

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
(República Argentina)
<http://www.acader.unc.edu.ar>

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA
INSTITUTO DE FEDERALISMO
INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

JORNADA DE REFLEXIÓN

SOBRE

DERECHO AMBIENTAL

2004

**FRÍAS – CONSIGLI – DEL CAMPO – DRNAS DE
CLÉMENT – JULIÁ - REY CARO-
RODRÍGUEZ DE TABORDA- SALAS**

ISBN 987-1123-22-1

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
(República Argentina)

<http://www.acader.unc.edu.ar>

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

Autoridades

Dr. OLSEN A. GHIRARDI

Presidente

Dr. RICARDO HARO

Vicepresidente

Dr. ERNESTO J. REY CARO

Secretario

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD

Tesorero

Dr. HUMERTO VÁZQUEZ

Director de Publicaciones

Dirección: Gral. Artigas 74-5000 Córdoba

Tel/Fax (0351) 4214929

Mail: acader@arnet.com.ar

www.acader.unc.edu.ar

REPÚBLICA ARGENTINA

| | |
|--|----|
| PALABRAS INTRODUCTORIAS | 9 |
| CARTILLA PARA UN HUMANISMO AMBIENTAL | |
| Pedro J. FRÍAS | 11 |
| ASPECTOS LEGALES Y AMBIENTALES DE LOS INCENDIOS RURALES EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA | |
| Rafael CONSIGLI | 15 |
| Introducción..... | 15 |
| Consecuencias | 16 |
| Legislación..... | 17 |
| Algunas conclusiones | 20 |
| EL TRASVASE DE CUENCAS: UNA CUESTIÓN AMBIENTAL EN UNA LEY DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS | |
| Cristina DEL CAMPO | 23 |
| 1. Introducción..... | 23 |
| 2. ¿Qué es un trasvase de cuencas? | 25 |
| 3. El trasvase como objeto de regulación de la L.G.A. Principales problemas planteados..... | 27 |
| 4. ¿Quién detenta la facultad de regular sobre trasvases de cuenca? | 29 |
| 5. Apuntes de la ley 25.688: ¿los presupuestos mínimos dónde están?..... | 31 |
| LA DISTRIBUCIÓN DE LOS BENEFICIOS DE LOS RECURSOS GENÉTICOS | |
| Zlata DRNAS DE CLÉMENT | 41 |
| LA REGULACIÓN DE LOS RESIDUOS PELIGROSOS, LAS NUEVAS LEYES DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS Y LA SITUACIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA | |
| Marta SUSANA JULIÁ..... | 51 |
| I. Marco legal de los residuos industriales y peligrosos en la Argentina | 52 |
| II. El desarrollo de la legislación en materia de residuos industriales y peligrosos | 54 |
| III. La situación de la provincia de Córdoba en materia de residuos..... | 60 |
| IV. Reflexiones finales..... | 61 |
| LAS “RESERVAS” O “SANTUARIOS” PARA LA PROTECCIÓN DE RECURSOS VIVOS DEL MAR | |
| Ernesto J. REY CARO | 65 |

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
Y MEDIO AMBIENTE

| | |
|---|-----|
| María Cristina RODRÍGUEZ DE TABORDA | 69 |
| EL MEDIO AMBIENTE EN LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA | |
| Graciela Rosa SALAS | 91 |
| Introducción..... | 91 |
| Los instrumentos fundacionales y la cuestión ambiental..... | 93 |
| El devenir de los procesos de integración y la cuestión ambiental..... | 97 |
| A modo de conclusión | 104 |

PALABRAS INTRODUCTORIAS

Respondiendo a la acostumbrada convocatoria del Sr. Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Pedro J. Frías, y con la adhesión del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la misma Institución, se celebró el 18 de agosto de 2004 una nueva Jornada de Reflexión sobre Derecho Ambiental.

En la reunión participó un grupo de estudiosos de la problemática ambiental, quienes expusieron diversos temas vinculados con ella, originándose un fructífero diálogo que permitió a los asistentes acrecentar sus conocimientos y recoger ideas para su posterior reflexión, cumpliéndose de esta manera el objetivo trazado.

La variedad de enfoques desarrollados en las exposiciones no hizo sino reafirmar el carácter multidisciplinario de las cuestiones ambientales y los incontables puntos de conexión que existen entre ellas. Igualmente, pusieron de manifiesto el extraordinario dinamismo de esta rama de las ciencias jurídicas y una toma de conciencia sobre lo mucho que hay que trabajar en todos los niveles de las sociedades nacionales y en la comunidad internacional para encontrar soluciones adecuadas, generalmente impostergables, para garantizar una efectiva protección y preservación del hábitat humano.

Nuevos aspectos de problemas ya existentes y problemas nuevos que requieren atención inmediata. Esta es la realidad que ha tenido que enfrentar el estudioso desde el momento mismo de la gestación de la novel rama del Derecho. Es una constante que justifica plenamente la iniciativa de Frías y que alienta la esperanza de que bajo su dirección los encuentros se reiteren sin solución de continuidad.

Pero la trascendencia y utilidad de estas tertulias ambientales se verían limitadas si no se conocieran los aportes realizados. De allí la idea felizmente concretada de publicarlos, con la advertencia que en casi todos los casos constituyen sólo una versión de las reflexiones básicas efectuadas por los participantes de la Jornada.

Ernesto J. Rey Caro

por PEDRO J. FRÍAS *

1. El ambiente ha impuesto finalmente sus prioridades. Los gobiernos asumen su responsabilidad, después de haber intentado eludirla. La ecología se instala en las constituciones. Los científicos prefieren las soluciones interdisciplinarias. Los fans parecen dispuestos a usar alternativamente la persuasión y la acción directa. Los desechos nocivos cruzan las fronteras. El mecenazgo se vuelca a la fauna silvestre y a algunas operaciones de prestigio. Los pulmones verdes, como la Amazonia, y el continente blanco, tienen precio. La calidad es otro de sus nombres. Hemos terminado conociendo con algún pesar que sólo somos administradores de la herencia de nuestros hijos.
2. Las nuevas responsabilidades tienden a hacernos más sensibles, más solidarios, más ordenados. Deben inspirarnos repugnancia, el despilfarro de ciertos recursos y apego a ciertos bienes de poco precio... hasta que desaparecen. Pero, en un momento dado, la productividad entra en conflicto con la ecología y la libertad con las restricciones. Es hora de la moral, de la economía y el derecho. La moral tendrá que enseñar los deberes consigo mismo y con los demás, porque la relación de alteridad es consustancial al ambiente. La economía tendrá que partir de la verdad primordial que es la destinación universal de los bienes, no obstante la legitimidad de la apropiación privada.
3. Ecología y productividad deben conciliarse. Las dos sirven a la vida humana. Ni el subdesarrollo ni la degradación ambiental tienen derechos adquiridos. No toda restricción es legítima. El impacto ambiental razonable debe imponer sus resultados. Unos pedirán crecimiento cero para los países desarrollados, otros encontrarán una impronta productivista respetuosa de las legítimas reivindicaciones de la ecología.
4. La dispersión de normas no es aconsejable. La de jurisdicciones poco claras tampoco. La concertación previa es necesaria y no está mal que los presupuestos mínimos sean de competencia nacional y la legislación complementaria pertenezca a las provincias. Aun así, sería interesante uniformarla en lo posible, o sea, excluyendo sólo las situaciones muy específicas: la prioridad del paisaje en las zonas turísticas, la fragilidad del bosque patagónico, la contaminación del dique San Roque en Córdoba o de Salí-Dulce en Tucumán, y otras. Es deseable un digesto ambiental.
5. El crecimiento de la población no es la causa estructural de la degradación ambiental ni de la escasez de recursos naturales. Así lo interpretan pesimismo históricos que no se han visto confirmados pero que inspiran a algunos ambientalistas. La causa es la conducta humana, movida por el egoísmo, la imprevisión. La poco frecuente conciencia ambiental debe despertar la sensibilidad, entrenar las aptitudes, construir el futuro.
6. La energía nuclear debe ser restringida, conforme a estudios de impacto, y de comparación en costos y riesgos con otras fuentes de energía.
7. También el orden internacional reconoce la responsabilidad y protagonismo convergentes del Estado, el sector económico y la sociedad civil en la protección de los derechos humanos, el ambiente y el desarrollo sustentable, como interdependientes y complementarios.
8. Debe avanzarse en la gestión de incentivos económicos con el objeto de fomentar la conservación, mejoramiento y restauración del ambiente y de los recursos naturales renovables,

por una parte, y por otra, en las tasas de servicios ambientales, por la utilización diferencial de la atmósfera, las aguas o el suelo para arrojar desechos que sean resultado de actividades lucrativas.

9. El uso del entorno y sus recursos es diferente del goce asegurado por la Constitución Nacional. El uso puede generar responsabilidades sin culpa, o sea responsabilidad objetiva, ya que el operador de riesgo debe incorporar a sus costos la prevención y la eventual reparación del daño.

10. Entramos al tercer milenio con más conciencia ecológica pero con más desafíos: nuevos sectores sociales, como el irredentismo indígena, activo en varios países, nuevas tensiones por explosiones nucleares; impugnaciones activas que amenazan el trazado de gasoductos, la circulación vehicular, la explotación minera que transformará el Noroeste argentino y, en menor medida, la Patagonia, la tala selectiva de bosques, la razonable exigencia de empresas que quieren digestos sin omisiones para evaluar sus riesgos. Pero, a lo menos la cláusula constitucional es clara y se va desarrollando; ya tenemos la ley general del ambiente.

NOTAS

* Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de Federalismo de la misma Academia.

ASPECTOS LEGALES Y AMBIENTALES DE LOS INCENDIOS RURALES EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

por *RAFAEL CONSIGLI* *

Sumario: Introducción. Consecuencias. Legislación. Algunas conclusiones.

Introducción

Los incendios rurales siempre son preocupantes en una provincia proclive a este tipo de siniestros por las características de su clima, por las extensiones cubiertas por bosques autóctonos o implantados o por el difícil acceso en las zonas serranas. La susceptibilidad al fuego de las especies de nuestra flora, la acumulación de material vegetal muerto y las condiciones climáticas, favorecen en gran medida este fenómeno.

Aunque toda época encierra riesgos de incendios de campos, durante el invierno la sequía constituye el principal agente provocador y propagador. Los incendios invernales son muy comunes en las sierras y en la zona norte y oeste de la provincia, complicándose en el primer caso, por la irregular topografía y los frecuentes cambios de dirección del viento, mientras que en el segundo caso, la presencia de masas boscosas dificultan el control, por la magnitud que puede alcanzar el fuego.

Muy pocas veces los incendios rurales se producen por causas naturales, casi siempre son originados por el hombre, aunque es bueno aclarar que, a veces, se concretan intencionalmente y otras de manera accidental. En el primero de los casos, podríamos hablar de irresponsabilidad o ignorancia, en el segundo, de descuido.

La mayor parte de los incendios en Córdoba se relacionan con viejas y tradicionales prácticas agropecuarias, que hoy se tratan de desalentar por ser perjudiciales no sólo en lo ambiental, sino también en lo económico. La quema de pasturas ha sido y sigue siendo una práctica habitual que, sin embargo, produce numerosos efectos indeseables sobre el suelo, la atmósfera, la vegetación, la fauna silvestre y el paisaje, aunque en este último caso se trate de un impacto temporal.

Cada año, esta mezcla de negligencia e ignorancia humana provoca cuantiosas pérdidas en la provincia, a partir de la inutilidad por muchos años de vastas superficies y el empobrecimiento de la población rural que pierde su principal medio de subsistencia. Con el empobrecimiento ambiental sobreviene la disminución de la calidad de vida y del nivel económico de los pueblos.

Consecuencias

La diferencia entre los incendios forestales y otros fenómenos naturales (inundaciones, vientos, etc.) es que el impacto ambiental de éstos es de breve duración, en cambio, las pérdidas causadas por los incendios suponen largos períodos de recuperación. La mayor parte de la superficie quemada permanecerá con un alto grado de deterioro, fragilidad y baja diversidad de organismos por muchos años. Los incendios son una de las principales causas de desertificación en áreas mediterráneas.

No está de más recordar los principales efectos negativos que causan los incendios, especialmente, los fuegos accidentales, que por ser espontáneos y no deseados, son los que mayores daños ocasionan:

- afecta bosques y pastizales naturales que son fundamentales para el funcionamiento de nuestras cuencas hídricas
- elimina especies vegetales de interés para el hombre: leñosas, aromáticas y medicinales
- elimina vegetales impidiendo el retorno de materia orgánica al suelo

- deja el suelo expuesto a los agentes erosivos
- incrementa la circulación superficial del agua en suelos con pendiente
- destruye la microbiología y la estructura del suelo
- elimina la fauna y los insectos polinizadores
- descarga grandes volúmenes de CO₂ a la atmósfera
- pone en riesgo la seguridad de las personas, instalaciones y ganado
- disminuye los ingresos económicos al afectar los recursos turísticos

Legislación

Es necesario que los productores agropecuarios y los ciudadanos en general conozcan la legislación existente en nuestra provincia en esta temática específica.

La ley provincial 8751, sancionada en 1999, establece las acciones, normas y procedimientos para el manejo del fuego en áreas rurales y forestales en el ámbito del territorio de la provincia de Córdoba, estableciendo como funciones de la autoridad de aplicación la de elaborar el Plan Anual de Prevención y Lucha contra el Fuego y el Mapa de Zonificación de Riesgo de Incendio, implementar campañas de prevención, fomentar programas educativos de carácter formal y no formal y desarrollar un programa de investigación y experimentación en prevención, lucha y consecuencias de incendios.

Uno de los aspectos más importantes de esta norma es que *prohíbe el uso del fuego en el ámbito rural y/o forestal*, salvo en aquellos casos en que se cuente con autorización emanada de la autoridad de aplicación (art. 4°). En el art. 3° inc. d) establece que la autoridad de aplicación podrá autorizar, a modo de excepción, la utilización del fuego en quemas controladas y prescriptas, *pero en ningún caso, dicha autorización podrá recaer en áreas naturales, reservas y bosques naturales o implantados*.

En el art. 5° expresa que toda persona que tenga conocimiento de la existencia de un foco ígneo que pueda producir o haya producido un incendio rural o forestal, está obligada a formular inmediatamente la denuncia a la autoridad más próxima, y ésta a aceptarla. Asimismo, toda persona física o jurídica que cuente con cualquier medio de comunicación deberá transmitir con carácter de urgente las denuncias que se formulen.

En el art. 12 establece que los particulares, entidades públicas o empresas privadas que por cualquier motivo utilicen la práctica de quemas, deberán *solicitar la autorización y realizar las comunicaciones previas* a concretar la quema. En cada caso, la autoridad de aplicación en coordinación con las juntas municipales de Defensa Civil y los cuerpos de Bomberos Voluntarios, *decidirá sobre los recursos humanos y equipos necesarios* para la realización de las quemas. Estas deberán ser indefectiblemente supervisadas y controladas por un técnico habilitado por la autoridad de aplicación.

En síntesis, una persona que deba realizar una quema en área rural, tendrá en cuenta las siguientes condiciones para efectuarla y evitar la propagación del fuego:

- solicitar la autorización correspondiente al órgano de aplicación
- aviso previo a la policía y bomberos de la zona
- notificación previa a vecinos
- delimitación del predio a quemar
- considerar las condiciones climáticas reinantes
- cantidad de personal para realizar la quema
- proximidades de fuentes de agua
- elementos para combatir un posible siniestro

La ley provincial 8431 (Código de Faltas de la Provincia de Córdoba) expresa en su art. 79: *“Peligro de incendio. Serán sancionados con multa de hasta cincuenta Unidades de Multa (50 UM) o arresto de hasta veinte (20) días, los que sin causar incendios, prendieren fuego en los caminos o campos, sin observar las precauciones necesarias para evitar su propagación”*. Este

artículo se aplica generalmente a los que prenden fuego en áreas rurales sin autorización mientras no se haya afectado a terceros.

En el Código Penal de la Nación, Título VII: Delitos contra la seguridad pública, se incluye el art. 186, que expresa: “El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:

- 1) con reclusión o prisión de 3 a 10 años, si hubiere peligro común para los bienes;
- 2) con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:
 - a) de cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;
 - b) de bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;
 - c) de ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;
 - d) de la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;
 - e) de alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;
 - f) de los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;
- 3) con reclusión o prisión de 3 a 15 años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;
- 4) con reclusión o prisión de 3 a 15 años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;
- 5) con reclusión o prisión de 8 a 20 años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona”.

Asimismo, en el art. 189 establece: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare incendios u otros estragos.

Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años.

Pero en el caso de que el fuego pase a campos vecinos afectando bienes o propiedades de terceros, corresponde *delito* y se podrá aplicar el art. 186 C.P..

Otra norma legal que hace referencia al fuego es la ley forestal 8066, que en su art. 66 establece como contravenciones forestales, el llevar o encender fuego en el interior de los bosques y zonas adyacentes en infracción a los reglamentos respectivos y, además, los incendios forestales causados con intencionalidad o por negligencia o desconocimiento de las normas mínimas de prevención vigentes.

En la actualidad, la Agencia Córdoba Ambiente, junto con otras instituciones, coordina las acciones para la prevención y lucha contra los incendios en nuestra provincia.

Algunas conclusiones

Además de lo que pueda establecer la legislación, es fundamental que recordemos los innumerables perjuicios que puede causar el fuego a cada uno en particular y a la sociedad en general, cuando no se toman las precauciones mínimas para evitar su propagación.

