como manifestamos, la doctrina mantiene una discusión en torno al significado de la referencia "las partes" en la cual los partidarios de la primera posición (restrictiva) sostienen que sólo su posición está de acuerdo con el sentido común que debe darse a los términos de la Convención de Viena, toda vez que de acuerdo a las reglas de la pragmática, la expresión "las partes" usada en cada uno de los sub-apartados A, B y C del artículo 31, se refieren al significado de la expresión "todas las partes" usado en el apartado 2A)¹⁶¹ y además se recuerda al principio "*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*" para sostener que todas las partes de cualquier tipo de tratado deben ser también partes de un tratado ajeno con el fin de ser utilizado en la interpretación de acuerdo al artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena¹⁶².

En cambio, los partidarios de la interpretación amplia manifiestan que desde el lenguaje convencional, no se puede explicar por qué "las partes" deben ser interpretadas en el sentido de *todas las partes del tratado a interpretar*, en lugar de *las dos o más partes de un conflicto específico*, o viceversa¹⁶³. Asimismo, autores como MARCEAU predicán a favor de esta posición argumentos tales como la imposibilidad que las disposiciones de tratados ajenos tengan aplicación en una organización, como la OMC, porque ésta admite miembros no soberanos -como es el caso de la Unión Europea- que no son capaces de ser partes de todos los tratados ajenos¹⁶⁴, en un sentido similar FRENCH expresa que "la exigencia de dualidad de la adhesión de un tratado es a menudo un criterio imposible de cumplir"¹⁶⁵, por lo tanto, algunos tratados se separarán del resto del Derecho internacional, produciéndose inconsistencias e incoherencias entre los diferentes sistemas del derecho. En este sentido debemos recordar que la Comisión de Derecho internacional también expresa su temor a que "los acuerdos multilaterales se conviertan en "islas" que no permitirían remisiones *inter se* en su aplicación"¹⁶⁶.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar que MC GRADY ha intentado proponer una

¹⁶¹ LINDERFALK, U., "Who are "the parties"? Article 31, paragraph 3(C) of the 1969 Vienna Convention and the "Principle of systemic integration" en *Netherlands International Law Review*, Año 2008, p. 350.

¹⁶² PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Order Rules of International Law*, Cambridge University Press, New York, Año 2003.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 347.

¹⁶⁴ MARCEAU, G., "WTO Disputes Settlement and Human Rights" en *European Journal of International Law*, Vol. 14 Nro. 4, Año 2002, p. 781 en MC GRADY, B., "Fragmentation of international law or "Systemic integration" of treaty Regimes: EC – Biotech Products and the Proper Interpretation of article 31 (3) (c) of Vienna Convention on the Law of Treaties" en *Journal of World Trade*, Vol. 42, Nro. 4, Año 2008, p. 599.

¹⁶⁵ FRENCH, D., "Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules" en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, Año 2006, p. 307.

¹⁶⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafo 471.

tercera visión o interpretación de la norma que analizamos considerando que el artículo 31 apartado 3C debe verse como una obligación de procedimiento básica destinada para examinar las normas pertinentes del Derecho internacional donde las cuestiones objeto de controversia encuentren cabida sean o no parte del sistema especial, en consecuencia responde que el artículo 31 apartado 3C sólo obliga a quien toma decisiones “a tomar en cuenta” un tratado ajeno, pero no lo obliga a obtener un resultado particular¹⁶⁷. Este enfoque es coincidente con el pensamiento de SANDS cuando postuló que la frase “tener en cuenta” no está definida en el Derecho internacional y que la misma indica un rango de enfoques y resultados. Él establece que “el uso común sugiere que esa formulación es más fuerte que tomar en consideración, pero más débil que vinculante”¹⁶⁸.

Finalmente, es menester decir que una vez resueltas las preguntas iniciales y sus implicaciones técnicas planteadas en torno a la aplicación del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, es pertinente hacer referencia que la propia Comisión de Derecho Internacional expresó que los conflictos no son errores técnicos que podrían evitarse mediante un razonamiento jurídico más elevado, nuevas normas y nuevos regímenes surgen como respuesta a nuevas preferencias y a veces mediante un propósito de apartarse de regímenes anteriores, y esto requiere respuestas legislativas y no técnico-jurídicas (...) El Derecho internacional cuenta con técnicas, pero estas no son absolutas, la solución del problema de fondo es política¹⁶⁹. Si volvemos sólo por un instante al análisis de las causas de la fragmentación, descubriremos que lo más probable es que en materia de biotecnología no exista esta coincidencia, porque precisamente la fragmentación se debe a la disparidad de pretensiones estatales o en el caso de coincidencia en el fin, a la divergencia no negociable y rígida en cuanto al medio o modo para llegar a ese fin, en consecuencia, consideramos que el temor de los juristas a la fragmentación del derecho no puede nacer de la multiplicidad de sistemas normativos especiales o de la pluralidad de jurisdicciones, sino de la divergencia en la racionalidad que estas acogen.

Sin embargo, en este momento, nuestra pregunta de origen permanece sin respuesta. Aparentemente, en nuestra materia, las soluciones dispuestas por la teoría jurídica siempre llegan a un límite que está dado por la necesidad del consentimiento de los sujetos de Derecho internacional a la aplicación de una norma internacional¹⁷⁰. Por lo tanto, aun cuando el Derecho internacional general contenga una norma de las características del artículo 31 apartado 3C de la Convención de Viena, que nos permite “tener en cuenta” toda regla de Derecho internacional aplicable entre las partes; en el caso que “todas las partes”

¹⁶⁷ MC GRABY, B., *op. cit.*, p. 613.

¹⁶⁸ SANDS, P., “Treaty, Custom and the Cross. Fertilization of International Law” en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 1, Año 1998, p. 103 en MC GRABY, B., *op. cit.* p. 605.

¹⁶⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional... op. cit.*, párrafos 482 y 488; WOUTERS, J. y DE MEESTER, B., “The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation on International Law” en *Journal of World Trade*, Vol. 42, Nro. 1, Año 2008, p. 206.

¹⁷⁰ Esta afirmación reconoce los límites establecidos por las disposiciones de derecho imperativo.

de un tratado no lo sean de la norma a la que apelamos como instrumento de ayuda a nuestra interpretación, estaríamos impedidos de recurrir a ésta norma extra-régimen¹⁷¹.

Para este supuesto complejo, hemos considerado apropiado un segundo instrumento que estimamos apto para la resolución integral de la controversia transversal en materia de biotecnología. Este consiste en la “*interpretación evolutiva*” dado que apela al contenido de los regímenes internacionales involucrados para informar sobre el significado actual de los términos del acuerdo aplicable directamente al caso, el que generalmente pertenecerá al régimen internacional del cual el juez internacional interviniente es funcionario. La importancia de la interpretación evolutiva radica en que ésta aborda la cuestión de la “inter-temporalidad” de las normas.

Por medio de la *interpretación evolutiva* se trata de reconocer que el Derecho, por el carácter cultural y social de sus normas, debe adaptarse a las circunstancias, creencias y exigencias cambiantes de cualquier sociedad tanto a la hora de crear esas normas como de interpretarlas. Los textos de las disposiciones deben constantemente acomodarse mediante ajustes en su exégesis al tiempo y al espacio, a la realidad social del momento en que han de ser aplicadas. La literalidad de la disposición, vehículo formal de los mandatos, es evidentemente un punto de partida y un límite, un obstáculo a menudo en apariencia insalvable y, en otras, infranqueable. Pero la interpretación de los derechos es frecuentemente una “interpretación constructiva”¹⁷² de normas, por la textura abierta a los hechos y a las modificaciones científicas, culturales o tecnológicas de los derechos. Es una exégesis que, antes de “revelar” el sentido oculto del precepto, lo construye desde su propia inmanencia, confiere o irriga sentido a la norma, delimitando objetos, contenidos, límites, facultades e interacciones de los derechos que se adhieren al texto escrito del precepto¹⁷³.

La interpretación evolutiva es recogida por una vasta jurisprudencia internacional¹⁷⁴, que nos

¹⁷¹ Un ejemplo de esta situación podemos encontrarlo en el asunto Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos, en el cual las, por entonces, Comunidades Europeas solicitaban que el Grupo Especial utilizara el Protocolo de Cartagena como norma de Derecho internacional para la interpretación de los acuerdos de la OMC, pretensión desechada por el Grupo especial por haber adoptado la versión restrictiva del concepto “las partes”. Ver. Comunidades Europeas – Productos Biotecnológicos, párrafo 7.71.

¹⁷² BÖCKENFÖRDE, E.W., *State, Society and Liberty. Studies in political theory and constitutional law*, Berg, Nueva York-Oxford, 1991.

¹⁷³ GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coordinadores), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; GARCÍA ROCA, J. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* Nro. 5, Año 2006, p. 164, GARCÍA ROCA, J. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Vol. 2, Nro. 2, Año 2005, p. 64.

¹⁷⁴ La primera referencia podemos registrarla en la P.C.A., asunto *The Island of Palmas Case (or Miangas) United States of America Vs. The Netherlands*, 1928, p. 14. En el ámbito del Tribunal Internacional de Justicia contamos con los asuntos: *Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 31; *Case concerning Aegean Sea Continental Shelf, Greece v. Turkey*, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 3; *Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, en particular pp. 67 y ss.; *Case concerning the dispute regarding navigational and related rights, (Costa Rica v Nicaragua)* Judgment, I.C.J. Reports 2009, párrafo 64; *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, párrafo 55 y ss. En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contamos con los asuntos: OC-1/82 “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1; OC-10/89 *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 14 de julio de 1989, Serie A No. 10., párrafos 37

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

Consideramos entonces, que el “juez internacional” que tiene ante sí el estudio de una controversia transversal debe “aplicar” la norma que ordena la voluntad de los sujetos de Derecho internacional partes en la disputa, y a su vez “tener en cuenta” el contenido sustancial de los regímenes paralelos que suministren elementos necesarios para dar una solución integral a la controversia, traduciendo esta influencia probablemente meta-jurídica -entendiendo por tal a la influencia que emerge tanto de elementos no normativos, como normativos no aplicables al caso, en términos estrictamente técnico-legales- a través de la interpretación evolutiva de los términos contenidos en la norma técnico-legalmente aplicable. A nuestra consideración el juez internacionalmente competente no tiene facultades de aplicar derecho extra-régimen si la propia norma que le otorga competencia no se lo permite o la norma que rige la causa no lo prevé, porque una acción de estas características lo pondría en una situación de exorbitancia. No obstante, mediante el recurso a la interpretación evolutiva se logran respetar los límites formales de la competencia y el consentimiento y al mismo tiempo resolver la controversia de un modo sustancialmente integrador de todos los elementos involucrados en ésta, sin la necesidad de recurrir a la aplicación formal del derecho extra-régimen, pero sin obviar el valor real de los regímenes paralelos.