En general, no se justifica el uso del fuego como medio para solucionar algunos problemas rurales, porque es frecuente que el fuego no se pueda controlar y se expanda a lugares no deseados y a campos vecinos, y que provoque pérdidas generando problemas de índole ecológico, económico y social.

Estos lamentables episodios, que se repiten en nuestra geografía desde hace bastante tiempo, invitan a reflexionar sobre la necesidad de diseñar mecanismos de prevención eficaces.

La defensa contra los incendios rurales necesita la existencia de tres acciones, que son: la prevención, la alerta temprana y el control eficaz. Teniendo en cuenta que una vez iniciado un incendio es muy difícil controlarlo, lo mejor es cumplimentar las medidas de prevención adecuadas. Dentro de la prevención cobra un papel fundamental la educación. A veces, a pesar de las acciones de prevención, los incendios ocurren igualmente. En estos casos, detectarlos en forma temprana, es esencial para lograr su control.

Gran parte de los daños y pérdidas económicas que produce el fuego pueden evitarse si se localiza y controla el incendio cuando aún es incipiente.

Si bien es común que se dé prioridad a los gastos en equipamiento para controlar los incendios, estos gastos seguirán creciendo indefinidamente si sólo se actúa sobre las consecuencias y no sobre sus causas.

Una solución adecuada a este problema exige como condición el desarrollo de una suficiente investigación, experimentación y extensión adaptadas a las condiciones locales.

Se hace necesario, sobre todo, un cambio en las conductas de los individuos; que cada habitante llegue a sentirse responsable respecto del medio natural que le rodea. Recordemos que los agricultores, con sus decisiones diarias, pueden no sólo mantener la sustentabilidad de sus explotaciones, sino que al mismo tiempo, pueden mejorar el ambiente para todos los integrantes de la sociedad.

NOTAS

* Ingeniero agrónomo. Oficial principal, División Patrulla Ambiental, Policía de la Provincia de Córdoba.

EL TRASVASE DE CUENCAS: UNA CUESTIÓN AMBIENTAL EN UNA LEY DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS

por CRISTINA DEL CAMPO *

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué es un trasvase de cuencas? 3. El trasvase como objeto de regulación de la L.G.A.. Principales problemas planteados. 4. ¿Quién detenta la facultad de regular sobre trasvases de cuenca? 5. Apuntes de la ley 25.688: ¿los presupuestos mínimos dónde están?

1. Introducción

Con este trabajo se intenta, en principio -y, aprovechando la aún reciente entrada en vigencia de la ley de presupuestos mínimos sobre aguas- revisar la regulación establecida por ésta como perteneciente a “los presupuestos mínimos ambientales” (P.M.A.) y dejar planteados una serie de interrogantes sobre algunos aspectos de esta ley en relación específica a la regulación de presupuestos mínimos ambientales aplicables a los trasvases de cuencas.

La temática de los trasvases de cuenca es seleccionada por constituir un accionar humano de alto impacto ambiental, por lo tanto, un importante accionar a ser regulado por la normativa ambiental de presupuestos mínimos. Los trasvases son esencialmente modificaciones antrópicas sobre cursos y cuerpos de agua. Modificaciones éstas que, deben ser reguladas por los titulares de los recursos hídricos, esto es, por las provincias, en función de realizarse con objetivos -por lo general- de desarrollo. Esta actividad antrópica es notoriamente impactante del ambiente, por lo que aparece como apropiado ingresar a observar la ley 25.688 en su rol de ley de presupuestos mínimos “ambientales”, frente a las facultades arrogadas por la Nación sobre competencias provinciales como es la del manejo -entre otros- de sus recursos hídricos.

En la Argentina, a partir de la constitucionalización del derecho al ambiente y la nueva distribución de competencias establecida en el tercer párrafo del art. 41 de la Constitución Nacional (C.N.) se nos presenta un nuevo orden jurídico en materia ambiental. Así aparece la ley general del ambiente (L.G.A.) o ley de presupuestos mínimos ambientales (L.P.M.), la cual se ostenta estableciendo principios y objetivos de política ambiental y una serie de instrumentos de gestión ambiental, más allá de las novedades institucionales que incorpora.

Esta ley no llega sola, sino que viene de la mano de otras leyes de presupuestos mínimos, que han dado un paso atrás en lo referente a las características de una regulación de tipo ambiental al volver a presentar -en cierta medida- un perfil fragmentario y sectorial en la regulación de lo ambiental.

Pero ello no aparece como lo más llamativo de estas leyes satélites, lo más sorprendente es que, algunas regulan en materia de recursos naturales y no desde lo ambiental. Con lo que nos encontramos ya frente a una competencia provincial arrogada por el Congreso de la Nación, como es la de desconocer facultades de jurisdicción legislativa en materia de recursos naturales¹, sino que sobrepasa la línea pretendiendo realizar una delegación de competencias expresamente prohibida por nuestra C.N. (art. 76).

Esto es, se parte de la nueva delegación de facultades de dictado de los presupuestos mínimos al Congreso de la Nación y se termina en la asignación a organismos nacionales de facultades en materia de recursos naturales, propias de las provincias y, en algunos casos, propias de la facultad de concertar de las provincias.

En definitiva, se pretende dejar planteadas una serie de reflexiones sobre algunos aspectos de la ley de gestión de aguas, entre otros, sobre su constitucionalidad y sobre su pertenencia o no -

material- a las leyes de presupuestos mínimos. Ello permitiría, a su vez, ser la plataforma para razonar sobre la pertinencia de la temática del trasvase de cuencas como materia de regulación de los presupuestos mínimos y el desdibujamiento de tal pertinencia u oportunidad al regularse, en lugar de presupuestos mínimos ambientales, asignaciones de facultades a organismos nacionales con atribuciones eminentemente provinciales, o al menos, que son materia de la concertación de las provincias.

2. ¿Qué es un trasvase de cuencas?

“Las detracciones de agua de los ríos constituyen una de las alteraciones antropogénicas del ciclo terrestre del agua, a las que hay que sumar la extracción de aguas subterráneas, el drenaje de zonas húmedas, la construcción de embalses, la deforestación, la desertificación y la erosión del suelo en zonas agrícolas. Desde la perspectiva del cambio global, el control de las cuencas fluviales mediante obras de ingeniería representa una alteración significativa y virtualmente instantánea de la cantidad y el régimen del flujo de agua continental”².

De esta manera, quisiera comenzar expresando algunas ideas, tales como que, para que exista trasvase de cuencas, debe haber una cuenca de origen en la que hayan excedentes hídricos, y una cuenca de destino con déficits. Y si bien es notoria la idea real del impacto global³ de estos emprendimientos, es de aclararse que esta temática no es sólo una cuestión ambiental, ya que la realidad nos dice que se trata de una cuestión de ejecución de políticas hídricas que conlleva la construcción de infraestructuras, de obras hidráulicas; esto es, en definitiva, una cuestión de políticas.

Los trasvases importan un impacto ambiental, tanto en la cuenca donante, como en la cuenca receptora del agua, debiéndose considerar entre estos impactos, el producido por los aumentos en los usos del agua (ej., aumento de regadíos, en suelos quizás no preparados para ello) como también debe considerarse el impacto ejercido por los embalses previstos. Como sea, es necesario un análisis de impacto que parta del conocimiento detallado del estado actual del ecosistema y no sólo de la existencia de excedentes y de déficits de agua ya que de ambas cuencas hídricas dependen ecosistemas adaptados a ésta.

El impacto aguas abajo de un trasvase equivale a una disminución de caudal que, por supuesto, también implica una alteración del régimen fluvial⁴ y con ello una alteración del sistema al cual están adaptadas las comunidades biológicas, como a la propia evolución geomorfológica del cauce. Por otra parte, podemos preguntarnos qué pasa con esta disminución del caudal que desadapta el curso de agua para contener futuras crecidas, con el consecuente peligro de inundaciones por desbordes, -entre otras consecuencias-.

Los P.M.A. importan -o debieron importar- la base de la regulación en la materia de referencia. Ya que en un territorio tan extenso y tan heterogéneo ambientalmente no podría aventurarse una opinión homogeneizadora sobre la conveniencia o no de los trasvases de cuenca en realidades ambientales tan diversas como las que se presentan en nuestro país, con sus déficits y sus excesos de agua y con sus ambientes construidos. Y un trasvase, en casos como el de Córdoba ciudad -con su requerimiento de agua potable (por la cual realiza hace años trasvase de cuenca)-, o el de la provincia de Mendoza -con sus trasvases con objetivos de distribución, en un área ambientalmente no preparado para el desarrollo pero que el hombre ha convertido en un ambiente altamente modificado (en un oasis) precisamente gracias a un tipo de gestión del agua-, se presenta, a primera vista, -en estos casos- como esencial para el mantenimiento del sistema.

Definitivamente, y más allá de no pertenecer al área disciplinar de esta autora, el trasvase plantea una serie de interrogantes sobre su impacto ambiental, que no pueden desarrollarse desde una sola dimensión de lo ambiental pero que sí deben ser objeto de especial regulación de base, -como los P.M.A.- que permita ser el cauce en el que se muevan las decisiones políticas al momento de decidir este tipo de emprendimientos.

3. El trasvase como objeto de regulación de la L.G.A.. Principales problemas planteados

Política y derecho en los trasvases de cuencas: los límites de un razonamiento eminentemente jurídico

La idea de gestión integral de cuencas hídricas con la necesaria valoración de impactos ambientales se da lugar a nivel mundial. Son diversas las conferencias internacionales, declaraciones, tratados y convenios internacionales, multilaterales, foros científicos, etc.⁵, que han hecho evolucionar el mundo de conceptos que rondan en torno a la gestión de los recursos hídricos en unidades ambientales de cuencas. Las viejas políticas hídricas que tenían amplia aprobación, hoy se cuestionan en sus bases conceptuales y, especialmente, desde presupuestos ambientales.

Por otra parte, y mas allá de todos los razonamientos que puedan llevarse a cabo en relación a las ventajas o a los inconvenientes de realizar una transferencia de aguas entre distintas cuencas hídricas, la decisión final tendrá siempre un contenido político. Y nada mejor, en tal sentido, que una ley de política ambiental que fije los lineamientos base de gestión ambiental del recurso. Por ello, sería aconsejable una coherente política hidráulica⁶ que observe los principios de política ambiental expuestos en la L.G.A.⁷.

Los principios de prevención⁸ obligan a una estricta evaluación ambiental de todas las actuaciones sobre una cuenca. Ello importa velar por el mantenimiento adecuado de la calidad y cantidad de las aguas y de los ecosistemas en las que éstas se encuentran. Mas allá de reconocerse que los trasvases responden a criterios de oportunidad, también cabe resaltar que la regulación de los trasvases no puede consistir en una mera autorización al Poder Ejecutivo para la realización de infraestructuras, sino que, debería ir acompañada de una serie de elementos garantizadores de derechos y facultades. Y si bien se reconoce el límite real que importa regular sobre trasvases de cuenca, las L.P.M. se presentan como una oportunidad imperdible para lograr configurar el marco base para políticas hídricas acordes a los derechos reconocidos constitucionalmente en materia ambiental.

4. ¿Quién detenta la facultad de regular sobre trasvases de cuenca?

Las provincias, como titulares del dominio publico de sus aguas. Y no la Nación en una extensión de atribuciones no delegadas, esto es, vulnerando jurisdicciones locales. Si bien las bases ambientales deben ser establecidas por el Congreso de la Nación a través del dictado de la L.P.M.. El criterio orientador surge del art. 3º de la ley 25.688 que expresa: “Art. 3º.- Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”.

Sentándose mediante este artículo el criterio de unidad de cuenca para la gestión integral de cuencas hídricas que ya viniera siendo propuesto desde organismos y en convenios internacionales, como asimismo en nuestros principios rectores sobre política hídrica⁹. Creando a la par de ello un organismo denominado “comité” para las cuencas interjurisdiccionales.

Al fijarse en esta ley la cuenca como unidad de gestión indivisible podemos preguntarnos qué ocurre con los trasvases de cuencas, tan necesarios en diversas áreas secas de nuestro país. En tal sentido, autores mendocinos expresan: “¿Será imposible la gestión conjunta de ambas cuencas aunque se consideren antes, durante y después de concretarlos las variables ambientales en juego? Obviamente, poco margen -por no decir ninguno- queda al legislador local sobre sus ríos internos, o sobre los ríos compartidos con otras provincias con las que medien acuerdos de gestión”¹⁰.

Pero para no quedarnos en ello, pasemos a recordar que, conforme al art. 124, las provincias son titulares del dominio sobre sus recursos naturales y no han sido despojadas de tal dominio, hasta el momento. Que poseen -aun- la jurisdicción legislativa en la materia, ya que tampoco ésta fue delegada a la Nación, siendo esta materia de competencia exclusiva de las provincias.

Por otra parte, recordemos que el art. 5º C.N. y el art. 122 C.N., facultan a las provincias a darse sus propias instituciones y a regirse por ellas. Y que el art. 41 C.N., habilita la jurisdicción

legislativa a la Nación para el dictado de presupuestos mínimos en materia ambiental, e impide - en la misma regulación-, alterar las jurisdicciones locales.

Como veremos más adelante, este criterio “ambiental” de gestión unitaria de cuencas, se va desvirtuando al punto de asignarse facultades a poderes que constitucionalmente no los tienen. Con lo que vuelve la eterna disputa sobre las intromisiones de la Nación en atribuciones no delegadas expresamente en materia de aguas provinciales. Y de la mano de ello vuelve también la temática referida a las facultades nacionales sobre las aguas interjurisdiccionales, sobre las cuales, las provincias tienen la facultad de acordar -ya que no ha habido delegación expresa- y en todo caso, la Nación depende de la invitación de las provincias para integrar los comités de cuencas que formen las mismas provincias conforme al ejercicio de su poder de concertar acuerdos interprovinciales (art. 125 C.N.). Por lo que no es la Nación quien tiene la facultad de crear comités por ley en ejercicio de facultades no delegadas. Y lo que sí debió es dictar presupuestos mínimos ambientales en materia de aguas que sirvieran de base para la adopción de políticas hídricas ambientalmente adecuadas, especialmente, en nuestro caso de referencia: los trasvases de cuencas.

5. Apuntes de la ley 25.688: ¿los presupuestos mínimos dónde están?

La ley 25.688 denominada: régimen de gestión ambiental de aguas sancionada por el Congreso de la Nación, publicada los primeros días de 2003 es una ley encuadrada formalmente dentro de las señaladas como leyes específicas de presupuestos mínimos de protección ambiental en los términos del art. 41 C.N.¹¹.

Esta ley incurre en materia de competencias no delegadas y se presenta como una pretendida ley de presupuestos mínimos -que no establece- y que ya desde su título viene a incursionar en ámbito de la gestión de los recursos naturales de la mano de lo ambiental a través de lo avalado por el art. 41 C.N.. En tal sentido, Valls señala: *“La ley 25.688 tiene una visión irreconciliable con una mirada tanto ambiental como hídrica porque vulnera un principio básico de cualquier política, no ha respetado los preceptos básicos constitucionales ni la construcción sociocultural del recurso y el ambiente en el país”*¹².

La ley 25.688 es la más criticada de las nuevas L.P.M., porque se considera que avanza sobre las competencias propias de la provincia en materia de aguas.

“Art. 1º.- Esta ley establece los presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional”.

Aparece con la finalidad formal de establecer los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Sin embargo, la ley que se denomina de gestión ambiental de aguas, hace referencia directa a la utilización de las aguas y no presenta mención de algún “presupuesto mínimo” ambiental.

Tristemente, reinventa conceptos. Así el art. 2º de la ley impone nuevos conceptos de agua y de cuenca lo cual termina por excluir áreas territoriales y tipos de agua.

“Art. 2º: A los efectos de la presente ley se entenderá por agua, aquélla que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas.

Por cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas”.

Ello, como si el agua, cualquiera sea su expresión, nada tenga que ver con el ecosistema del que forma parte, ni con la realidad ambiental en la que se integra. Como si nuestro país no fuera un territorio que en su realidad ambiental pudiera albergar diversidades de todo tipo.

“Art. 3º.- Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”.

Como ya mencionáramos, mediante este artículo se sienta el criterio de unidad de cuenca para la gestión integral de cuencas hídricas que ya viniera siendo propuesto desde organismos y en

convenios internacionales¹³. Este artículo debió constituirse en eje central en materia de trasvases de cuenca.

“Art. 4º.- Créanse, para las cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas. La competencia geográfica de cada comité de cuenca hídrica podrá emplear categorías menores o mayores de la cuenca, agrupando o subdividiendo las mismas en unidades ambientalmente coherentes a efectos de una mejor distribución geográfica de los organismos y de sus responsabilidades respectivas”.

Así crea, como por arte de magia, los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y de “*colaborar en la gestión*” ambientalmente sustentable de las cuencas interjurisdiccionales. Establece, contrariamente a lo inmediatamente dispuesto en el art. 3º, que: La competencia geográfica de cada comité de cuenca hídrica podrá emplear categorías menores o mayores de la cuenca, agrupando o subdividiendo las mismas en unidades ambientalmente coherentes a efectos de una mejor distribución geográfica de los organismos y de sus responsabilidades respectivas (art. 4º).