La última cuestión que analizaremos en cuanto al “cómo”, busca determinar cuáles son los límites que tiene un juez internacional cuando utiliza el recurso de la interpretación evolutiva. En este sentido consideramos que el juez debe perseguir la búsqueda de una solución integral y pacificadora, donde por medio del ejercicio de su rol diplomático, la interpretación evolutiva permita rescatar el “núcleo duro” de los regímenes internacionales paralelos para

y ss.; OC-16/99 “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de la legislación del debido proceso legal” de 01 de octubre de 1999, párrafos 114 y 115, OC-18/03 “Condición Jurídica y derechos de los Migrantes Indocumentados” de 17 de septiembre de 2003, párrafos 120 y 121, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Villagrán Morales y otros v. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafos 192 y ss.; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrafo 146 y ss. En el ámbito de la Corte europea de Derechos Humanos contamos con los asuntos: Tyrer v. United Kingdom judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, párrafo. 31; Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections) judgment of 23 March 1995, Series A Nro. 310; p. 26, párrafo 71; Sheffield and Horsham v. the United Kingdom, judgment of 30 July 1998, Reports 1998, Nro 55; Goodwin v. United Kingdom, judgment of 11 July 2002 y finalmente en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio contamos con el asunto Estados Unidos – Camarones – Apelación, párrafo 129 y ss.

determinar el alcance los términos que regulan la diferencia. No obstante, aun cuando el juez internacional es el encargado de determinar este “*núcleo duro*” caso por caso -porque dada la propia dinámica¹⁷⁵ de los regímenes internacionales es imposible hacerlo en abstracto-, consideramos que el juez internacionalmente competente no puede ser autónomo en esta interpretación de los conceptos emergentes de los regímenes paralelos.

En esta tarea de indagar sobre el contenido del núcleo duro de los regímenes paralelos es aplicable la teoría del uso jurídico de GOLDSCHMIT cuando explica que el juez de un régimen no aplica el derecho del régimen extranjero (extra-régimen), sino que indaga el uso jurídico que se da a la norma extranjera (extra-régimen) dentro de su propio orden. No se aplica la norma literalmente, ni se avoca a analizar la constitucionalidad o validez, sino que solamente debe atender la probable sentencia, con el máximo grado asequible, que dictara el juez extranjero (extra-régimen)¹⁷⁶. Se analiza la aplicación, alcance e interpretación que dan los jueces extranjeros (aplicadores extra-régimen) a la norma que analizan y de esta manera no aplican la norma extranjera (extra-régimen), sino que imitan la probable resolución que dictaría un juez extranjero en caso de aplicar la norma que buscan traer al caso.

El autor considera que el juez cumple una función creadora de Derecho y que una interpretación autónoma de la norma extranjera (extra-régimen) significaría la posibilidad que un juez formalmente incompetente cree Derecho para el régimen del cual no es parte, en consecuencia, la teoría del uso jurídico limita esta acción al imponer la obligación de imitar la sentencia extranjera (extra-régimen), en caso contrario implicaría una lesión a la soberanía del Estado extranjero¹⁷⁷.

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

Cuando buscamos las razones por la cual el juez debe atender a los valores que conforman el “núcleo duro” de los regímenes paralelos, llegamos a la conclusión que no constituye un aplicación finalista, sino solamente una cuestión instrumental para dotar al régimen o institución a la cual pertenece de la legitimidad que nace de la protección de los estándares

¹⁷⁵ GEHRING califica a los regímenes internacionales como “dinámicos”, toda vez que el texto de los tratados representa sólo picos de icebergs normativos. Ver: GEHRING, T. *Dynamic International Regimes: Institution for International Environmental Governance*, Peter Lang, Frankfurt, 1994 en BODANSKY, D., *The Art and Craft of International Environmental Law*, Harvard University Press, Harvard, 2010, p. 155.

¹⁷⁶ GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado. Derecho de tolerancia*, Buenos Aires, 1988, p. 137.

¹⁷⁷ GOLDSCHMIDT, W., *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1935, p. 16.

mínimos. Cuanto más se involucre una institución con una serie de valores, más relevante se hará la legitimidad de la responsabilidad democrática¹⁷⁸. En este sentido, compartimos los argumentos expuestos por POLLACK y SHAFFER cuando mencionan que el juez debe ser consciente del efecto de sus resoluciones sobre otros procesos políticos circundantes y del efecto que sus decisiones tienen en el sostenimiento de la institucionalidad internacional¹⁷⁹ como estructura legítima para el cauce de las relaciones internacionales, aun cuando también sabemos de la imposibilidad legal de exigir una conducta como la descrita.

En consecuencia, podemos concluir que si pretendemos soluciones sustentables, la solución a los problemas que surgen de la biotecnología requieren enfoques integrales con el fin de superar los límites que impone uno de los principios fundamentales del Derecho internacional como es el consentimiento estatal y a su vez facilitar equilibrios inter-regímenes que permitan el desarrollo sostenible de la tecnología inmersa dentro del contexto general.