Es conocido que se han creado múltiples comités de cuencas en la República Argentina, y esto de re-inventar un instituto eminentemente federal, cuya constitución nace del acuerdo de las provincias que constituyan una cuenca, “asesorado” por la Nación, quien, nuevamente, pretende recrear la experiencia poco fructífera de los comités de cuencas nacidos a la luz del decr. 4362/71, *para facilitar que la ex Secretaría de Recursos Hídricos de la Nación asesorara a las provincias dueñas de sus aguas, por convenio*¹⁴. Y cuyos resultados fueron poco perdurables en el tiempo ya que no eran nacidos de la voluntad originaria de las provincias, esto es, de acuerdos interprovinciales previos¹⁵.

Mediante este articulado se desconocen fronteras políticas estatales, que importan la base del reconocimiento de un Estado nacional. Pre-existencia de provincias que se desconoce al desconocerse jurisdicciones políticas en pos de pretendidas jurisdicciones ambientales, que requerirán ser “asesoradas” por la Nación.

El art. 5º hace referencia que se entiende por utilización de las aguas a los efectos de esta ley, artículo que requiere un análisis pormenorizado que excede el objeto de este trabajo. Sin embargo, brevemente puede acotarse que es la misma ley la que reconoce la desviación de aguas como un acto de utilización, esto es, encuadrado en las políticas sobre recursos hídricos.

“Art. 6º.- Para utilizar las aguas objeto de esta ley, se deberá contar con el permiso de la autoridad competente. En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen”.

Utilizar las aguas, importa “usos” como la palabra lo indica, esto es, hace referencia directa a recursos, y es pertinente que sea la autoridad competente la que los autorice, esto es, el organismo provincial pertinente. En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, *será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente*, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen.

Este artículo aparece emulando a la ley 13.030¹⁶ y compitiendo con la ley 15.336 de energía eléctrica dictada por el Congreso Nacional en cuanto a su constitucionalidad. Quizás este artículo -también en cuanto a su constitucionalidad- tenga el mismo destino¹⁷.

La delegación de funciones legislativas en la ley 25.688

Los arts. 4º y 6º de la ley 25.688 atribuyen a un órgano administrativo federal, la facultad de decidir -en cada caso- si se permite o no la actividad que genere un impacto ambiental significativo sobre otras jurisdicciones. Esto es, desde un criterio eminentemente preventivo, desde lo ambiental, se busca prevenir daños en cuencas interjurisdiccionales.

Y aquí el análisis quizás debería ser redireccionado y preguntarnos qué atribuciones están dispuestas las provincias a “delegar” en este órgano administrativo o comité “federal” (para la aprobación del permiso). O, si este Comité de Cuenca correspondiente, tendrá las atribuciones (ya facultado conforme al mismo art. 6º) que designe la autoridad nacional.

Con lo cual nos quedan dos grandes direcciones de interpretación: 1. Que el art. 6° establece la facultad para aprobar o no el permiso, fijando de esta manera, una jurisdicción administrativa federal de carácter obligatorio. 2. Que este Comité, sea dependiente de las atribuciones específicas que las provincias le otorguen en forma expresa para poder decidir.

Parecería más claro el lineamiento primero, esto es, que en este art. 6° lo que se hace es atribuir la jurisdicción administrativa federal como forzosa, lo cual, podría importar la demanda -como ya lo hiciera la provincia de Mendoza- de inconstitucionalidad por las provincias argentinas.

“Art. 7°.- La autoridad nacional de aplicación deberá:... b) Definir las directrices para la recarga y protección de los acuíferos; d) Elaborar y actualizar el Plan Nacional para la preservación, aprovechamiento y uso racional de las aguas, que deberá, como sus actualizaciones ser aprobado por ley del Congreso de la Nación. Dicho plan contendrá como mínimo las medidas necesarias para la coordinación de las acciones de las diferentes cuencas hídricas”.

Aquí tampoco aparecen los presupuestos mínimos ambientales. Y si bien se reconoce que en este artículo lo que se hace es “crear” una autoridad para ejercer los poderes que le fueron atribuidos por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 32) lo que no se entiende (pero que se viene repitiendo en otras leyes específicas sobre la P.M.A.) es que el Congreso Nacional delegue las facultades que le fueran otorgadas mediante el art. 41 C.N., donde se atribuye “a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección” se refiere al *Congreso Nacional y no al Ejecutivo nacional*. Y si consideramos que el dictado de los presupuestos mínimos ambientales es legislar, lo que se está haciendo -conforme al art. 7° de la ley- es delegar funciones legislativas, lo cual, no sólo no encomienda el art. 41 C.N., sino que está *prohibido expresamente* por la misma Constitución Nacional, en el art. 76.

“Art. 8°.- La autoridad nacional podrá, a pedido de la autoridad jurisdiccional competente, declarar zona crítica de protección especial a determinadas cuencas, acuíferas, áreas o masas de agua por sus características naturales o de interés ambiental”.

Mediante el art. 8° de la ley tampoco se sancionan presupuestos mínimos ambientales. Lo que sí se hace es facultar a la autoridad nacional para “declarar zona crítica de protección especial a determinadas cuencas, acuíferos, áreas o masas de agua por sus características naturales o de interés ambiental”.

6. Apuntes del desconcierto¹⁸ que plantea la ley 25.688

Más allá de considerarse a esta ley como inconstitucional, pueden apuntarse una serie de incongruencias, irracionalidades y desatinos. Así puede indicarse que:

- La ley 25.688 no es de presupuestos mínimos ambientales. Ni siquiera puede ser considerada de protección como se establece en nuestra C.N..

- Sí, en cambio, y como lo establece su título, es de *gestión*, pasando por encima de la misma C.N., en su génesis y en su articulado.

- Es una ley que incumple los propios objetivos del mandato constitucional ya que, paradójicamente, una ley que debió ser de protección, delega (art. 7°) la materia de protección a la reglamentación en organismo nacional, “trasvasando” la manda constitucional, del Congreso de la Nación al Ejecutivo Nacional.

- Esta ley se encolumna en la misma línea que se lo hiciera la ley de energía, por citar una de las regulaciones de las mas representativas en materia de vulneramiento de facultades provinciales en materia de recursos hídricos.

- Esta ley dispone (art. 4°) la creación de organismos consultivos específicos, de “asesoramiento” y de “colaboración” en la “gestión conjunta” de las cuencas interjurisdiccionales con lo cual ha pretendido descubrir la “salida” a nuestro “confuso” problema de federalismo en materia de aguas interjurisdiccionales. Por supuesto, ello muy por encima de lo que debe entenderse por presupuesto mínimo y de la facultad provincial de fijar acuerdos en la materia.

- Se establece como unidad indivisible de gestión del agua (art. 3º) a la cuenca. Ello, con criterios de escritorio y desconociendo totalmente la realidad ambiental de nuestro país. Ya que existen provincias que no podrían sostener sus ambientes construidos (y naturales creados) ya existentes sin estos trasvases. Por otra parte, no se tuvo en cuenta que la C.N., establece el derecho al ambiente y no el derecho ecológico. Dejando atadas de pies y manos a las provincias en cuanto a la “gestión de sus recursos”.

- Es una ley de administración de aguas. Materia ésta propia de los Estados provinciales. Por lo tanto, es una *no ley* de presupuestos mínimos .

- Se establece (art. 5º) el contenido de lo que se entiende por “utilización de las aguas” en un listado verdaderamente asombroso, no sólo porque subvierten el significado de la palabra “utilización” sino porque el término no pudo ser abusivamente empleado en una ley que, debió ser discreta en el abuso que implica este abalanzarse sobre competencias provinciales, sobre lo que es dominio provincial: los recursos naturales. Desconociendo no sólo la Constitución Nacional, sino las provinciales, su derecho público provincial y olvidando, por lo tanto, que el derecho de aguas es local.

- Estipula preceptos sobre usos de las aguas (art. 6º) regulando aspectos vigentes en las distintas jurisdicciones en relación al uso del agua y avanzando, en el caso de las aguas jurisdiccionales, en soluciones que constitucionalmente ya están determinadas.

- Esta “no ley de presupuestos mínimos” es ineficaz e ineficiente, esto es, tiene un enfoque equivocado -como legislación ambiental- para el tratamiento jurídico de los problemas ambientales ¹⁹.

En resumen, esta ley se presenta como una oportunidad desaprovechada de regular ambientalmente en materia de aguas y un nuevo precedente de vulneramiento de competencias provinciales. La ley 25.688 no es una ley ambiental. Es un atropello a las provincias y un baluarte de la inseguridad jurídica.

En esta ley, se debió limitar a normar en materia de aguas y de cuencas, en lo referente al dictado de presupuestos mínimos ambientales y no ingresar en facultades y dominios provinciales como lo hace en la mayor parte de su contenido.

Esta ley contiene muchos aspectos observables -como el de inconstitucionalidad- que van desde el haberse arrogado el Congreso facultades provinciales en materia de jurisdicción legislativa sobre recursos hídricos, a haberse regulado sobre la creación de organismos por encima de facultades provinciales con atribuciones en materia de aguas interjurisdiccionales, hasta el redireccionar el dictado de los presupuestos mínimos en un organismo nacional.

Con todo ello, se ha desaprovechado una importante oportunidad de dictado de una ley que, eficiente y eficazmente trate la temática ambiental de aguas en sus presupuestos mínimos ambientales, entre ella, la referida a los trasvases de cuencas hídricas, como actividad antrópica de notorio impacto ambiental.

NOTAS

* Abogada. Magister en Gestión Ambiental de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ C. DEL CAMPO, *Ley de presupuestos mínimos en materia ambiental -Las tareas que plantea el paso del concierto federal al desconcierto federal-*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Primera Mención Concurso de Monografía sobre Ley general del ambiente, Buenos Aires, 2003.

² C.J. VOROSMARTY y D. SAHAGIAN, 2000, *Anthropogenic disturbance of the terrestrial water cycle*, *BoiScience* 50(9): 753-765.

³ Un dato a destacar es que el 77 % del caudal de los 139 sistemas fluviales mayores del tercio norte del planeta está afectado por la fragmentación del canal fluvial a causa de presas, embalses, trasvases entre cuencas y regadíos. M., DYNESIUS y C., NILSSON, 1994, *Fragmentation and flow Regulation of River systems in the Northern third of the World*, *Science* 266: 753-762.

⁴ C., IBÁÑEZ MARTÍ, *El impacto ambiental del Plan Hidrológico en el tramo final del Ebro* <http://www.amposta.org/ebrenet/ImpacteSeo.htm>

⁵ Por citar algunas: La Carta del Agua de Estrasburgo (Consejo de Europa en 1968), el concepto de desarrollo sostenible del informe Brundtland de 1987 (Naciones Unidas), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992, la

Conferencia sobre Agua y Medio Ambiente celebrada en Dublín en marzo de 1992 (UN), la Conferencia de La Haya de 2000 (Segundo Foro Mundial del Agua), la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo 2002), la reciente reunión del Tercer Foro Mundial del Agua en Kyoto 2003, etc..

⁶ Se entiende por “política hidráulica”, al conjunto de decisiones relativas al agua y a su aprovechamiento, incluyendo en esa expresión las decisiones que se adoptan sobre la realización de obras hidráulicas y, dentro de ellas, las más significativas como son las de transferencia de recursos entre cuencas hidrográficas distintas, A. EMBID, *El trasvase desde la Cuenca del Ebro a las cuencas mediterráneas como decisión del Plan Hidrológico Nacional (2001)*. Principales problemas planteados, p. 4 <http://www.trasvasebro.com/documentos/kioto/Embides.pdf>

⁷ Argentina, Ley 25.675, Ley general del ambiente.

⁸ Conforme a nuestra L.G.A., art. 4º: Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

⁹ *Principios rectores de política hídrica, de la República Argentina*, primera etapa - Revisión: 19 de diciembre, 2002. Principios 13, *Gestión integrada del recurso hídrico*. 16. *Aguas interjurisdiccionales*. Puede verse en:

http://www.obraspublicas.gov.ar/hidricos/prog_polit_docs.htm

¹⁰ M. PINTO, *Consideraciones sobre la pretendida norma de presupuestos mínimos ambientales en materia hídrica. A propósito de la ley 25.688*, La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, 2/4/03, Buenos Aires, 2003, p. 1.

¹¹ ARGENTINA, Ley 25.688. Régimen de gestión ambiental de aguas. Presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Utilización de las aguas. Cuenca hídrica superficial. Comités de cuencas hídricas. Sancionada, 28/11/02. Promulgada: 30/12/02. B.O., 3/1/03.

¹² M. VALLS, “La ley 25.688 de régimen de gestión ambiental de aguas”, Lexis-Nexis, J.A., 2002-IV, 16/4/03.

¹³ Parte de las bases de este paradigma de la Gestión Integrada de Cuencas se gesta a partir de ciertos hitos y documentos internacionales: la Resolución N° 599/1956 (XXI) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (sobre “constituir un panel de expertos para tratar y asesorar en la temática referida al desarrollo integrado de las cuencas fluviales; la Conferencia del Agua de Naciones Unidas en Mar del Plata, 1977; Los Principios de Dublín de 1992; la CNUMAD de Río de 1992 -entre otras-.

¹⁴ A. MOYANO, “La inconsistencia de la ley de cuencas hídricas para Mendoza” en Los Andes, Mendoza, 20/2/03, p. 10.

¹⁵ Al respecto, la Corte confirma el 3/12/87 que sólo el tratado interprovincial puede regular aguas interprovinciales en autos L-195 “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza, s/ Acción posesoria de aguas y regulación de usos”. Juicio originario (3 de diciembre de 1987).

¹⁶ Ley reafirmada por el decr. 6767/45. Es decir, si asume o delega la facultad de atribuir o distribuir aguas de cuencas interjurisdiccionales. Esta norma atribuyó facultades regulatorias de los ríos interprovinciales a un organismo federal para asegurar su racional y armónica utilización en todo su curso de acuerdo con la población y necesidades de cada provincia (Confr. VALLS, ob. cit.).

¹⁷ Ley 15.336: ley de energía eléctrica. Nacionaliza las caídas de agua. Puede citarse, la demanda de inconstitucionalidad que realizara la provincia de Mendoza, la cual no obtuvo respuesta (ref. Causa M 362, “Provincia de Mendoza c/ Gobierno Nacional s/ inconstitucionalidad del decreto nacional N° 1560”).

¹⁸ C. DEL CAMPO, ob. cit.. Entiéndase por “Desconcierto federal” al antónimo de “Federalismo de concertación” de FRÍAS (P. FRÍAS, “El sistema de competencias en el derecho ambiental”, en Derecho Empresario, año 4, núm. 33, Buenos Aires, 1996).

¹⁹ Raúl BRAÑES, la expone como una de las razones de ineficiencia y de ineficacia de la legislación ambiental. (R. BRAÑES, *Manual de derecho ambiental mexicano*, FCE, México, 2000, p. 658).

LA DISTRIBUCIÓN DE LOS BENEFICIOS DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

por ZLATA DRNAS DE CLÉMENT *

Los recursos genéticos, con los avances de la ciencia, la tecnología y la biotecnología van adquiriendo cada vez mayor importancia económica, comercial y científica. Sin embargo, a pesar del largamente enunciado derecho soberano de los Estados a sus riquezas y recursos y, a pesar de que el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (CDB) (1992) hace ya más de diez años ha entrado en vigor, contando a la fecha con 188 Estados Partes, siendo uno de sus tres objetivos: “la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos”, hasta el momento no se ha alcanzado acuerdo que pueda satisfacer a los Estados de origen de tales recursos.

El establecimiento de un régimen internacional de acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios (ADB; ABS, según su sigla en inglés; ABA, en francés) constituye uno de los puntos, políticamente, más sensibles de todo el Convenio ¹.

Hasta la fecha, casi toda la labor de la VII Conferencia de los Estados Partes (COP) del CDB se ha centrado en los otros dos objetivos del Convenio: conservación y utilización sostenible. Las enunciaciones sobre ADB continúan siendo débiles y sin aportes significativos en la construcción de un entendimiento equitativo entre países industrializados y pobres, mayoritariamente proveedores de los recursos genéticos. Así, se han sucedido centenares de decisiones en materia de biodiversidad de recursos forestales, de las tierras áridas y húmedas, de las aguas interiores, de los mares y costas, de impacto ambiental, de su evaluación y procedimientos, de estrategias sustentables, etc., pero muy diluidos han sido los resultados a la hora de alcanzar un acuerdo vinculante en materia de ADB.

Sabemos, que resulta difícil conciliar los intereses de los “Estados usuarios” de esos recursos (particularmente, Estados Unidos, quien incluso se niega a ratificar el CDB, a pesar de haberlo suscripto el 4 de junio de 1993 ²) y la de los “Estados de origen” de tales recursos (mayoritariamente, países en vías de desarrollo, pero que poseen cerca del 70 % de la diversidad biológica ³).