En síntesis, el fenómeno de la fragmentación, lejos de ser exclusivamente jurídico, es esencialmente político internacional y se materializa en la construcción de regímenes internacionales fundados en racionalidades diferentes, y en determinadas circunstancias, contradictorias, lo que es visto por algunos como un riesgo para la coherencia del orden jurídico internacional, mientras que otros creen que es una oportunidad para responder a los nuevos desafíos globales¹⁸⁰. Por nuestra parte, consideramos que este fenómeno en general, y en especial en materia de biotecnología, debe ser comprendido desde una aproximación interdisciplinaria que facilita el esclarecimiento de las causas de su origen, y a partir de entonces, configurar un vector en la búsqueda de soluciones al problema real de aplicación del Derecho internacional y de resolución de las controversias transversales que se manifiestan a través del conflicto normativo, aunque pueden representar en la mayoría de los casos, divergencias políticas. En consecuencia, en determinadas circunstancias, la función de resolver pacíficamente las diferencias podría llevarnos a proponer soluciones alternativas que se atrevan a innovar cuando se ha llegado a la frontera del derecho.

¹⁷⁸ NYE, J. Jr., *La paradoja...* *op. cit.*, p. 230.

¹⁷⁹ POLLACK, M. y SHAFFER, G., *op. cit.*, p. 233.

¹⁸⁰ RODILES, A., *op. cit.*, p. 373.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, F., COTTIER, T. y GURRY, F., *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, Vol. 1.
- ABI-SAAB, G., "Fragmentation or Unification: some concluding remarks", en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, Año 1999, pp. 919-933
- ADLER, J.H., "The Cartagena Protocol and Biological Diversity: Biosafe or Bio Sorry?" en *Georgetown International Environmental Law Review*, Spring 2000, 12, 3, pp. 761-777
- AGUILAR, S. y JORDAN, A., "Principio de precaución, políticas públicas y riesgo" en *Política y Sociedad*, Vol. 40, Nro. 3, Año 2003, pp. 61-79
- APPLETON, A., "The Labeling of GMO products pursuant to international rules" en *New York University Environmental Law Journal*, Año 2000, pp. 566-578
- ARHTER, J., QUTUB, M., BURNHAM, N. y AKHTAR, M., "Genetically Modified foods: Health and Safety Issues" en *Annals of Saudi Medicine*, Vol. 21 Nros. 3 y 4, Año 2001, pp. 161-164
- BARNHOORN y WELLENS, K., (Editores), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, La Haya, Nijhoff, 1995.
- BARSH, R., "Indigenous People: An Emerging object of International Law", en *American Journal of International Law*, Vol. 80, Año 1986, pp. 369-385.
- BENVENISTI, E. y DOWNS, G., "The Empire's New Clothes: Political Economy and fragmentation of international Law" en *Stanford Law Review*, Vol. 60, Año 2007, pp. 595-631.
- BERMAN, P., "Global Legal Pluralism" en *Southern California Law Review*, Vol. 80, Año 2007, pp. 1155-1238.
- BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Instituciones del Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., *State, Society and Liberty. Studies in political theory and constitutional law*, Berg, Nueva York-Oxford, 1991.
- BODANSKY, D., "New Developments in International Environmental Law: Remarks by Daniel Bodansky" en *Proceedings of the American Society of International Law*, 1991, pp. 413-417.
- BODANSKY, D., *The Art and Craft of International Environmental Law*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2010.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L., *Le principe de précaution: nature, contenum limites*, en LEBEN, C. y VERHOEVEN, J., *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Editions Pantheon Assas, Paris, 2002,
- BROW, J.L. y PING,Y., "Consumer perception of risk associated with eating genetically engineered soybean is less in the presence of a perceived consumer benefit" en *Journal of the American Dietetic Association*, Vol. 103, Año, 2003, pp. 208-214.
- BROWN, S. y DAUD H., "Application of the "Precautionary Principle" in the 2000 Biosafety Protocol to the 1992 Convention on Biological Diversity" en *Journal of International Biotechnology Law*, Vol. 02, Año 2005-I, pp. 112-116
- BRUNNÉE, J., "The United States and International Environmental Law: Living with an elephant" en *European Journal of International Law*, Vol. 15, Nro. 4, Año 2004, pp. 617-649.
- CAILLAUX ZAZZALI, J., *Propiedad intelectual, diversidad biológica y conocimientos tradicionales. Una visión desde los Andes y la Amazonia* en AZTUDILLO GOMEZ, F., *Biotecnología y Derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- CAMERON, V.J., *The Status of the Precautionary Principle in International Law*, en O'RIORDAN, T. y CAMERON, J., (Editores), *Interpreting the Precautionary Principle*, Cameron May, London, 1994.
- CANARIS, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker&Humblot, Berlín, 1969.
- CARDESA SALZMANN, A. "El procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología: ¿Un mecanismo eficaz?" en *Revista*

- Electrónica de estudios Internacionales*, Nro. 20, Año 2010, pp. 1-28.
- CARLSSON, F., FRYKBLUM, P. y LAGERKVIST, C-J., *Consumer benefits of label and bans on genetically modified food – An experimental analysis using choice experiments* - Working Paper in Economics Nro. 129 – University of Gothenburg, 2004
- CARTER, C. y GRUÈRE, G., “Mandatory Labeling of Genetically Modified Foods: Does it really provide consumer choice?” en *AgBioForum*, Vol. 6 Nro. 1&2, Año 2003a, pp. 68-70.
- CARTER, C. y GRUÈRE, G., “International approaches to the labeling of Genetically Modified Foods” en *Agricultural Marketing Resource Center*, University of California, 2003b, pp. 1-4
- CARTER, C., “International Approaches to the Labeling of Genetically Modified Foods” en *Update: Agricultural and Resource Economics* – University of California - Giannini Foundation, Vol. 6, Nro 1, Año 2002, p. 2-10;
- CARTY, A., *The Decay of International Law?: A reappraisal of the limits of legal imagination in international affairs*, Manchester University Press, Manchester, 1986
- CASWELL, J., “Labeling Policy for GMOs: To each his own?” en *AgBioForum* Vol. 3, Nro. 1, Año 2000, p. 53-57
- CASWELL, J., “Should use of genetically Modified organisms be labeled?” en *AgBioForum* Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, p. 22-24
- CHESS, C., “Fearing Fear: Communication about Agricultural Biotechnology” en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 17-21
- CHRISTOFOROU, T., *The Precautionary Principle in EC Law and Science*, en TICKNER, J. (editor), *Environmental Science and Preventive Public Policy*, Island Press, Washington, DC, 2003.
- CLIVE, J., *Situación Global de los Cultivos Transgénicos/GM comercializados: 2010*, *International Service for the Acquisition of agri-biotech applications*, Cornell University Press, Ithaca, 2010.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, 58 Sesión, Año 2006.
- CORTI VARELA, J., *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales – Derecho de la Unión Europea y de la Organización Mundial del Comercio*, Reus, Madrid, 2010
- COTTIER, T. y PANIZZON, M., Legal perspectives on traditional knowledge: The case for intellectual property protection, en *Journal of International Economic law*, Vol. 7, Nro. 2, Año 2004.
- CRAM, Laura: “Governance ‘to go’: Domestic Actors, Institutions, and the Boundaries of the Possible” en *Journal of Common Market Studies*, Vol. 39, Nro. 4, Año 2001, pp. 595-618.
- DELMAS-MARTY, M., *Global Law: A Triple Challenge*, Transnational Publishers, New York, 2003.
- DI BENEDETTO, S., “La funzione interpretativa del Principio di Precauzione in Diritto Internazionale” en *Rivista del Commercio Internazionale*, Año 2006, p. 321-352
- DUPUY, P. M., “Soft Law and the International Law of the Environment” en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, Año 1991, pp. 420-435.
- DUPUY, P-M., *Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international*, en BEN ACHOUR, R. y LAGHMANI, S., (Directores) *Harmonie et contradictions en droit international*, Pedone, Paris, 1996.
- DUPUY, P-M., “The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice”, en *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 31, Nro. 4, Año 1999, pp. 791-808.
- DUPUY, P.M., *Le principe de précaution, règle émergente du droit international général*, en LEBEN C. y VERHOEVEN, J., *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, Editions Pantheon Assas, Paris, 2002.
- DUPUY, P-M., “L'unité de l'ordre juridique international” – Cours général de droit international

- public” en *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Vol. 297, Año 2002.
- EINSIEDEL, E., “Consumer and GM Food Labels: Providing information or Sowing Confusion?” en *AgBioForum* Vol. 3, Nro. 4, Año 2000, p. 231-235
- FABRONI, M. y LENZERINI, F., *Indigenous Peoples' Rights, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge: The case of the Sataré-Mawé People* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- FAO/WHO, *Biotechnology and food safety*, Report of a joint FAO/WHO consultation. FAO , Food and Nutrition Paper 61, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 1996.
- FAO/WHO , *Safety aspects of genetically modified foods of plant origin*, FAO/WHO consultation 29 May – 2 June 2000.
- FAO – Commission on genetic resources for food and agriculture. “The role of law in realising the potential and avoiding the risks of modern biotechnology” Background Study Paper Nro. 19, Año 2002.
- FASSBENDER, B., *Sovereignty and Constitutionalism in international law* en WALKER, N. (Editor) *Sovereignty in transition*, Hart, Oxford, 2003.
- FERNANDEZ PONS, X., *La OMC y El Derecho Internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- FISHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G., “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, en *Michigan, Journal of International Law*, Vol. 25, Año 2004, pp. 999 a 1046.
- FRANCIONI, F., (Editor), *Environment, Human Rights and International Trade*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001.
- FRANCIONI, F., *Environment, Human Rights and the limits of free trade* en FRANCIONI, F. (editor) *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001
- FRANCIONI, F., y SCOVAZZI, T. (Editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.
- FRANCIONI, F., *International law for biotechnology: basic principles* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., (editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2006
- FREESTONE, D., *International Fisheries Law since Rio: the Continued Rise of the Precautionary Principle*, en BOYLE, A.E. y FREESTONE, D., *International Law and Sustainable Development: Past achievements and future challenges*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- FRENCH, D., “Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, Año 2006 pp. 305-307
- GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coordinadores), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- GARCIA ROCA, J. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* Nro. 5, Año 2006, pp. 139-182.
- GARCIA ROCA, J. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Vol. 2, Nro. 2, Año 2005, pp. 37-82.
- GEHRING, T. *Dynamic International Regimes: Institution for International Environmental Governance*, Peter Lang, Frankfurt, 1994.
- GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado. Derecho de tolerancia*, Buenos Aires, 1988.
- GOLDSCHMIDT, W., *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1935.
- GOMEZ LOZANO, M., *Bioteología, Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales* en