Recién en 1999, en la IV Conferencia de las Partes (COP) (Bratislava) se tomaron las primeras medidas para construir un entendimiento en la materia: la constitución de un panel de expertos sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios ⁴. En la V COP de Nairobi (2000) se presentó el informe del panel y se creó un *Grupo de Trabajo ‘Ad Hoc’ ADB* de composición abierta para tratar el tema. El grupo elaboró las *Guías o Directrices de Bonn* (2000), las que, con algunas modificaciones, fueron aprobadas en la VI COP de La Haya de 2002. Esas *Guías*, las que han sido reafirmadas en la VII Conferencia de las Partes de Kuala Lumpur (2004), son meras orientaciones de carácter voluntario, flexibles, según las circunstancias nacionales. Es de observar que sus objetivos no se centran en lo que debiera ser su eje de tratamiento: equilibrio entre el derecho de acceso y el derecho a la distribución de beneficios, diluyéndose en enunciaciones amplias, proclives a varias interpretaciones, a más de favorecer en el tratamiento de la temática el “derecho al acceso” con relación al “derecho a la distribución de beneficios”. Este desequilibrio es parcialmente compensado en la parte relativa a la obtención de previo informe de consentimiento para el acceso a los recursos, si bien este requerimiento queda neutralizado en caso de que se trate de empresas extranjeras radicadas en el país de origen de los recursos y también al amparo de las formulaciones que dejan numerosos resquicios a las ya clásicas modalidades de presión de quienes son proveedores de fondos o tecnología en países en desarrollo, agobiados por el peso de sus deudas externas y la necesidad de radicación de capitales y facilidades comerciales para sus productos. En las *Guías*, el modo de distribución de beneficios (al igual que su mecanismo) es declarado “flexible” ⁵, dependiendo del tipo de beneficios, de las condiciones específicas del Estado, de los involucrados, variando caso por caso, pudiendo consistir en beneficios monetarios o no monetarios, los que son ejemplificados en las propias *Guías*, manteniendo el tradicional marco de relación entre países ricos y pobres ya señalado, el que ya larga e infructuosamente ha sembrado discordias y tensiones internacionales ⁶. Para salir de ese contexto de encasillamiento poco equitativo, ajeno a la idea de compensación de desigualdades de hecho, a iniciativa de México, en enero de 2002, mediante la *Declaración de*

Cancún se constituyó el *Grupo de Países Megadiversos Afines* ⁷, dirigido a constituir una expresión de voluntad unitaria en foros internacionales en temas de interés común.

El *Grupo de Trabajo 'Ad Hoc' ADB*, en su segunda reunión (Montreal, diciembre de 2003) elaboró un conjunto de recomendaciones, las que fueron base de la Decisión VII-19 de la VII COP (Kuala Lumpur, 2004) documento que constituye el más avanzado de los instrumentos en la materia hasta el momento. Esta decisión reconfirma el valor de las *Guías de Bonn*, recordando su carácter “evolutivo” y voluntario. Es de destacar que, si bien las *Guías* fueron elaboradas sin participación alguna de las comunidades indígenas y locales, la Decisión VII-19 corrige el rumbo, convocando nuevamente al *Grupo Ad Hoc* sobre ADB para que, en conjunto con el *Grupo Ad Hoc sobre Conocimiento Tradicional*, asegure “la participación de las comunidades y pueblos indígenas, ONG, industria e instituciones académicas e intergubernamentales elabore y negocie un *régimen internacional sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios* para implementar las disposiciones de los arts. 15, 8 j) y 1° del COB ⁸. Los resultados habrán de presentarse a la VIII COP (Brasil, 2008). Se espera que el documento resultante sea un protocolo vinculante, a pesar que la Decisión VII-19 señala que la naturaleza del futuro régimen “podría estar compuesto por uno o varios instrumentos, como una serie de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones, vinculante o no vinculante”.

Uno de los elementos más difíciles del régimen es el relativo a la inclusión en la certificación internacional de la indicación del país de origen/fuente/procedencia legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados en solicitudes de derechos de propiedad intelectual. Es de recordar que, hasta tanto se adopte una norma internacional vinculante, los Estados se manejan por medidas internas en la materia ^{9 10}. Es de tenerse en cuenta que la falta de acuerdo en la materia facilita la biopiratería a la hora del acceso a los recursos y saberes tradicionales no sólo con relación a los países de origen de los recursos, sino en particular con relación a las comunidades indígenas y locales, a las que el COB reconoce derechos en la distribución de beneficios ¹¹.

Entre los instrumentos y procesos a tener en cuenta para la preparación del futuro *régimen* figuran, a más del COB y las *Guías de Bonn*:

- el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación;
- los resultados de la Comisión sobre Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación;
- las medidas legislativas, administrativas y de política nacionales para la aplicación del art. 15 del COB;
- el Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas;
- los resultados del Grupo de Trabajo sobre el art. 8 j);
- el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y otros de la Organización Mundial del Comercio;
- los convenios y tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual;
- el Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas;
- los acuerdos regionales;
- los códigos de conducta y otros enfoques desarrollados por grupos de usuarios específicos o para recursos genéticos concretos, incluidos acuerdos contractuales modelo;
- la ley modelo africana sobre los derechos de comunidades, agricultores, criadores, y sobre acceso a los recursos biológicos;
- la Decisión 391 de la Comunidad Andina;
- la Decisión 486 de la Comunidad Andina ¹²;
- el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar;
- la Agenda 21; la Declaración de Río;

- la CITES;
- el Tratado del Antártico;
- la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- el Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos;
- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³.

La misma Decisión, en su “Apéndice”, al referirse a los “enfoques posibles para la ejecución de las actividades identificadas en el Plan de Acción (Anexo a la Decisión), “a nivel nacional”, *i.a.* propone: el “desarrollo de una estrategia o política nacionales en materia de acceso y participación en los beneficios (determinación de la propiedad o de los derechos a prestar los recursos, incluidos los derechos de las comunidades indígenas y locales, conocimientos tradicionales (...))”.

Si bien el régimen, necesariamente, ha de ser *sui generis*, tal como es específica y única la problemática de los recursos genéticos y los derechos sobre ellos, entendemos que la resolución de caso por caso favorece la inequidad en la relación entre países industrializados y los en desarrollo proveedores de los recursos genéticos¹⁴, debiendo el régimen internacional de ADB contemplar ciertos puntos como generales e ineludibles:

- la patentabilidad de los recursos genéticos;
- la patentabilidad de los saberes tradicionales;
- la exigencia de acompañar a cada pedido de nueva patente el acuerdo con el país de origen del recurso genético primario;
- la exigencia de acompañar a cada pedido de patente o propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales efectuados por personas físicas o jurídicas distintas de las comunidades indígenas informe sobre “estado anterior de la técnica” y su pertenencia;
- el establecimiento de porcentajes fijos sobre los beneficios de la industrialización de los recursos genéticos a los países de origen, según el caso y, desde la misma norma internacional, el que corresponda a las comunidades indígenas.

NOTAS

* Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Coordinadora del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración.

¹ “Art. 15. *Acceso a los recursos genéticos*. 1. En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional. (...) 4. Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo. 5. El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa. (...)”.

² Las grandes industrias, a más de las farmacéuticas y de la biotecnología presionan para que los EE.UU. no ratifiquen el CDB, por motivos varios a más del ADB.

³ Entre ellos, se destacan Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, India, Indonesia, Kenia, México, Sudáfrica, Venezuela. Muchos de ellos, lideran grupos que luchan por la obtención de un acuerdo que contenga la obligación de una indicación de origen de los recursos biológicos en las patentes de invención.

⁴ Ello al margen de lo dispuesto en el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO y lo que pudiere disponerse en el ámbito de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI).

⁵ Poco alentadora situación, ya que nos encontramos con una doble flexibilidad: la del mecanismo en particular y la de las Guías como tales.

⁶ Entre los mecanismos de distribución de beneficios se incluye la “plena” cooperación en investigación científica y desarrollo tecnológico, como también los que deriven de productos comerciales, incluyendo fondos de crédito, *joint ventures* y licencias en términos preferenciales, sin embargo, entre los beneficios no monetarios incluye la transferencia al proveedor del recurso genético del conocimiento y tecnología en condiciones justas y en los términos más favorables, incluidas las condiciones preferenciales y concesionarias que se establezcan de común acuerdo, sin avanzar sobre lo ya establecido en el art. 15 de la CBD, lo que coloca la relación en el plano comercial común. También, *i.a.* incluye: colaboración, cooperación y contribución en educación y entrenamiento; aporte de recursos humanos y materiales para el fortalecimiento de las capacidades administrativas y regulatorias; contribución a las economías locales, reconocimiento social, etc..

⁷ Agrupa a Bolivia, Brasil, China, Colombia, Congo, Costa Rica, Ecuador, Filipinas, India, Indonesia, Kenia, Madagascar, Malasia, México, Sudáfrica, Venezuela. Este *Grupo* busca que los productos y beneficios provenientes del uso sostenible de la diversidad biológica sirva para el desarrollo de los países de origen de los recursos genéticos aprovechados.

⁸ Es de observar que la *Cumbre de Desarrollo Sostenible de Johannesburgo* al igual que su *Plan de Acción* no hacen referencia a la protección de los conocimientos tradicionales a la hora de la distribución de beneficios, limitándose a la relación interestatal.

⁹ V. *infra* las Decisiones de 391 y 486 de la Comunidad Andina de Naciones, verdadera pionera en la regulación de la distribución de beneficios.

¹⁰ Es de tener presente que, en la reunión de marzo de 2004 del *Comité sobre Recursos Genéticos, Folklore y Conocimientos Tradicionales* de la OMPI, el Grupo Africano propuso la adopción de un instrumento vinculante.

¹¹ “Art. 8°. *Conservación in-situ*. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (...) j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

¹² *Decisión 486/00. Régimen Común sobre Propiedad Industrial*: “Art. 3°: Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos. Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes”. *Resolución 391/96. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*. “Art. 7°: Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados”.

¹³ El orden errático de la cita de instrumentos y procesos es el de la propia Decisión VII-19, la que, de todos modos no ha incluido todos los documentos y aportes pertinentes y conexos a la temática.

¹⁴ Un ejemplo de distribución de beneficios lo constituye el acuerdo concluido en 1991 entre la empresa farmacéutica Merck y el Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio) entidad privada bajo control del gobierno de Costa Rica como proveedor de recursos genéticos. Si bien el acuerdo implica un reconocimiento de derechos sobre los recursos genéticos del país de origen ("silvestres", en este caso) lo que es ponderable, ha sido criticado por tratarse del INBio, una entidad privada que vende sus servicios de recolección y preparación de una gran cantidad de muestras de diversidad biológica, de plantas, insectos y microorganismos, mientras Merck entrega al INBio un millón de dólares a cambio del derecho exclusivo a la información de

muestras de extractos químicos preparadas por el INBio de una gran área protegida de Costa Rica y se compromete a entregar una parte de los beneficios de la comercialización de los productos desarrollados a partir de esos materiales genéticos. Preocupa en el caso, el que el acuerdo sea secreto y el hecho de que buena parte de esos recursos genéticos se hallen también en los países vecinos. Es de observar que el INBio no carga con el peso de guardar los parques naturales. También se ha criticado el hecho de dejar la bioprospección en manos de entidades privadas y extranjeras. Quienes critican los efectos perniciosos de la denominada “fiebre del oro verde” consideran que siempre resultan perjudicados los Estados de origen y las comunidades autóctonas. Así, suelen recordar que, en 1995, la Universidad de Washington (St. Louis, Missouri) en asociación con Monsanto y el gobierno de Estados Unidos, quiso firmar un acuerdo de participación de los beneficios en base a derechos de patente para realizar trabajos de prospección de plantas y conocimiento tradicional en territorios de los pueblos aguaruna y los huambisa, en la Amazonia peruana. En informes especiales con representantes aguaruna, los explotadores prometieron al pueblo indígena que recibiría una regalía del 25 %. Los aguaruna entendieron que eso significaba que recibirían el 25 % de las ganancias de los productos patentados por Monsanto basados en las muestras y conocimientos de sus territorios. En realidad, la regalía de 25 % era sólo un cuarto del 1% de las regalías de Monsanto correspondientes a la Universidad de Washington. Es decir que, conforme al contrato, los aguarunas recibirían solamente una centésima parte de lo que creían sería su participación: 0,25 % en lugar de 25 %. (*Conflicto entre Comercio y Biodiversidad*, N° 4, abril 2000; <http://biopropiedad.tripod.com>).

LA REGULACIÓN DE LOS RESIDUOS PELIGROSOS, LAS NUEVAS LEYES DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS Y LA SITUACIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

por MARTA SUSANA JULIÁ*

Sumario: I. Marco legal de los residuos industriales y peligrosos en la Argentina. II. El desarrollo de la legislación en materia de residuos industriales y peligrosos. III. La situación de la provincia de Córdoba en materia de residuos. IV. Reflexiones finales.

La sanción de las nuevas leyes de presupuestos mínimos en materia ambiental ha producido una importante modificación en el ordenamiento jurídico vigente. Especialistas en distintas materias han opinado sobre las nuevas leyes cuestionando y discutiendo los mas variados aspectos, considerando la constitucionalidad de éstas, la pertinencia de las materias que regulan, el alcance otorgado al concepto de presupuestos mínimos, entre otras problemáticas destacadas.

Las leyes de presupuestos mínimos establecen un nuevo orden ambiental, donde debe considerarse, en primer lugar, que constituyen en sí mismas una nueva categoría hasta ahora inexistente en nuestro sistema; en segundo lugar, que jerárquicamente son superiores a las leyes provinciales que regulan la temática y, en tercer lugar, que todo el sistema debe observar lo establecido en la ley general dictada con carácter de orden público.

Hasta tanto se configure este nuevo orden ambiental en el sistema jurídico argentino aparecen contradicciones, interpretaciones diversas y regulaciones que ponen en vilo el ordenamiento legal vigente.

La situación descripta puede observarse claramente en una problemática como la de los residuos peligrosos donde se produce la coexistencia de distintas normas de diversa jerarquía, que regulan con objetivos diferentes aspectos de la gestión ambientalmente adecuada de los residuos.

Para destacar el estado de situación actual, con especial referencia a los residuos industriales y peligrosos, vamos a describir en forma sintética la legislación vigente y aplicable, el marco normativo nacional, qué aspectos se destacan de los residuos y con este marco cómo se sitúan las distintas jurisdicciones provinciales.

Para ello, vamos a dividir la exposición en tres partes: en la primera, se describe el marco legal de los residuos industriales y peligrosos en la Argentina para ubicarnos en el sistema; en la segunda parte, cómo se desarrolló de la legislación vinculada a los residuos industriales y peligroso y, en la tercera parte, la situación de la provincia de Córdoba, para luego realizar algunas reflexiones finales.

I. Marco legal de los residuos industriales y peligrosos en la Argentina

En materia de residuos industriales y peligrosos, se encuentran vigentes y aplicables la ley 24.051 de residuos peligrosos, la ley 25.612 de gestión de residuos provenientes de actividades industriales y de actividades de servicios, la ley 25.670 de gestión y eliminación de PCBs, la ley 25.675 general del ambiente y la ley que ratifica el convenio de Basilea sobre prohibición de transportes transfronterizos de residuos peligrosos.

El marco normativo descripto en el ámbito nacional regula la temática de los residuos con normas de distinta jerarquía:

- La ley 24.051 de residuos peligrosos que es una ley especial, de carácter mixto, a la cual han adherido un grupo importante de provincias, que se viene aplicando desde 1991.
- Las leyes 25.670, 25.612 y 25.675 que son leyes de presupuestos mínimos dictadas de acuerdo a lo establecido en el art. 41 C.N..

- Se debe destacar la ley 25.675 como ley general del ambiente que fija la política ambiental nacional y dictada con el carácter de orden público.
- La ley que ratifica el Convenio de Basilea dictada a pocos años de la ley 24.051.

A escala nacional, en la temática orientada a la gestión de los residuos industriales y peligrosos, están coexistiendo las distintas leyes, ya que responden a objetivos diversos y además, se organiza el sistema de gestión en cada ley, en función de los aspectos que se destacan a continuación en cada una de ellas:

- La peligrosidad del residuo y la necesidad de una gestión ambientalmente adecuada (ley 24.051).
- El origen del residuo de acuerdo a la actividad que lo genera (ley 25.612).
- La gestión y eliminación de una sustancia (PCBs) en particular que puede generar residuos (ley 25.670).
- La prohibición de transportar transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea y ley nacional que lo ratifica).

Las provincias frente al marco normativo destacado pueden encontrarse en tres situaciones posibles:

1. Las provincias que adhirieron a la régimen de la ley 24.051.
2. Las provincias que no adhirieron pero cuentan con regulación provincial propia como es el caso de la provincia de Buenos Aires.
3. Aquellas provincias que no adhirieron y que no tienen regulación alguna sobre el tema.

A su vez, en cada jurisdicción provincial, los municipios pueden encontrarse en situaciones similares: aplicando la ley de adhesión al régimen de residuos peligrosos, aplicando la legislación provincial sobre la temática cuando la provincia ha regulado el tema, o en caso de no existir normas provinciales y que algunos municipios hayan regulado los residuos industriales o peligrosos en su jurisdicción.

En síntesis, en el marco normativo que se observa en el sistema va a ser necesaria una importante labor de análisis, adecuación y complementación en materia legal de acuerdo al nuevo orden ambiental que se impone, por parte de los distintos niveles jurisdiccionales.

II. El desarrollo de la legislación en materia de residuos industriales y peligrosos

El régimen legal de los residuos peligrosos en la Argentina fue establecido por la ley 24.051 de residuos peligrosos, sancionada en 1991 como una ley especial, a la cual las provincias podían adherirse y con carácter mixto, ya que contenía regulación en materia de responsabilidad civil y penal en materia de residuos peligrosos, lo que formaba parte de la legislación de fondo.

La ley 24.051 establecía un sistema para la gestión ambientalmente adecuada de los residuos peligrosos, con la particularidad de establecer como responsabilidad de aquéllos que generar residuos, la obligación de determinar si éstos son peligrosos y, en su caso, quedar sometidos a las responsabilidades que la ley establece.