- CAZORLA GONZALEZ, M. y HERRERA CAMPOS, Ramón (editores), *Aspectos legales de la Agricultura Transgénica*, Universidad de Almería, Almería, 2004.
- GRANT, I. y KERR, W., "Genetically Modified Organisms at the World Trade Organization: A Harvest of Trouble" en *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nro. 6, Año 2003, pp. 1083-1095.
- GUILLAUME, G., "La Cour International de Justice. Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire" en *Revue Général de Droit International Public*, Vol 100, Nro. 2, Año 1996, pp. 323-333.
- GÜNDLING, V.L. "The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action", en *International Journal Estuarine and Coastal Law*, Vol. 5, Año 1990, pp. 23-30.
- HASENCLEVER, A., MAYER, P., RITTBERGER, V., "Interests, Power, Knowledge: The study of International Regimes", en *Mershon International Studies Review*, Vol. 40, Nro. 2, Año 1996, pp. 177-228.
- HAUGEN, H., "Traditional Knowledge and Human Rights" en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 8, No. 5, Año 2005, pp. 663-677
- HELLIO, H., *Résolution et Prévention des conflits normatives* en RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores), *La circulation des concepts juridiques: Le Droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, Vol 16, Año 2009.
- HIGGINS, R., "The ICJ, the ECJ, and the integrity of international law", en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 18, Año 2003, pp. 1-20.
- HIX, Simon: "The Study of the European Union II: The "New Governance" Agenda and its Rival", en *Journal of European Public Policy*, Vol. 5, Nro. 1, Año 1998, p. 38-65.
- HOBAN, T., "Trends in consumer attitudes about agricultural biotechnology" en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 3-7
- HOBBS, A.L.; HOBBS, J.E.; KERR, W.A.; "The Biosafety Protocol: Multilateral Agreement on Protecting the Environment or Protectionist Club?" en *Journal of World Trade*; Vol. 39, Nro. 2, Año 2005, pp. 281-300.
- HOHMANN, H., *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, London / Dordrecht / Boston, 1994.
- HU, J., "The role of international law in the development of WTO law", en *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Nro. 1; Año 2004, pp. 143-167.
- JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P., "Análisis del Principio de Precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea" en *Política y Sociedad*, Vol. 40, Nro. 3, Año 2003, pp. 7-22.
- KADELBACH, S. y KLEINLEIN, T., "International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles" en *German Yearbook of International Law*, Vol. 50, Año 2007, pp. 303-347
- KATZ, D., "The Mismatch between the Biosafety protocol and the Precautionary Principle" en *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 13, Nro. 4, Año 2001, pp. 949-982.
- KELCH, D., SIMONE, M. y MADELL, M., "Biotechnology in agriculture confronts agreements in the WTO" en *Agriculture in the WTO/WRS*, Vol. 4, Año 1998, pp. 34-35.
- KEOHANE, R., *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, Princeton, 1984.
- KEOHANE, R. y NYE, J., *Poder e Interdependencia: La política mundial en transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988.
- KERR, W. "Who Should Make the Rules of Trade? – The Complex Issue of Multilateral Environmental Agreements" en *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Vol. 3, Nro. 2, Año 2002, pp.163-175.
- KRATOCHWIL, F., *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- KRISCH, N., "International Law in times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of

- international Legal Order” en *European Journal of International Law*, Vol. 16, Nro. 3, Año 2005, pp. 369-408.
- KURUK, P., “Bridging the Gap between Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: Is Reciprocity an Answer?” en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 7, Nro. 3, Año 2004, pp. 429-446.
- LAMY, P., “The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order” en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 5, Año 2007, pp. 969-984.
- LEWINSKY, S., *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, Kluwer Law International, La Haya, 2004.
- LINDERFALK, U., “Who are “the parties”? Article 31, paragraph 3(C) of the 1969 Vienna Convention and the “Principle of systemic integration” revisited” en *Netherlands International Law Review*, Año 2008, pp. 343-364.
- LOPEZ MARTÍN, A.G., “Judicialización y sectorización del Derecho Internacional” en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Año 2001-2002, pp. 145-175.
- MARCEAU, G., “A call for coherence in international law – Praises for the prohibition against “clinical isolation” in WTO disputes settlements” en *Journal of World Trade*, Nro. 33, Año 1999, pp. 87-152.
- MARCEAU, G., “Conflict of norms and conflict of jurisdictions -the relationship between the WTO agreements and MEAs and other treaties” en *Journal of World Trade*, Nro. 35, Año 2001, pp. 1081-1131.
- MARCEAU, G., “WTO Disputes Settlement and Human Rights” en *European Journal of International Law*, Vol. 14 Nro. 4, Año 2002, pp. 753-814.
- MARCHALL, K., “What’s in a label?” en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, pp. 35-37.
- MARR, S. “The southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources” en *European Journal of International Law*, Vol. 11, Nro 4, Año 2000, pp. 815-831.
- MARTIN-BIDOU P., “Le Principe de Precaution en Droit International de l’environnement” en *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 103, Nro3, Año 1999, pp. 631-666.
- MC GRADY, B., “Fragmentation of international law or “Systemic integration” of treaty Regimes: EC – Biotech Products and the Proper Interpretation of article 31 (3) (c) of Vienna Convention on the Law of Treaties” en *Journal of World Trade*, Vol. 42, Nro. 4, Año 2008, pp. 589-618.
- MCMANIS, C. *Biodiversity, Biotechnology and the Protection of Traditional Knowledge: Law, Science and Practice* en MCMANIS, C., (Coordinador) *Biodiversity and the Law*, Earthscan, Londres, 2007.
- MC NELIS, N., “EU communication on the precautionary principle” en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3 Nro.3, Año 2000, pp. 545-551.
- MÖRTH, U., *Soft law in governance and regulation – An interdisciplinary analysis*, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, 2004.
- MOSCHINI, G.C. y LAPAN, H., *Labeling regulations and segregation of first and second generation Genetically Modified Product: Innovation incentives and welfare effects*, Working Paper 05-WP, Agricultural Marketing Resource Center – Center for Agricultural and Rural Development – Iowa State University, 2005.
- NGO, M., “La conciliation entre les impératifs de sécurité alimentaire et la liberté de commerce dans l'accord SPS” en *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 21, Nro. 1, Año 2007, pp. 27-42.
- NYE, J. Jr., *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, Madrid, 2003.
- OCDE, “Biotechnology: international trends and perspectives”, Paris, 1982.
- OCDE, *Safety evaluation of foods derived by modern biotechnology, Concepts and Principles*, OCDE, Paris, 1993.
- OCDE, *Report of the task force for the safety of novel foods and feeds*. C(2000)86/ADD1 OCDE, Paris, 2000.
- OCDE, “Policy Brief: Modern Biotechnology and the OCDE” Paris, 2005.
- OGUAMANAM, C., *International Law and Indigenous Knowledge, intellectual Property, Plant Biodiversity and Traditional Medicine*, University of Toronto Press, Toronto, Canada,