La ley vino a cubrir un vacío legislativo en el tema en el momento de su sanción y el concepto de peligrosidad, fue el elemento a partir del cual se organiza el sistema, de tal manera, que se gestionen los residuos peligrosos en forma prioritaria, ya que son los de más alto riesgo para el hombre y el ambiente.

Si bien el sistema de la ley fue criticado al principio y se destacaban inconvenientes en su implementación, la evaluación después de diez años, de aplicación de la ley de residuos peligrosos, es buena para la mayoría de los actores que intervienen en la gestión de los residuos peligrosos.

La ley 24.051 creó la conciencia de la trascendencia del régimen que se imponía en el país, novedoso y ambicioso en sanciones y penalidades que fueron aplicadas por funcionarios administrativos y judiciales.

La ley de residuos peligrosos incorpora conceptos y principios novedosos en la materia como: la regulación de todo el ciclo del residuos, la responsabilidad objetiva en materia de residuos peligrosos, la incorporación de principios como el de prevención y el principio precautorio, reconocidos internacionalmente en el tema de residuos peligrosos.

La implementación de la ley por el organismo nacional requirió la capacitación técnica y el desarrollo del registro de residuos peligrosos, el sistema administrativo de seguimiento de los residuos hasta que se disponen, el sistema de infracciones, sumarios, etc..

A ello se agrega, las tareas de fiscalización y control del sistema por parte de la autoridad de aplicación y la intervención de la administración de justicia, en numerosas causas civiles y penales en materia de residuos peligrosos.

Además de la breve descripción de la implementación de la ley por la autoridad nacional, un grupo importante de provincias fueron adhiriendo al sistema de la ley 24.051 e implementándola administrativamente, en las respectivas jurisdicciones.

En 2002 se sanciona la ley 25.612, sobre gestión de residuos provenientes de actividades industriales y de actividades de servicios, que venía a derogar el sistema de la ley 24.051, aspecto que fue vetado por el Poder Ejecutivo en su decreto de promulgación (como el régimen penal que establecía la nueva ley).

El sistema que establece la ley 25.612, en su esquema administrativo, es similar al de la ley 24.051, ya que se organiza en base a un registro de los generadores, transportistas y operadores, con un manifiesto como documento que sigue al residuo desde que se genera hasta que se dispone, con objetivos similares en cuanto a la gestión integral de los residuos y que sea ambientalmente adecuada.

Las diferencias de la ley 25.612 con la ley 24.051 son importantes y diversas, la primera para destacar es que define a los residuos por el origen o su procedencia, excluyendo el concepto de peligrosidad. No importa la característica del residuo sino de dónde proviene, esto va a traer importantes consecuencias, porque existen grandes volúmenes de residuos de mínima peligrosidad que deben observar los mismos requisitos y requerimientos que aquellos residuos peligrosos que necesitan un manejo y disposición de alta fiscalización y control por su enorme riesgo.

Un segundo aspecto a tener en cuenta es que no fija un presupuesto mínimo sino que impone todo un sistema administrativo para ser implementado en todas las jurisdicciones sin haber consultado el estado de situación de las distintas jurisdicciones al respecto y las necesidades de las regiones del país en el tema, teniendo en cuenta que las actividades industriales y de servicio tienen una concentración y desarrollo sumamente diverso en el territorio nacional.

La ley 25.612 establece en su propio texto una serie de actividades que deben realizar tanto la autoridad de aplicación nacional, como las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como el Consejo Federal del Ambiente.

Se puede interpretar, que el legislador, ha delegado en los mencionados organismos decisiones que no ha determinado en la ley de gestión de residuos lo que complica su aplicación.

La ley 25.612, para poder aplicarse, se ve condicionada a la realización de un conjunto de actividades, por parte de distintos organismos, que describimos a continuación:

1. La autoridad nacional de aplicación tiene las siguientes actividades

Debe concertar los niveles de riesgos que poseen los diferentes residuos definidos en el art. 2º (art. 7º).

- Debe establecer las características mínimas y necesarias que deben poseer las diferentes tecnologías a ser aplicadas en la gestión integral de los residuos (art. 17).

- Establecerá los requisitos mínimos y comunes para la inscripción en los registros (art. 20).
- Establecerá los requisitos mínimos y comunes de la información que debe contener y los mecanismos de utilización de los manifiestos (art. 22).
- Determinará las obligaciones a las que deben ajustarse los transportistas de residuos (art. 25).
- Acordará con las provincias y ciudad autónoma en el marco del COFEMA las características y contenidos del estudio de impacto ambiental, las condiciones de habilitación de las plantas de almacenamiento, tratamiento y disposición final de residuos (art. 33).
- Establecerá criterios generales mínimos y comunes sobre métodos y factibilidad de almacenamiento, tratamiento, y disposición final de residuos (art. 36).
- Entender en la determinación de políticas en materia de residuos en forma coordinada con las provincias y ciudad autónoma en el ámbito del COFEMA.
- Formular e implementar en el ámbito del COFEMA el plan nacional de gestión integral de residuos.

Las actividades delegadas a la autoridad de aplicación nacional condicionan la aplicación de la ley 25.612 y, en tanto, no se determinen los distintos contenidos mínimos o criterios, no se puede aplicar en las distintas jurisdicciones.

2. Las provincias y la ciudad autónoma también tienen algunas actividades a realizar

- Deben identificar a los generadores y caracterizar los residuos que producen y clasificarlos como mínimo en tres categorías según sus niveles de riesgo en alto, medio y bajo, pero hay que recordar que los niveles de riesgo se van a concertar.
- Deben exigir las declaraciones juradas que deben presentar periódicamente los generadores pero los requisitos de éstas los va a fijar la autoridad nacional.
- Deben establecer medidas promocionales para aquellos generadores que implementen programas de adecuación tecnológica.
- Deben mantener actualizados los registros.

Las actividades que deben realizar las provincias se ven condicionadas por lo que determina la autoridad nacional, esto puede interpretarse como una invasión en las competencias propias de las provincias como es la organización de sus instituciones.

3. El Consejo Federal del Ambiente

- La ley 25.612 recomienda al COFEMA a que proponga las políticas para implementación de la ley (art.61)
- Para concertar los niveles de riesgo que establece en el art. 7º, las autoridades deben hacerlo en forma concertada en el marco del COFEMA.

La ley 25.612 le otorga un importante lugar al COFEMA y delega en su ámbito la discusión de la política y su implementación en forma coordinada al concertarse por parte de las distintas jurisdicciones.

En la actualidad, no se han concertado los niveles de riesgo, no se ha reglamentado la ley 25.612, a pesar de los esfuerzos realizados por el organismo ambiental nacional, ya que formó comisiones técnicas para el análisis del proyecto de reglamentación pero no se logró el consenso y no se pudo determinar un punto neurálgico de la ley que es la concertación de los niveles de riesgo.

Por su parte, en el ámbito del COFEMA, se han mantenido discusiones acerca de las nuevas leyes y, en particular, de la ley 25.612 en las distintas reuniones de asamblea del organismo, formulándose en sus resoluciones los innumerables problemas de implementación de la ley, los planteos de algunas jurisdicciones provinciales acerca del avance de la ley sobre las competencias provinciales y, en algunos casos, las dudas sobre la constitucionalidad de la ley.

Es en la ley 25.612 donde se plantean interrogantes tales como: si las leyes de presupuestos mínimo pueden reglamentarse, si pueden estas leyes delegar en otros organismos la determinación del presupuesto mínimo que la ley no fija entre otros aspectos.

Por otra parte, la ley pone en funcionamiento el mecanismo de concertación federal como una instancia de consenso que tiende a la institucionalización definitiva del COFEMA.

La ley 25.670, también ley de presupuestos mínimos, regula la gestión y eliminación de PCBs, la propia ley define la sustancia que consideran PCBs, prohibiéndose su comercialización y estableciendo como plazo para su eliminación el 2010.

Queda prohibida la importación y el ingreso a todo el territorio de la Nación de PCBs y equipos que contengan PCBs. En el caso de los residuos de PCBs se rigen por la ley de residuos peligrosos. “Se presume, salvo prueba en contrario, que todo daño causado por PCBs, y PCBs usado es equivalente al causado por un residuo peligroso”. Aquí se complementa la ley de PCBs con la de residuos peligrosos y fue dictada con posterioridad a la 25.612 que derogaba la mencionada ley.

El Convenio de Basilea y la ley que lo ratifica completan el marco de los residuos, en cuanto a la prohibición de realizar transporte transfronterizo de residuos peligrosos, que es un aspecto a tener en cuenta tanto, en la importación como la exportación de este tipo de residuos.

El marco normativo de los residuos peligrosos se ve también conmocionado con el dictado de la ley general del ambiente 25.675, donde se establece la política nacional en materia ambiental.

Esta ley general, de orden público, permite reconstruir el sistema jurídico ambiental a partir de su lectura ambiental, lo que significa ordenar y sistematizar el material normativo existente en función de los objetivos que establece y en base a los principios explicitados en la propia ley.

La modalidad de gestión ambiental, que subyace en la ley 25.675, tiene algunas particularidades que son de destacar, ya que en el texto hay una permanente referencia a la “coordinación interjurisdiccional”, a la “concertación de intereses”, a la “coordinación de autoridades competentes”, instaurándose un nuevo modelo para formular y ejecutar la política ambiental en el sistema jurídico argentino.

Institucionalizando aún más la figura del COFEMA, otorgándole un rol relevante para la implementación de la nueva política ambiental nacional y su concertación con las provincias, para que puedan ejercer su labor complementaria y su reordenamiento ambiental.

III. La situación de la provincia de Córdoba en materia de residuos

En la situación descrita al comienzo del trabajo para las distintas provincias, Córdoba se encuentra en el primer supuesto, ya que es una de las provincias que adhirió a la ley 24.051, a través de la ley 8973 de 2002, la que fue sancionada poco tiempo antes de sancionarse la ley 25.612.

En diciembre de 2003 se sanciona el decr. 2149/03 que viene a reglamentar la ley de adhesión 8973 y establece el régimen de gestión de residuos peligrosos en la provincia de Córdoba.

A través de la Resolución 184/04 se realiza la apertura del registro de residuos peligrosos de la provincia de Córdoba al que deben inscribirse a partir de junio del corriente año los generadores, operadores y transportistas de residuos peligrosos de la provincia de Córdoba.

La decisión política de la provincia de Córdoba de adherir a la ley 24.051, implica la implementación del sistema de gestión de los residuos peligrosos en la provincia. La provincia de Córdoba no contaba con ninguna regulación en materia de residuos peligrosos hasta la adhesión a la ley nacional.

La experiencia de la creación del registro, la inscripción de generadores, transportistas y operadores, el uso del manifiesto como documento que acompaña al residuo en su ciclo de vida significa el conocimiento, sistematización y análisis de la situación de los residuos peligrosos en la provincia.

Durante 2004 se realiza el proceso de inscripción en el registro, también el uso de los manifiestos provinciales de los residuos que se gestionan en la provincia y la posibilidad del control y fiscalización de los residuos que ingresan en la provincia, los que se disponen y los que se generan y transportan.

La ley 25.612 no se implementa en tanto no se ha concertado los niveles de riesgo, no se han fijado los requisitos mínimos de los distintos instrumentos de la gestión y la provincia se va a encontrar en el momento de la implementación de la ley con una experiencia en materia de residuos peligrosos que en su faz administrativa la gestión va a ser muy similar.

Ante la derogación de la ley 24.051 por parte del Congreso se vería afectado el régimen civil y penal, porque la ley ya es parte de la legislación provincial y como tal mantendría la vigencia.

Si se reglamenta la ley 25.612, se determinan los requisitos necesarios y se concertan los aspectos que la ley exige, se deberá implementar por parte de la provincia con la complementación de normas provinciales que establezcan la modalidad y tiempos en que se incorporará. Ya que se deberá reorganizar el actual registro de residuos peligrosos complementándolo con los residuos provenientes de actividades industriales y de actividades de servicios.

La labor de la provincia será analizar la legislación ambiental vigente a la luz de la nueva ley general del ambiente y las demás leyes de presupuestos mínimos, deberá dictar las normas complementarias que requiera y siempre puede contar con mayores exigencias a las establecidas en las leyes nacionales.

IV. Reflexiones finales

La incorporación de las nuevas leyes de presupuestos mínimos ha producido un impacto importante en el sistema jurídico argentino que viene a conformar un nuevo orden legal ambiental.

En cada temática, objeto de regulación, se producen modificaciones y tendrán que analizarse a partir de la ley general del ambiente, las leyes de presupuestos mínimos de cada tema, la legislación nacional de fondo y especial vigente y el orden de la nueva red de regulaciones que se conforman.

La discusión de doctrinarios y juristas está centrada hoy en el concepto, alcance y significado de los presupuestos mínimos y no se ha logrado avanzar en su definición en el marco del sistema.

En el ámbito del COFEMA se encuentra en discusión las temáticas que deben concertarse, las modalidades de implementación política, los problemas de cada jurisdicción y las contradicciones en las visiones de los legisladores nacionales, los funcionarios de los poderes ejecutivos de la Nación y de las provincias sobre la formulación de normativa ambiental.

En materia de residuos peligrosos se pueden observar todos los problemas que mencionamos, las discusiones, las indefiniciones, las contradicciones, la coexistencias de normas que regulan la temática, la nueva política ambiental nacional que va perfilando un nuevo orden jurídico ambiental que será necesario discutir y analizar.

Un aspecto a destacar es la enorme tarea que les compete a las distintas jurisdicciones de analizar sus marcos jurídicos, adecuarlos, complementarlos, reformarlos si es necesario a la luz del nuevo orden que se impone.

Por último, como objetivo final de este trabajo, la necesidad de difundir la situación existente de tal manera, que se abra un ámbito de discusión sobre las nuevas leyes de presupuestos mínimos, el impacto en el sistema jurídico y la opinión de los distintos actores sociales involucrados en esta nueva realidad jurídica ambiental.

Notas

* Abogada. Investigadora por concurso del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

LAS “RESERVAS” O “SANTUARIOS” PARA LA PROTECCIÓN DE RECURSOS VIVOS DEL MAR

por *ERNESTO J. REY CARO*¹

En oportunidad de celebrarse en Sorrento, Italia, en julio pasado, la 56ª Reunión de la Comisión Ballenera Internacional, órgano creado por la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena”, suscripta en Washington en 1946, entre otras cuestiones vinculadas con el cumplimiento de los objetivos de dicho instrumento, se trató un proyecto argentino-brasileño para crear una reserva en el Océano Atlántico Sur, tendiente a proteger las ballenas australes de la captura con fines comerciales, instrumento éste para la conservación de recursos de la naturaleza que también suele denominarse “santuario”. Igualmente, se trató otra propuesta patrocinada por Australia, Nueva Zelandia y Chile, para la creación de otro “santuario” en el Océano Pacífico Sur.

Es conocido el hecho de que una de las primeras preocupaciones de la comunidad internacional en relación con la conservación de los recursos vivos del mar, se centró en las ballenas, cetáceos que por sus inusuales dimensiones y por su alta productividad, fueron objeto de una caza indiscriminada desde el siglo XIX, aunque su captura comenzó ya en el siglo XVI. Tales mamíferos marinos tentaron a poblaciones y Estados por la diversidad de recursos que brindan, que permiten la fabricación de una gran diversidad de productos para el consumo humano, además de sus grasas que desde antaño han sido utilizadas en forma de harinas.

La depredación se acentuó con los avances tecnológicos, que permitieron la fabricación y utilización de mecanismos cada vez más sofisticados, llegándose al borde del exterminio de muchas especies, desplazándose los buques desde al Norte hacia las zonas más australes una vez diezmadas las poblaciones.

En las décadas del ‘20 y ‘30 del siglo pasado, se presentaron iniciativas encaminadas a establecer una reglamentación internacional, las que se plasmaron en acuerdos que no llegaron a tener efectividad por la oposición de ciertos Estados como Japón, la URSS y Alemania. Varias iniciativas se frustraron con el estallido de la Segunda Guerra Mundial. Concluida ésta, se logró el Acuerdo ya señalado de 1946, que entró en vigor en 1948, agregándose en 1956 un Protocolo complementario. Es un instrumento abierto a cualquier Estado. De hecho, el número inicial de partes se ha incrementado notoriamente con el transcurso de los años, particularmente con la incorporación de Estados que se han interesado en su captura. Obliga a los Estados en relación con toda actividad ballenera en todas las aguas en que realiza, con prescindencia del régimen jurídico de las aguas.

La Convención confió a la Comisión Ballenera Internacional, cuyo Estatuto se aprobó en 1948, la aplicación de las decisiones. Las funciones de la Comisión son esencialmente de carácter científico y técnico, actividades que a su vez se apoyan en la tarea de dos comités.

Dentro de las cuestiones que quedaron pendientes, fue muy importante la relacionada con el control del cumplimiento de las medidas instrumentadas. Un Acuerdo firmado en 1956 instituyó ciertos métodos de inspección dentro de las competencias reglamentarias de la Comisión. En 1971 se adoptó un sistema internacional de observadores.

No es el propósito de estas breves reflexiones examinar las facultades atribuidas a la Comisión, que han sido cuidadosamente reguladas y también ampliadas, ni la vasta tarea desarrollada por este órgano para permitir el restablecimiento de los stocks de las diversas especies, algunas de ellas de gran importancia para la República Argentina, como -v.gr.- la ballena franca austral.

Quizá el gran logro en cuanto a los objetivos conservacionistas haya sido el Reglamento aprobado por el CBI en 1982, no sin dificultades y demoras, por el cual se estableció una prohibición absoluta de la captura de ballenas en todos los mares y océanos del planeta para el aprovechamiento comercial. Entró en vigor en la temporada costera 1986 y de la temporada

pelágica 1985-1986. Afortunadamente, esta prohibición ha sido prorrogada sucesivamente hasta la actualidad, pese a los esfuerzos de ciertos países para que se levante. En la última reunión hubo un intento fallido liderado por Japón y secundado por otros Estados balleneros en tal sentido. Cabe advertir que aquella prohibición no se aplica a la caza de ballenas necesarias para la subsistencia de pueblos aborígenes, ni a las capturas efectuadas con fines de investigación científica. Esta veda sin duda permitirá la realización de estudios serios para constatar de qué manera puede afectar a las ballenas el fin de tal moratoria.

También ha sido muy beneficiosas la creación de los santuarios de ballenas, previstos en el art. V.1.c de la Convención. El primero se estableció en 1979 en el Océano Indico al sur de los 50° de latitud sur y posteriormente en 1994, se aprobó un nuevo santuario en el Océano Austral, que cubre el área circumpolar en derredor de la Antártida, con muchas aguas ubicadas al sur de los 40° S. La extensión de ambos comprende casi un tercio de las aguas marítimas del mundo. En la reciente reunión, se aprobó la continuidad de la vigencia por diez años más de esta última reserva. Las ventajas de estos santuarios en el régimen de la Convención, radica en que se fijan por un período de diez años y no están sujetos a la revisión anual a que se somete la moratoria, con el riesgo de que con el aumento de los Estados interesados en la captura, en los próximos años se levante la prohibición. Por otra parte, la existencia de estos santuarios permite establecer regulaciones en relación con otras actividades vinculadas con la presencia de estos grandes mamíferos en tales zonas, como la investigación, la educación y relación de las poblaciones costeras con los cetáceos. Se estiman de gran trascendencia para la utilización sustentable de los cursos vivos marítimos; algunos Estados han establecido santuarios para ciertas especies en zonas sometidas a su jurisdicción, como es el caso de Irlanda, en 1991, en su zona económica exclusiva en relación con las ballenas y delfines.

Este mecanismo de protección, con diferentes denominaciones, ha sido aplicado también en otras áreas de protección de los bienes de la naturaleza, cuyas características -v.gr.- en cuanto al tiempo de duración o zonas comprendidas son muy variables. Al margen de los problemas generales que presentan cada uno de los bienes a preservar, permite contemplar situaciones especiales o particulares que requieren de un tratamiento *sui generis*.

La iniciativa bilateral promovida por Argentina y Brasil en la reunión de Sorrento ha sido avalada por serios estudios de entes y organizaciones no gubernamentales como el Instituto de Conservación de Ballenas y la Fundación Cethus, ambas con sede en nuestro país. Aunque no haya tenido éxito en esta oportunidad, al no haber alcanzado el 75% de los votos necesarios -hubo 26 votos a favor, 22 votos en contra y 4 abstenciones- no debe abandonarse el proyecto. Las mismas reflexiones caben para la propuesta de Australia, Nueva Zelanda y Chile, que también fue rechazada. Las actividades con finalidades comerciales o industriales beneficiosas para ciertos Estados o para sus nacionales, no deben desplazar los legítimos y muy superiores intereses de la humanidad.

NOTAS

¹ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y MEDIO AMBIENTE

por MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA *

Una primera mirada hacia los pueblos indígenas¹ nos presenta grupos humanos que pueden o no constituir minorías dentro de la población de un Estado. Bajo esta óptica las normas jurídicas que protegen en general a todas las personas en el goce de sus derechos y, en especial, a las minorías, se aplicarían en el caso de los pueblos indígenas (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Resolución 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/12/92).

Sin embargo, cuando nos referimos a ellos como “pueblos”, nuestro enfoque en materia de derechos humanos debe ser diferente, ya que a cada individuo indígena le corresponden derechos individuales además de los *derechos colectivos* en su carácter de integrante de una comunidad indígena. Estos derechos colectivos comprenden aquéllos que surgen de su particular relación con sus tierras y territorios y los recursos naturales. Además, el derecho de establecer sus propias instituciones, a modo de libre determinación interna, incluido el desarrollo autónomo. Por eso se habla del “*derecho a la integridad cultural*” que consiste en el derecho a existir y subsistir con sus costumbres, su estructura social y económica, su vinculación con la naturaleza, la que muchas veces puede no ser entendida por individuos no indígenas³.

Algunos Estados han asumido la obligación de proteger a estos grupos humanos (v.gr., Perú, Colombia, Ecuador, Argentina, Brasil, etc.). En ciertos casos, por considerarlos en situación vulnerable por su pequeño número y, en otros, por el avasallamiento de sus derechos por personas no indígenas. También en el ámbito internacional se ha trabajado para la aprobación de normas que aseguren su protección integral, problemática que se ha incorporado en el debate sobre importantes temas internacionales.

Si bien uno de estos temas es el vinculado con el medio ambiente, debemos advertir que la problemática supera la noción de la calidad de éste, pues aparecen los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan y, entre ellos, el derecho a la soberanía permanente sobre los recursos naturales vinculados con su “integridad cultural”. Ello es así porque su subsistencia como pueblos y el goce del derecho a la integridad cultural son imposibles si se los separa del ecosistema. Por ejemplo, muchas de sus expresiones folclóricas son el resultado de sus vivencias pasadas y presentes vinculadas con la naturaleza; el derecho a la salud comprende el uso de sus conocimientos de medicina tradicional y el derecho a los recursos vinculados con ellos.

Por otra parte, sus formas tradicionales de economía⁴ condicionarían las actividades de no indígenas, por lo que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales contienen un importante compromiso para los Estados: la prohibición de privar a un pueblo de “sus propios medios de subsistencia” (art. 1º). Frente a esta problemática, en el Informe del Relator para los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (Rodolfo Stavenhagen, 2001) se expresaba que el conjunto formado por la tierra, el territorio y los recursos constituye una cuestión de derechos humanos esencial para la supervivencia de los pueblos indígenas.

Por ejemplo, en 1994 el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió una comunicación relativa a la denuncia planteada por la violación por Finlandia del art. 27 del Pacto⁵. En esta comunicación se advertía que: “A raíz del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) en vigor desde el 1º de enero de 1994, las empresas extranjeras y transnacionales registradas en el marco del EEE tienen más acceso que antes al mercado finlandés. La consecuencia más visible ha sido la actividad de las empresas mineras multinacionales en la Laponia finlandesa, incluidas las partes más septentrionales habitadas por los sami. Dos grandes empresas mineras extranjeras han registrado grandes extensiones de terreno para investigar la posibilidad de realizar operaciones mineras en ellas. Estas zonas están ubicadas en las tierras de pastoreo de algunos comités de pastoreo de renos (...). El derecho a gozar de la cultura propia no puede determinarse *in abstracto* sino que tiene que situarse en un contexto. A este respecto, el Comité observa que el art. 27 no protege únicamente los medios de sustento *tradicionales* de las minorías nacionales, como se indica en la comunicación del Estado Parte. Por lo tanto, el hecho de que los autores hayan adaptado sus métodos de pastoreo de renos con el paso de los años y que lo practiquen con la ayuda de tecnología moderna no les impide invocar el art. 27 del Pacto. Además, el monte Riutusvaara

sigue teniendo un significado espiritual para su cultura. El Comité toma asimismo nota de la inquietud de los autores ante el hecho de que la calidad de los renos sacrificados fuera desfavorablemente afectada por la perturbación del entorno” (8.3).

Al ser estos pueblos los que sufren las consecuencias negativas de las prácticas de las industrias de extracción y energéticas las organizaciones ecologistas se han encontrado a un poderoso aliado, ya que además de las normas medioambientales se aplican las relativas a la protección de las comunidades indígenas.

En el ámbito universal, el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989⁶ (Convenio N° 169) constituye un instrumento muy valioso para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. A pesar de que no se refiera expresamente a la protección del ecosistema donde ellos habitan, prevé que al aplicar sus disposiciones los Estados deberán reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propias de dichos pueblos, tomar debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente, respetar la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos y adoptar, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo (art. 5°).

Además, se determina que los pueblos deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (art. 7°). Los Estados deberán velar que se efectúen estudios en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y “sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”. Los resultados de esos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades (art. 7°).

En consonancia con esta disposición, en la Parte II específicamente se refiere a las tierras⁷ y reconoce no sólo el derecho de propiedad y posesión, sino también el derecho de uso de aquellas tierras a las que hayan tenido tradicionalmente para sus actividades tradicionales y de subsistencia (art. 14). También reconoce los derechos a los recursos naturales existentes en sus tierras, incluido el derecho a participar en la utilización, administración y conservación, el derecho a ser consultados antes de emprender programas de prospección o explotación de recursos existentes para determinar si sus “intereses” se verían perjudicados y en qué medida se los perjudicaría, el derecho a una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (art. 15). Obliga a los Estados a proveer al respeto de las formas de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros del pueblo y prohibir que personas no indígenas se aprovechen de las costumbres o su desconocimiento de las leyes para arrogarse la propiedad, posesión o uso de sus tierras (art. 17) y sancionar el uso no autorizado por personas extrañas al pueblo interesado (art. 18).

El Proyecto de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, aprobado en 1983 por el Grupo de Trabajo de los Pueblos Indígenas, prevé varios derechos relacionados con el medio ambiente. Así, el art. 26 les reconoce el derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el *medio ambiente total*⁸ de las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído o ocupado o utilizado de otra forma. Ello incluye su derecho consuetudinario, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y la gestión de los recursos, y la obligación de los Estados de adoptar medidas eficaces para prevenir la violación de estos derechos. En el art. 28 se trata el derecho a la conservación, restitución y protección del medio ambiente total y de la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos, y a recibir asistencia a tal efecto por los Estados y por conducto de la cooperación internacional.

Asimismo se les reconoce el derecho de exigir a los Estados que obtengan “su consentimiento, expresado con libertad y pleno conocimiento, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y otros recursos, y la particularmente en relación al desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos minerales, hídricos y de otro tipo. Tras acuerdo con los pueblos indígenas interesados, se otorgará una indemnización justa y equitativa por esas actividades y se adoptarán medidas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual” (art. 30).

En esta corriente innovadora se sitúa el “Segundo Informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas” en el marco del Proyecto de convención sobre responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (2004). En él se expresa que el medio ambiente comprende los recursos naturales tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre esos factores; “los bienes que forman parte del patrimonio cultural” y los aspectos característicos del paisaje. (A/CN.4/540. Comisión de Derecho Internacional, 56ª período de sesiones, pár. 22).

Respecto del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, existen varias propuestas. Así, se ha propuesto como contenido del art. XIII referido al “Derecho a la protección del medio ambiente” los siguientes derechos: a un medio ambiente seguro y sano; a ser informados (y consultados) de medidas que puedan afectar su medio ambiente, incluyendo información que asegure su efectiva participación en acciones y decisiones de política que puedan afectarlo; a conservar, restaurar, y proteger su medio ambiente, y la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos; a participar plenamente en la formulación, planeamiento, ordenación y aplicación de programas gubernamentales para la conservación de sus tierras, territorios y recursos; a asistencia de sus Estados con el propósito de proteger el medio ambiente, y de organizaciones internacionales.

Por otro lado, contempla la obligación de los Estados de prohibir y castigar, e impedir en conjunto con las autoridades indígenas, la introducción, abandono o depósito de materiales o residuos radiactivos, sustancias y residuos tóxicos, en contravención de disposiciones legales vigentes; así como la producción, introducción, tránsito, posesión o uso de armas químicas, biológicas o nucleares, en áreas indígenas.

Aclara además que “cuando el Estado declare que un territorio indígena debe ser área protegida, y en el caso de tierras y territorios bajo reclamo potencial o actual por pueblos indígenas, y de tierras sujetas a condiciones de reserva de vida natural, las áreas de conservación no deben ser sujetas a ningún desarrollo de recursos naturales sin el consentimiento informado y la participación de los pueblos interesados”.

Por último, en el art. XII, relativo a la salud y bienestar, del Proyecto de Declaración Americana se ha buscado proteger los organismos vivos y las plantas de uso medicinal, animales y minerales de uso medicinal esenciales para la vida de los pueblos indígenas en sus respectivos territorios.

También en el ámbito americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso de las *Comunidades Indígenas Maya y sus Miembros - Belice*) presentó un interesante informe (m° 78/00 de 5 de octubre de 2000) en el que se transcriben los métodos utilizados por los peticionantes⁹ respecto de la tierra y su particular relación con ella¹⁰.

Algunos tribunales internacionales y nacionales se han hecho eco de estos preceptos. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* 2001, realizó una interesante apreciación: “Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (párrafo 149).

Más adelante, el 6 de marzo de 2003 esta Corte debió adoptar medidas provisionales en protección de las comunidades del Yiguamiando y del Curbarado de Colombia por la actividad de la empresa Urapalma S.A. dedicada a la siembra de la palma aceitera en el territorio de estas comunidades.

Por su parte, en el asunto relativo a la explotación petrolera en el territorio de la *Comunidad Indígena U'wa (Sentencia T-039/97)* la Corte Constitucional de Colombia expresó: “3.2. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.) y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena”.

Con respecto a la normativa medioambiental el tratamiento del tema está contenido en algunos documentos internacionales. Se advierte, por ejemplo, que si bien la “Declaración de Estocolmo de 1972” se refiere a la preservación de los recursos naturales mediante una cuidadosa planificación u ordenación (principio 2) la “Declaración de Río de 1992” contempla a los pueblos indígenas y a sus comunidades al reconocerles su “papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales”. Asimismo afirma que los Estados “deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible” (principio 22).

Por otra parte, durante la “Conferencia de Río de 1992” también se discutió el sentido de la expresión “tierras” de los pueblos indígenas y se concluyó que incluye el medio ambiente de las áreas que los mismos ocupan tradicionalmente. También, como resultado en la “Agenda 21” se incorporó un capítulo en el que se reconoce la necesidad de resguardar las tierras de actividades que no son seguras para el medio ambiente o que los pueblos consideran no apropiadas desde su punto de vista cultural (Capítulo 26). Al utilizar la expresión “no seguras para el medio ambiente” estaría advirtiendo sobre la aplicación del principio de precaución de una manera muy particular.

En este sentido, cuando la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina resolvió el “*Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi en la causa Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/Secretaría del Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable*” (11 de julio de 2002)¹¹ afirmó que

“(…) constituye un exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba, pues, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, resultaba suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. A tal fin, bastaba con examinar si de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional”.

Meses más tarde se aprobó la Ley General del Ambiente (Nº 25.675 de 27 de noviembre de 2002) en cuyo art. 4º se enumeran los principios de la política ambiental y con respecto al principio de precaución establece: “Cuando haya peligro de daño grave o irresistible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. Respecto del ordenamiento ambiental el art. 10 da importancia a los aspectos políticos, físicos, sociales, culturales, jurídicos y ecológicos, y establece que en “la localización de las distintas actividades antrópicas y en el desarrollo de asentamientos humanos, se deberá considerar, en forma prioritaria: a) La vocación de cada zona o región, en función de los recursos ambientales y la sustentabilidad social, económica y ecológica; b) La distribución de la población y sus características particulares; c) La naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas; d) Las alteraciones existentes en los biomas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales; e) La conservación y protección de ecosistemas significativos”.

Por su parte, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 obliga a los Estados Partes a “respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad” (art. 8º, j), o sea a no destruir la biodiversidad. Dentro de estas prácticas se hallan las relativas a la fauna y flora y a las especies amenazadas, aun cuando la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, no contenga referencia alguna a los pueblos indígenas¹².

El Convenio también incorpora el principio de precaución al prescribir que cada Estado parte y en la medida de lo posible y según proceda adoptará “medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica” (art. 10, b), dándole una especial importancia a la “utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenibles” (art. 10, d).

La importancia que este acuerdo internacional le ha dado a los pueblos indígenas resulta del hecho que muchas de las regiones de más intensa diversidad biológica del planeta están habitadas por pueblos indígenas¹³, lo que demuestra que gracias a ellos se ha logrado preservar el ecosistema. Pero en muchos casos el desarrollo no sostenible en algunos países ha provocado no sólo la destrucción de muchas especies de flora y fauna y la contaminación de las aguas, sino también la de los pueblos indígenas de la región.

Verbigracia, en el oriente ecuatoriano las actividades petroleras han provocado la reducción de la población del pueblo indígena *cofán* de quince mil en 1971 a menos de quinientos en 2004. Pero estos daños no se limitan a un solo pueblo¹⁴ ya que se ha iniciado en la Corte Superior de Nueva Loja, competente en el oriente de Ecuador, el llamado “juicio del siglo” por el que se demanda a la petrolera Chevron Texaco por la contaminación a gran escala en la zona amazónica de este país¹⁵.

En Misiones, la comunidades *Mbya Guaraní*, *Tekoa Yma* y *Tekoa Kapii Ybate* del Pepirí Guazú, solicitaron medidas cautelares para que se detenga la explotación maderera por la empresa Moconá S.A. en el Lote 8 (Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Tercera Jurisdicción de Misiones -Expte. Nº 881/2000-) con no mucho éxito. No obstante reconocerles la posesión comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, el tribunal rechazó la petición en el entendimiento que el art. 17 C.N. no fue derogado y que el inc. 17 del art. 75 no constituyó en posesión la simple ocupación de tierras privadas. Para el tribunal las comunidades indígenas tienen derecho a obtener del Estado y no del particular la posesión y propiedad de las tierras que ocupan.