- 2006.
- OKAFOR, O., "Viewing international legal fragmentation from a third world plane: A TWAIL Perspective", en *Proceedings of the 34th Annual Conference of the Canadian Council on International Law*, Ottawa, 2006, pp. 115-132.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, La Protección de los Conocimientos Tradicionales: Revisión de Objetivos y Principios, Documento preparado por la Secretaría, 2010.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Nota de la Secretaría, IP/C/W/368/Rev.1, 2006.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio, Protección de los Conocimientos Tradicionales y el Folclore – Resumen de las Cuestiones Planteadas y de las Observaciones Formuladas, Nota de la Secretaría, IP/C/W/370/Rev.1, 2006.
- PAGLIARI, A., "Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos" en *Ars Boni et Aequi - Revista Jurídica Universidad Bernardo O'Higgins*, Nro 5, Año 2010, pp. 11-38.
- PAULUS, A., "Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation", en *Nordic Journal International Law*, Vol. 74, Año 2005.
- PAUWELYN, J., *The application of Non-WTO rules of International Law in WTO Dispute Settlement* en MACRORY, P., APPLETON, A. y PLUMMER, M. *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Springer, New York, 2005.
- PAUWELYN, J. "The role of public international law in the WTO: How Far Can We Go?" en *American Journal of International Law*, Vol. 95, Año 2001, p. 535-578.
- PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Order Rules of International Law*, Cambridge University Press, New York, Año 2003.
- PAUWELYN, J., "How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization law?" en *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nro. 6, Año 2003, pp. 997-1030.
- PAVONI, R., *Biodiversity and Biotechnology: consolidation and Strains in the emerging International Legal Regimes* en FRANCONI, F., y SCOVAZZI, T. (Editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford- Portland, 2006.
- PAVONI, R., *Biosafety and Intellectual Property Rights: Balancing Trade and Environmental Security – The Jurisprudence of the European Patent Office as a Paradigm of an international Public Policy Issue* en FRANCONI, F., (editor), *Environment, Human Rights and International Trade*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001.
- PEEL, J., "A GMO by Any Other Name . . . Might Be an SPS Risk!: Implications of Expanding the Scope of the WTO Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement" en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 5, Año 2007, pp. 1009–1031.
- PETERSMANN, E-U., *Constitutionalism, International Law and "We the people of the United Nations*, Springer, Berlin, 2002.
- PHILLIPS, P. y GRANT, I., "GMO Labeling: Threat or opportunity?" en *AgBioForum*, Vol. 1, Nro. 1, Año 1998, p. 25-30.
- PICONE, P. y LIGUSTRO, P., *Diritto de l'Organizzazione Mondiale del Commercio*, CEDAM, Padova, 2002.
- POLLACK, M. y SHAFFER, G., *When Cooperation Fails: The International Law and Politics of Genetically Modified Foods*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- PULKOWSKI, D., "Book Review" en *European Journal of International Law*, Vol. 16, Nro. 1, Año 2005, pp. 153-160.
- PUTMAN, R., "Diplomacy and Domestic Politics: The logic of two-level games" en *International Organizations*, Vol. 42, Nro. 3, Año 1988, pp. 427-460.
- RAAB, C. y GROBE, D., "Labeling Genetically Engineered Food: The consumer Right to

- Know?" en *AgBioForum*, Vol. 6, Nro. 4, Año 2003, pp. 155-161.
- RAUSTIALA, K. Y VICTOR, D., "The regime complex for plant genetic resources" en *International Organization*, Vol. 58, Nro. 2, Año 2004, pp. 277-309.
- REDGWELL, C., *Biotechnology, Biodiversity and Sustainable Development: conflict or Congruence?* en FRANCIONI, F., y SCOVAZZI, T. (Editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.
- REDICK, T.P., "The Cartagena Protocol on Biosafety: Precautionary Priority in Biotech Crop Approval and Containment of Commodities Shipments" en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 18 Nro. 1, pp. 51-62.
- REICHMAN, J. "The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Corporation with Developing Countries?, Case Western Reserve" en *Journal of International Law*, Vol. 32, Año 2000, pp. 441-470.
- REMIRO BROTONS, A., "Entrevista a Antonio Remiro Brotons" en *Puente @ Europa*, Año V, Nro. 2, Año 2007, p. 24-27.
- RODILES, A., "La fragmentación del Derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidad para México?" en *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, Vol. IX, Año 2009, pp. 373-413.
- ROSSI DAL POZZO, F., *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Giuffrè, Milano, 2005.
- RUIZ FABRI, H. y GRADONI, L. (Directores) *La circulation des concepts juridiques: Le Droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, Vol 16, Año 2009.
- SALINAS ALCEGA, S. y TIRADO ROBLES, C., *Adaptabilidad y fragmentación del Derecho internacional: La crisis de la sectorización*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 1999.
- SANDS, P., "Treaty, Custom and the Cross. Fertilization of International Law" en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 1, Año 1998, pp. 85-105.
- SEIN, A. y MAHMUD, N., "The WTO rules versus Multilateral Environmental Agreements: The Search for reconciliation" en *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, Vol. 57, Nro. 5, Año 2008, pp. 57-79.
- SHAW, S. y SCHWARTZ, R., *Precaución Comercial: El principio de Precaución y la OMC*, Informe UNU-IAS (United Nations University - Institute of Advance Studies), Yokohama, Japón, 2005.
- SHIM, Y., "Intellectual Property Protection of Biotechnology and Sustainable Development in International Law" en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation.*, Vol. 29, Nro. 2, Año 2003, pp. 157-247.
- SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law" en *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nro. 3, Año 2006, pp. 483-529.
- SMITH, F., "Multifunctionality and non-trade concerns in the agriculture negotiations" en *Journal of International Economic Law*, Vol. 3 Nro. 4, Año 2000, pp. 707-713.
- STEWAR, T. y JOHANSON, D., "Anexus of trade and the environment: the relationship between the Cartagena Protocol on Biosafety and the agreement on the application of sanitary and Phitosanitary Measures of the WTO" en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 25, Nro. 1, Año 2003.
- STILWELL, M. y VAN DYKE, B., *An Activist's Handbook on Genetically Modified Organisms and the WTO*, Center of International Environmental Law, Second Edition, 1999.
- TARASOFKY, R., "Ensuring the compatibility between Multilateral Environmental Agreements and GATT/WTO" en *Yearbook of international Environmental Law*, Nro. 7, Año 1996, pp. 52-74.
- TEJERA, V., "Tripping over Property Rights: It is possible to reconcile the Convention on Biological Diversity with article 27 of the Trips agreements?" en *New England Law Review*, Vol. 33, Nro. 4, Año 1999, pp. 967-987.
- TOMUSCHAT, C., "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law", en *Recueil des cours*, Vol. 281,

- Año 1999, pp. 9-438.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Venezuela*, Universidad Autónoma de Madrid, Cortesía de la autora.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., *Lección sobre los derechos de los pueblos indígenas en el orden internacional*, presentada el 22 de noviembre 2000 en la oposición a titular en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid, Cortesía de la autora.
- TRACHTMAN, J., "Regulatory jurisdiction and the WTO" en *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Nro. 3, Año 2007, pp. 631-651.
- TRACHTMAN, J., "The Constitutions of the WTO", en *European Journal of International Law*, Vol. 17 Nro 3, Año 2006, pp. 623-646.
- TROUCHE, A., "Le principe de Précaution, entre unité et diversité: Étude comparative des systèmes communautaire et Organisation Mondiale du Commerce" en *Cahiers de Droit Européen*, Bruxelles, 2008, Nro. 3-4, pp. 279-338.
- TROUWBORST, A., *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague/London/New York, 2002.
- ULLRICH, H., *Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics?* en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T. *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2006.
- UNNVEHR, L. y HASLER, C. "Health claims and labeling regulation: How will consumer learn about functional foods?" en *AgBioForum*, Vol. 3, Nro. 1, Año 2000, pp. 10-13.
- VON BOGDANDY, A., "El constitucionalismo en el Derecho internacional: comentario sobre una propuesta alemana" en *Puente@Europa*, Año V, Nro. 2, Año 2007, pp. 34-42.
- VON BOGDANDY, A., *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, Nro. 1, Año 2006, pp. 223-242.
- WARD, H., "Introduction and Overview" en *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs 1944), Vol. 76, Nro. 2 (Special Biodiversity Issue) Año 2000, pp. 213-222.
- WARWICK, G. "Environmental Protection and Precautionary Principle: A response to scientific uncertainty in Environmental management" en *Environmental and Planning Law Journal*, Vol. 14, Nro. 1, Año 1997, pp. 52-69.
- WENDT, A. y DUVALL, R., *Institutions and International Order* en CZEMPIEL, E.O. y ROSENAU, J., (Editores) *Global Changes and Theoretical Challenges: Approaches to World Politics for the 1990s*, Lexington Books, Lexington, 1989.
- WOUTERS, J. y DE MEESTER, B., "The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation on International Law" en *Journal of World Trade*, Vol. 42, Nro. 1, Año 2008, pp. 205-240.
- ZAPATERO MIGUEL, P., *Derecho del comercio global*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- ZARILLI, S., *Legal Frameworks and Developing Country Concerns* en FRANCIONI, F., y SCOVAZZI, T. (Editores), *Biotechnology and International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.



FLACSO
ARGENTINA



www.wto.org
www.flacso.org.ar