Otro tanto ocurre con los humedales, áreas en donde el pensamiento desarrollista veía como lugares que debían ser rellenados para destinarlos a actividades productivas. La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas adoptada en Ramsar (Irán) en 1971 y modificada por el Protocolo de París de 1982 y enmendada en Regina en 1987, aportó una visión diferente sobre este aspecto. Al respecto, prescribe que “las Partes Contratantes deberán elaborar y aplicar su planificación de forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, en la medida de lo posible, el uso racional de los humedales de su territorio”. En el caso del territorio de la República Argentina varios pueblos indígenas habitan en uno de los tres humedales más importantes del continente, dentro del cual se halla el Parque Nacional Río Pilcomayo¹⁶. La referencia a los recursos naturales no se acaba con el reconocimiento del derecho a la gestión y control por los pueblos indígenas, sino también ha surgido la problemática del biocomercio y como consecuencia, muchos lugares habitados por pueblos indígenas se han convertido en la “isla de las especies” del nuevo milenio.

Es bien sabido que importantes laboratorios se interesan en los conocimientos tradicionales indígenas sobre el uso de determinadas plantas, animales o minerales, especialmente para su aplicación en medicina, razón por la cual la Organización Mundial de la Salud afirmó que los conocimientos que tienen que ver con la medicina y la botánica deben ser reglamentados e inventariados, y que se debe proteger la propiedad intelectual de estos pueblos. También la UNESCO, en la reunión celebrada en Turín durante 2001, declaró que el patrimonio cultural inmaterial incluye las

creencias y prácticas relativas a la naturaleza, dando a las comunidades vivas una sensación de continuidad con respecto a las generaciones anteriores.

Por su parte, el “Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente” también tiene en cuenta la preservación del saber tradicional, conservación del medio natural, los recursos de subsistencia y la diversidad biológica respecto a los pueblos indígenas. En este contexto, la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica creó un grupo especial de trabajo para la aplicación del art. 8° j y disposiciones conexas, con el objeto de ayudar a las partes a elaborar leyes para aplicar esas disposiciones y definir los conceptos esenciales de ese artículo y las disposiciones conexas en las que se reconocen y salvaguardan los derechos de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales.

Este interés responde a la imposibilidad de aplicar las normas nacionales e internacionales sobre propiedad intelectual, principalmente las relativas a la propiedad industrial, ya que se trata de un patrimonio muy particular, ya que es colectivo e intergeneracional y no admite plazos de caducidad. A lo que se agrega que, muchas veces, la diversidad biológica es compartida por pueblos en amplias zonas geográficas.

Verbigracia, un pueblo guaraní del departamento de Santa Cruz (Bolivia) registró como marca colectiva en el Registro de Propiedad Intelectual de ese país, la aplicación de conocimientos ancestrales en el aprovechamiento industrial (con el fruto producirían café, chocolate y harina, mientras que la vaina tendría alto contenido de calcio y fósforo) de una especie nativa de algarrobo (cupesi). Esta marca les otorga el derecho de comercializar los productos derivados y es título con validez en toda la jurisdicción de la Comunidad Andina¹⁷.

Por ello es que con el fin de controlar y regular el acceso a los recursos genéticos de la región, asegurar una participación equitativa en los beneficios y reconocer los recursos genéticos, en sus formas material e inmaterial, especialmente relativa a los pueblos indígenas y comunidades locales, esta organización regional aprobó la Decisión 391¹⁸.

Posteriormente aprobó la Decisión 486 relativa al “Régimen Común sobre Propiedad Industrial”, la que respecto al Patrimonio Biológico y Genético y de los Conocimientos Tradicionales dispone:

“Artículo 3°.- Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional. Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos”.

Finalmente, mediante la Decisión 523 de 2002, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores establecieron la “Estrategia Regional de Biodiversidad de los Países del Trópico Andino” en la que reconocen que los Países Miembros tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos, de conformidad con lo estipulado por el Convenio de la Diversidad Biológica, y en particular sobre aquellos recursos de los cuales son países de origen; y que “concentran un alto porcentaje de la biodiversidad del planeta y ocupan el primer lugar en el mundo en diversidad y endemismo de plantas vasculares, de aves, anfibios y total de vertebrados (sin considerar peces); siendo además la subregión lugar de origen de importantes recursos fitogenéticos andino amazónicos que proveen alrededor del 35 por ciento de la producción agroalimentaria e industrial del mundo”.

La Conferencia de Partes del “Convenio sobre la Diversidad Biológica” también consideró que los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales han de quedar protegidos en la aplicación del convenio y que se han de tomar en consideración, por ejemplo, los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio sobre propiedad intelectual y sobre comercio de servicios (Decisión III/17).

Siguiendo este mismo rumbo, la Conferencia de Partes aprueba las llamadas *Directrices Akwé: Kon*¹⁹ (2000). Estas disposiciones son de carácter voluntario y tienen por finalidad servir como orientación a las Partes y gobiernos, a reserva de su legislación nacional, en el desarrollo y aplicación de sus regímenes de evaluación de impactos. Estas directrices deben tenerse en cuenta siempre que se propongan proyectos de desarrollo que hayan de realizarse o que probablemente repercutan en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas por las comunidades indígenas y locales.

De acuerdo con este documento, “el objetivo de estas directrices es el de proporcionar asesoramiento general acerca de la incorporación de las consideraciones culturales, ambientales, incluso relacionadas con la diversidad biológica, y sociales de las comunidades indígenas y locales en procedimientos nuevos o vigentes de evaluación de impactos, tomándose nota de que en algunos de los procedimientos vigentes ya se tienen quizás en cuenta de un modo u otro estas inquietudes. Las directrices deberían aplicarse juntamente con las correspondientes a la incorporación de las cuestiones relativas a la diversidad biológica en la legislación y/o en los procesos de evaluación del impacto ambiental y en la evaluación ambiental estratégica a las que prestó su apoyo la Conferencia de las Partes en el párrafo 1 de la decisión VI/7 A”.

Como el Convenio sobre la Diversidad Biológica reconoce los derechos soberanos sobre los recursos genéticos, usualmente son los gobiernos de los Estados los que celebran convenios con empresas extranjeras sin darle a los pueblos indígenas ninguna participación y, muchas veces, sin consultarlos. Esta es una de las razones por las que el Parlamento Europeo ha seguido muy de cerca las actividades sobre derechos humanos de la Comunidad en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, especialmente en lo que respecta al consentimiento informado de los

pueblos indígenas y a las condiciones aceptadas de mutuo acuerdo cuando se trate del acceso a los recursos genéticos o la sabiduría tradicional de los pueblos indígenas o de las comunidades locales²⁰.

En el marco de la Organización Mundial de Comercio el acuerdo sobre propiedad intelectual, conocido por la sigla TRIPS, fue revisado en 1999 y 2000, particularmente el art. 27 (3) b, relativo a las plantas, animales, y procesos biológicos y el acceso a los recursos genéticos. Asimismo, conforme al art. 27.2 se permite excluir la patentabilidad de una invención si es necesario para proteger la vida o salud de personas, animales y vegetales, o sea necesario evitar daños graves al medio ambiente. El Acuerdo sobre el Comercio de Servicios contiene similar prohibición al prever que se podrá restringir el comercio de servicios cuando sea necesario para proteger la salud de personas, animales y vegetales (art. XIV.b).

A modo de conclusión podemos afirmar que el enfoque que se ha pretendido dar a la relación entre los pueblos indígenas y el medio ambiente no es del todo satisfactorio. En este sentido, no resulta adecuado porque los coloca en el único papel de ordenadores y conservadores de los ecosistemas, y esto es así porque parte de una visión puramente externa, no indígena. Además, porque no considera equilibradamente todas las relaciones que se verifican entre la naturaleza y los derechos a la subsistencia y a la integridad cultural de estos pueblos. No obstante estas observaciones debemos reconocer el progresivo avance en el reconocimiento de sus derechos.

NOTAS

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C.. Profesora titular de Derecho de la Integración en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales en la Universidad Católica de Córdoba.

¹ Como en otras oportunidades, en el presente trabajo no definimos el concepto de pueblos indígenas, pues tal como fue advertido por varios representantes de poblaciones indígenas no era oportuno que los Estados definan el concepto de 'pueblos indígenas', en la medida en que corresponde exclusivamente a dichas colectividades determinar su existencia. La autoidentificación, como criterio fundamental para el reconocimiento de un pueblo indígena, no está sujeta a obligación alguna. Ningún término podía englobar las múltiples y variadas características que presentan dichas comunidades a lo largo de todo el hemisferio. En ese sentido, los representantes de estos pueblos indicaron que no eran minorías étnicas, ni minorías raciales, ni poblaciones (esta última referida a una comunidad que no necesariamente tiene una continuidad histórica). Se definieron a sí mismos como pueblos, es decir, "entidades colectivas con autonomía propia y con un lenguaje milenario, con una organización sustentada alrededor de las tierras, las aguas, los bosques y otros recursos naturales que les daba una cosmovisión propia y con una estructura social única y distinta que garantiza su continuidad" (OEA/Ser.K/XVI- GT/DADIN/doc.1/99 rev. 2 -6 de diciembre de 2000- Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos). Véase también "*Sección Primera. Definiciones. Documento comparativo de trabajo entre el Proyecto Original de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y las propuestas de los Estados*" (OEA/Ser.K/XVI- GT/DADIN/doc.49/01, 6 de diciembre de 2000); "*Cuestiones Indígenas. Informe del Grupo de trabajo establecido de conformidad con la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos*" (E/CN.4/2003/92, 6 de enero de 2003). Existe una interesante definición en el trabajo de Martínez Cobo, "*Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Vol. V. Conclusiones, propuestas y recomendaciones*" (ECN.4/Sub/1986/7/Add 4), donde sostiene que sólo serían pueblos indígenas los autóctonos de América y Oceanía.

² La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho mención a la falta de adecuación de la legislación internacional respecto a la especificidad de la situación de los pueblos indígenas americanos, aclarando que aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas "en su artículo 27 defiende los derechos culturales de las minorías étnicas, no hace la diferencia entre minorías y pueblos indígenas, distinción de importancia en nuestra región". Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "*La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*". (OEA/Ser.L/V/II.108- Doc. 62, 20 de octubre de 2000).

³ En el juicio promovido por el Defensor del Pueblo en representación de varias personas integrantes del Grupo Etnico Indígena U'WA (Sentencia SU-039/97 de la Corte Constitucional de Colombia) se presentaron pruebas relativas a la consulta previa realizada antes de la concesión de prospección de la presencia de petróleo en las tierras ocupadas por esta comunidad indígena. Entre ellas figuraba el documento leído por uno de los miembros del grupo en una de las reuniones de consulta, en el cual se expresaba lo siguiente: "(1). La comunidad 'U'wa' no tenía conocimiento de la existencia del proyecto, no obstante ser los primeros afectados; (2). La OXY no se ha hecho presente en las diferentes reuniones de 'Asambleas y Congreso' llevadas a cabo dentro de las comunidades U'wa; (3). La cosmovisión del pueblo U'wa es muy diferente a la del blanco y es nuestro deber conservarla; (4). Los bienes del mundo físico han sido creados por un ser supremo (Sira-Dios) que es su verdadero dueño. Por lo tanto, éstos no pertenecen a ningún hombre y deben ser conservados y administrados según las leyes de la naturaleza, conforme a los mandatos de Dios-Sira; (5). Los 'U'wa' son los guardianes del ecosistema cuya conservación es de interés de la comunidad, sin que interese el provecho personal; (6). Queremos que se tenga en cuenta nuestra forma de concebir el mundo y que se respeten los preceptos normativos nacionales e internacionales que tutelan los derechos de los pueblos indígenas".

⁴ El art. 23 del Convenio N° 169 de la OIT enumera expresamente algunas de las actividades de la economía tradicional, tales como la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas

con la economía de subsistencia de los pueblos de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección. Y expresa que “deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades”.

⁵ Comunicación N° 511/1992: Finlandia 08/11/94. CCPR/C/52/D/511/1992.

⁶ Aprobado el 27 de julio de 1989 por la 76ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (en vigor desde julio de 2001). Fue aprobado por Argentina en 1992 (ley 24.071) y ratificado en el 2000. También lo han ratificado Bolivia, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú.

⁷ Al término “tierras” se agrega el de “territorios”, lo que cubre el total de hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera (art. 13 del Convenio).

⁸ Cuando en la sesión 59ª de la Comisión de Derechos Humanos se presentó el informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de declaración (E/CN.4/2003/92 de 6 de enero de 2003) se puso de manifiesto que algunos Estados no estaban de acuerdo con la expresión *medio ambiente total*. Por ejemplo, el representante de Canadá al referirse al art. 28 opinó que el derecho a la plena protección y restitución del medio ambiente no existía en el derecho internacional, Nueva Zelanda manifestó su preocupación respecto de la “obligación aparentemente ilimitada de los Estados de restaurarlo. Estados Unidos sostuvo que no existía un derecho humano a la protección del medio ambiente y que los Estados no podían considerarse como responsables exclusivos, especialmente cuando los daños eran causados por terceros.

⁹ Las comunidades mayas presentan una denuncia contra Belice por el otorgamiento de concesiones para la explotación maderera y petrolera en tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por las comunidades mayas en el distrito de Toledo.

¹⁰ Así, expresa que estas comunidades mayas emplean un sistema de rotación de largo barbecho que requiere que importantes extensiones de bosques permanezcan inexploradas durante años. Explica que si bien algunos puntos fértiles son cultivados permanentemente, en la mayoría de las tierras se limpian con una frecuencia de ocho a quince años, se cultivan con cosechas rotativas que se utilizan para fines de pastoreo, dejándose vacías para que se regeneren hasta la siguiente limpieza. Asimismo se refiere a la utilización de los bosques para actividades de caza y recolección y el uso de los ríos para la pesca, higiene y vías de transporte. Aclara que en ellos se hallan también ubicados sus cementerios.

¹¹ La comunidad indígena interpuso el recurso respecto de la decisión de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta que rechazó la acción de amparo por ella deducida con el objeto que declarara la nulidad de dos actos administrativos de la Secretaría Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable que autorizaba la deforestación indiscriminada en sus tierras.

¹² En su Preámbulo expresa que los pueblos y Estados son y deben ser los mejores protectores de su fauna y flora silvestres, por lo que al referirse a los pueblos estaría incluyendo a los indígenas.

¹³ Los llamados 17 biológicos son países que albergan más de dos terceras partes de los recursos biológicos de la tierra (Australia, Brasil, China, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, India, Indonesia, Madagascar, Malasia, México, Papúa Nueva Guinea, Perú, República Democrática del Congo, Sudáfrica y Venezuela),

¹⁴ La demanda de los indígenas *sionas, secoyas, cofanes y huaoranis*, entre otros, así como de los campesinos de las provincias afectadas de Orellana, Sucumbios, Pastaza y Napo.

¹⁵ A fin de advertir sobre la magnitud de la tragedia ecológica se afirma que los derrames más graves ocasionaron la pérdida de más de 400 mil barriles de petróleo crudo, a los que se suman 450 mil barriles de crudo y 450 millones de barriles de aguas de formación vertidos en el medio ambiente. Estas cifras superan con creces las pérdidas del Exxon Valdez en Alaska. Al daño ecológico se sumaron las enfermedades padecidas por los habitantes. Un Informe del Centro de las Naciones Unidas sobre Corporaciones Transnacionales redactado en 1991 auguraba que el boom del petróleo en Ecuador se viviría corto tiempo, pero los impactos adversos sobre los pueblos indígenas y en la productividad sostenible de la selva serían irreversibles (E/CN.4/Sub.2/1991/49).

¹⁶ En 2004 se incluyó el Humedal Chaco dentro de los de importancia internacional de acuerdo a la “Convención de Ramsar”, en esa región habitan los pueblos *Mocobi, Qom y Toba*.

¹⁷ Diario Los Andes (Mendoza), 16 de marzo de 2004.

¹⁸ “Artículo 2º.- La presente Decisión tiene por objeto regular el acceso a los recursos genéticos de los Países Miembros y sus productos derivados, a fin de: a) Prever condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso; b) Sentar las bases para el reconocimiento y valoración de los recursos genéticos y sus productos derivados y de sus componentes intangibles asociados, especialmente cuando se trate de comunidades indígenas, afroamericanas o locales”.

¹⁹ Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004). *Directrices Akwé: Kon* voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares. Montreal, 27 p. (Directrices del CDB).

²⁰ Por ejemplo, el Parlamento tenía cierta preocupación por la presión ejercida sobre las tierras de los pueblos indígenas del Valle de Javari, en Brasil, donde la Comisión financió un proyecto de desarrollo. La Comisión respondió a esa inquietud mediante el suministro de información detallada sobre la estrategia y las actividades del proyecto dirigidas a proteger a los pueblos indígenas y sus recursos forestales. Este tipo de escrutinio e intercambio de información resulta claramente útil para aumentar la coherencia, dentro de la UE, en torno a la cuestión de los pueblos indígenas, y semejantes consultas deberían intensificarse para asegurar la coherencia y la complementariedad de las intervenciones promovidas por la UE.

EL MEDIO AMBIENTE EN LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

por GRACIELA ROSA SALAS *

Sumario: Introducción. Los instrumentos fundacionales y la cuestión ambiental. El devenir de los procesos de integración y la cuestión ambiental. A modo de conclusión.

Introducción

En nuestro trabajo anterior ¹, dejamos presentada nuestra preocupación por el tema sobre el que volvemos en esta oportunidad.

En efecto, la existencia de nuevos o renovados procesos de integración en América Latina nos ha movido a retomar este tema, tratando de verificar las modificaciones producidas en los últimos años.

Decíamos, entonces, y lo continuamos pensando en la actualidad, que “América Latina es más que nada y sobre todo, medio ambiente” y es esa nuestra preocupación central en esta ocasión.

Si bien en aquella oportunidad centrábamos la atención en ciertos datos de nuestro continente americano, actualmente, la cuestión ambiental excede largamente las limitaciones que nos habíamos impuesto.

Así, podemos constatar que EE.UU., con el 6% de la población mundial absorbe el 30 % del oxígeno global de la tierra, y que en los primeros años de nuestro siglo, unos veinte países industriales consumen el 80 % del oxígeno. Mientras que se estima que China desde 2030 alcanzará un consumo de energía equivalente a la suma de lo que actualmente demandan EE.UU. y Japón unidas, y al carecer de otros recursos deberá construir 2 centrales nucleares al año durante 16 años, lo que, a pesar de haber ratificado el Protocolo de Kioto, ya la ha constituido en el segundo contaminante del planeta ², con grandes posibilidades de llegar a ser el primero en poco tiempo

Como contrapartida, los países de la Comunidad Andina de Naciones son poseedores del 25 % de la biodiversidad a nivel mundial, y suministran alrededor del 35 % de la producción agroalimentaria e industrial del mundo que provienen de los recursos fitogenéticos andino-amazónicos. Asimismo, México tiene una destacada posición al ubicarse entre los doce países de mayor contribución a la biodiversidad mundial. Lo que sumado a los porcentajes en que participan, el Amazonas, los océanos que rodean a nuestro subcontinente y la Antártida, nos dan una idea aproximada de la importancia de este problema para América Latina.

Por otra parte, la presencia de nuevos cuestionamientos a nivel internacional han hecho renacer el interés de los latinoamericanos por el abordaje de la cuestión ambiental. Sin embargo, este trabajo no puede reducirse al mero aporte de datos estadísticos, siempre discutibles, sino que es necesario efectuar un reconocimiento acerca de la respuesta jurídica a esta preocupación ambiental y su influencia en la actual dinámica de nuestros procesos de integración.

Para este análisis, hemos seleccionado cuatro procesos de integración vigentes actualmente en el subcontinente: el Mercado Común Centroamericano, la Asociación Latinoamericana de Integración, como marco para la hoy Comunidad Andina de Naciones y el Mercosur.

Los instrumentos fundacionales y la cuestión ambiental

Los primeros intentos de conformar procesos de integración en América Latina, se inscribieron en una corriente claramente economicista, en la que no estaba incluida, en aquellos momentos, la preocupación ambiental. En algunos casos, se la relaciona con los recursos naturales, la protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales o con una remisión genérica al desarrollo económico y social³; en otros, la referencia es escasa⁴ o está relegada al tratamiento de problemas específicos⁵ o a los compromisos internacionales asumidos por las partes⁶.

La situación planteada en el primer grupo, como en el caso del *Mercado Común Centroamericano*⁷, uno de los intentos integracionistas que superan los cuarenta años de vigencia, es plenamente comprensible teniendo en cuenta la época en la que se constituyó, en la que la preocupación ambiental no trascendía aún los ámbitos estrictamente científicos y académicos.

Sin embargo, el Tratado de Montevideo de 1960 que instituyó la *Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*, a pesar de pertenecer a la misma época, nos abre las posibilidades que actualmente brinda la ALADI.

En efecto, en su preámbulo encontramos:

“Persuadidos de que la ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales, a través de la eliminación gradual de las barreras al comercio interregional, constituye condición fundamental para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico, en forma de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos;

“Conscientes de que el desarrollo económico debe ser alcanzado mediante el máximo aprovechamiento de los factores de producción disponibles y de la mayor coordinación de los planes de desarrollo de los diferentes sectores de la producción...”.

Sin embargo, no escapa a nuestro razonamiento que tanto en el caso de la ALALC como de la ALADI se trata más que nada de una interpretación de la problemática ambiental a partir del enfoque económico que impregnaba todo proceso de integración surgido en las primeras épocas del integracionismo latinoamericano, y es bajo esta óptica que debemos interpretar esta cuestión.

Entre los primeros casos en que de alguna forma se relaciona el medio ambiente con una remisión genérica al desarrollo económico y social, encontramos lo establecido en el segundo párrafo del preámbulo del Tratado de Montevideo de 1980 que instituye la *Asociación Latinoamericana de Integración*: “Persuadidos de que la integración económica regional constituye uno de los principales medios para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico y social a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos”.

Posteriormente, agrega en el art. 50: “Art. 50: Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a:

... d) Protección de la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales”;

Nos ocupamos aquí de este grupo dado que es este Tratado el marco jurídico-institucional en el que debe interpretarse la normativa correspondiente a los otros grupos que incorporamos a continuación.

Por otra parte, y desde el punto de vista del esquema integracionista que nos proporcionan ambos tratados de Montevideo, cabe rescatar el avance que significó el uno sobre el otro, dado que los diferentes objetivos fijados afirman que, si bien en ambos, el objetivo fue la conformación de un mercado común, en el primero (ALALC) los mecanismos se acercaban más a una zona de libre comercio, mientras que, en el segundo (ALADI) se dan las bases para avanzar un poco más, ubicando al proceso en una segunda etapa, intermedia, hacia la conformación de un sistema comunitario.

Dentro de esta misma clasificación, y siempre atendiendo a la época en que se conformó y las especiales circunstancias que actualmente rodean a este renovado proceso de integración, cabe citar también al Acuerdo de Cartagena, que instituyó lo que se conoció como el *Pacto Andino*, hoy Comunidad Andina de Naciones.

Este acuerdo, firmado en las postrimerías de la década de los '60 tuvo como objetivo una dinamización para los países del área del Pacífico sudamericano de la ya entonces alicaída ALALC.

Así, su tratado constitutivo nos ofrece algunas precisiones: “Art. 1º. El presente Acuerdo tiene por objetivos ... y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común, todo ello, con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión”.

Con una permanente referencia a cuestiones que veremos reaparecer en forma constante, como es el caso de la energía o de la integración física.

Por otra parte, es dable constatar que el Acuerdo de Cartagena transitó la desaparición de la ALALC y debió incorporarse dentro del sistema de ALADI, a través del reconocimiento específico de su particular situación.

En el segundo grupo, encontramos al *Mercosur* con una referencia especial en el preámbulo del Tratado de Asunción de 1991:

“Entendiendo que ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente...”.

Este tratado, detrás de una apariencia economicista, abre la posibilidad a la preocupación ambiental, aunque posteriores referencias lo acercan a otros tipos de tratados en la clasificación efectuada, cuando en el mismo preámbulo reza:

“Conscientes de que el presente tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980”.

Surge de este párrafo una explicación que permite interpretar el contenido general de todo el sistema creado con Mercosur y que no es sino un desarrollo de los objetivos del tratado que instituye la ALADI. La preocupación ambiental, en este caso, no es sino el fruto de la conciencia que avanzó fuertemente sobre todo el mundo en la década de los años '90, en la que este acuerdo vio la luz.

El devenir de los procesos de integración y la cuestión ambiental

Decíamos más arriba que el tratado constitutivo del *Mercado Común Centroamericano* no registraba referencia alguna a temas ambientales. Sus posteriores crisis⁸, lo sumieron en etapas que lo obligaron a producir reajustes a través de los que se intentó imponerle una nueva dinámica. Así, en 1972 los ministros de Economía firmaron una serie de acuerdos que fijaron los lineamientos generales de una reestructuración del Mercado Común. A pesar de ello, las dificultades económicas y la inestabilidad política de las dos décadas siguientes dificultaron el mantenimiento del ritmo integracionista.

Una nueva etapa surgiría a partir de 1990, año en el que se adoptó el Plan de Acción Económica para Centroamérica (PAECA) y que llevó a la conformación de una zona de libre comercio entre El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. En 1993, a los países miembros del MCCA se le unió Panamá, constituyendo el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), en el que ya se advierten componentes que superan lo meramente económico para profundizar lo político. Ingresó así formalmente la preocupación ambiental, a través de una referencia específica al desarrollo sostenido económico y la preservación del medio ambiente por medio del respeto y armonía con la naturaleza.

De esta manera, se operó la transición del MCCA al nuevo Sistema de Integración Centroamericano, en cuya estructura institucional no aparece instrumentación alguna relacionada con el medio ambiente; esta situación responde a características similares a las producidas en otros procesos de integración en otros continentes en que estos requerimientos se resuelven a través de programas o mecanismos descentralizados.

Siguiendo esta mecánica, los gobiernos de Centroamérica y EE.UU. se reunieron en la ciudad de Managua el 12 de octubre de 1994 y suscribieron el Convenio de Cooperación CAUSA, y la

Declaración CONCAUSA. Por la misma, conformaron la Alianza para el Desarrollo Sostenible y formularon un plan de acción que incluye medidas sobre la conservación de la biodiversidad, energía, legislación ambiental y desarrollo económico sostenible.

Para la región andina, la situación ha sido notoriamente compleja, atento los altibajos que sufrió también este proceso.

En efecto, luego de las sucesivas reformas introducidas al Pacto Andino, la hoy *Comunidad Andina de Naciones* ha introducido la cuestión ambiental en el derecho originario⁹, abriendo así la vía jurídica para la renovación del esfuerzo por constituir un mercado común y su cooperación para lograr el mismo objetivo a nivel latinoamericano.

En el caso del *Mercosur*, es posible constatar que el Protocolo de Asunción sobre Acuerdos Sectoriales, conforme a lo establecido por el Tratado de Asunción en su art. 5° inc. d)¹⁰, establece que deben contemplarse la preservación y el mejoramiento del medio ambiente, la investigación y el desarrollo de tecnología de productos. Luego de la creación de la Reunión Especializada de Medio Ambiente (REMA) se convocó a una serie de reuniones que establecieron directrices en materia ambiental, se prepararon informes y se avanzó en las medidas a adoptar en vista a la armonización de las respectivas legislaciones en materia ambiental.

En definitiva, si bien mucho se ha logrado en este sentido, el acento continúa residiendo en la normativa interna de los respectivos Estados Parte.

Es en la actual *Comunidad Andina de Naciones* que rescatamos una de las mayores actividades en materia ambiental de la actualidad.

La CAN decidió plantear políticas y estrategias que contribuyan a mejorar la calidad de vida de sus pobladores, que incluyan el aprovechamiento sostenible de los ecosistemas, el acceso al agua potable, el manejo integrado de los recursos hídricos, enfrentar los efectos del cambio climático y la prevención de desastres naturales, para lo cual instrumentaron acciones en torno a tres ejes principales: la Estrategia Regional de Biodiversidad, la Gestión Ambiental y el Desarrollo sostenible y el Comercio para el Desarrollo Sostenible.

La Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino fue aprobada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores el 7/7/02 por medio de la Decisión 523. En esta Decisión, se resaltan los derechos soberanos de los Estados Miembros de la CAN sobre sus propios recursos biológicos. Esta posición descansa sobre el Convenio de la Diversidad Biológica.

Esta Estrategia ha sido concebida como un instrumento flexible sobre la base de tres procesos simultáneos: la promoción de estudios continuados sobre la biodiversidad subregional, formulación de proyectos y medidas de política que le den soporte y, finalmente, propuestas de integración subregional por la importancia de su participación en la biodiversidad global.

En cuanto a la Gestión Ambiental para el Desarrollo Sostenible en la Comunidad Andina, el Comité Andino de Autoridades Ambientales (CAAAM) en la reunión celebrada en Quito el 3/7/01 fijó los Lineamientos para la Gestión Ambiental y el Desarrollo Sostenible en la Comunidad Andina, sobre la base de dos grandes temas: por un lado, la conservación y, por el otro, el uso sostenible de la biodiversidad y la calidad ambiental, con miras a la formulación de una Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino.

Merece un párrafo aparte el reiterado tratamiento de cuestiones relacionadas con la necesidad de respetar y aprovechar los conocimientos tradicionales de las poblaciones que habitan en la región. Para el cumplimiento de estos objetivos, el CAAAM identificó cuatro aspectos fundamentales que se relacionan con las políticas ambientales: propiedad intelectual, política agropecuaria común, ciencia y tecnología y desarrollo fronterizo, incluyendo el tráfico ilegal de productos maderables y elementos de biodiversidad, para comenzar a hablar ya de un “proceso de gestión regional” y lograr un “desarrollo regional sostenible”. Para ello, ha introducido fuertes regulaciones en el Régimen Común de Protección de Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales¹¹, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos¹², Régimen Común sobre Propiedad Industrial¹³, Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino¹⁴, entre otros.

Debemos resaltar, por otra parte, la permanente referencia a los avances en el cumplimiento de la Agenda 21, las vinculaciones con las convenciones de Cambio Climático, Diversidad Biológica, Desertificación y otros instrumentos internacionales.

En esta misma tendencia se inscribe la reciente “*Evaluación de la dimensión económica del proceso de integración andina*”¹⁵ la que evidencia la profunda relación existente entre la provisión de energía y el medio ambiente, y un SGP Andino relacionado con la Comunidad Europea que implica una suerte de reconocimiento de los avances operados en materia ambiental. Más recientemente, en ocasión de la reunión del XV Consejo Presidencial Andino reunido en la ciudad de Quito, al celebrarse el 35° aniversario de la suscripción del Acuerdo de Cartagena, los presidentes andinos suscribieron el Acta de San Francisco de Quito, en la que aparecen varios detalles que deseamos destacar. Por una parte, la reiteración de la intención de esos países de conformar un espacio de integración sudamericano, posición en la que se inscribe el acuerdo celebrado entre Mercosur y la CAN el 16/12/03¹⁶.

En este acuerdo se reitera la posición fijada por el Tratado de Montevideo de 1980 y ya citada más arriba, y que en sus considerandos dice:

“Que la integración económica regional es uno de los instrumentos esenciales para que los países de América Latina avancen en su desarrollo económico y social, asegurando una mejor calidad de vida para sus pueblos”

Esta posición aparece nuevamente con claridad en el punto V del Acta de San Francisco, que está destinada al Diseño Estratégico junto a un claro llamamiento a “enfrentar con carácter de urgencia la agenda del desarrollo integral”, mientras que entre las Directrices reserva el punto V a la Dimensión Ambiental, en cuyo apartado 32 encomienda al “Consejo Andino de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible que, en coordinación con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y el Consejo Asesor de Ministros de Energía, formule una estrategia andina para enfrentar y mitigar los efectos negativos del cambio climático, a partir de las prioridades contempladas en los Lineamientos para la Gestión Ambiental y el Desarrollo Sostenible en la Comunidad Andina”.

Otro de los temas que aparecen con características propias en la CAN es el de la necesaria protección de los productos originarios y de los conocimientos tradicionales, entendible en la medida en que éstas preocupan a Estados con una composición social tan marcada por la presencia de grupos aborígenes.

Esta corriente aparece también en las diferentes *cumbres iberoamericanas de jefes de Estado y de gobierno*, en las que esta cuestión se relaciona muy especialmente con la integración física y con los avances logrados en la aplicación de la Agenda 21 de las Naciones Unidas¹⁷.

En el caso del *Mercosur*, si bien la preocupación ambiental surge desde el preámbulo del Tratado de Asunción, como lo apuntáramos más arriba, su tratamiento ha sido derivado al Subgrupo de Trabajo N° 6 “Medio Ambiente” y rápidamente se inclinó hacia lo tributario, entrando en el ámbito de las restricciones No Arancelarias, de ahí pasó a la Comisión Ad Hoc de Productos Fitosanitarios del SGT N° 8. Algo similar ocurrió con el Subgrupo de Trabajo N° 7 a fin de establecer una estrategia común para avanzar en este tema, también con el Subgrupo de Trabajo N° 9 de Energía. De esa forma diríamos que se fue introduciendo en las competencias y deliberaciones de los diferentes subgrupos de trabajo. En consecuencia, sería demasiado extenso para este trabajo el análisis de las implicaciones que ha adoptado la cuestión ambiental dentro de este esquema.

Continuando, entonces, con la mecánica impuesta al Mercosur, a partir del Tratado constitutivo se instrumentó una mecánica de ampliación y profundización al firmarse diversos protocolos adicionales. En este caso, en el 2001 se aprobó el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur¹⁸.

De los considerandos de la decisión del CMC que aprueba este nuevo cuerpo normativo, se reconoce expresamente el rol desempeñado por la cuestión ambiental en esta organización internacional:

“CONSIDERANDO:

La importancia de la temática ambiental en la agenda de consolidación y profundización del Mercosur”;

Se trata entonces de un auténtico protagonismo, frente a las acciones parciales y a los programas instrumentados en las otras experiencias integracionistas.

A nadie escapa que estos mecanismos continúan desarrollándose en el marco de la cooperación internacional, pero implican un auténtico avance respecto de los principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en el que el concepto de desarrollo sustentable marca un rumbo preciso.

Asimismo se observa una lenta pero inexorable comunicación entre estos procesos latinoamericanos y la Organización Mundial del Comercio ¹⁹, tema que excede los alcances de este trabajo.

A modo de conclusión

Desde un comienzo intentamos efectuar un análisis jurídico del rol desempeñado por el tema ambiental en los procesos de integración de América Latina, y a través del desarrollo de este trabajo ha quedado en claro la importancia que éste ha ido adquiriendo.

Desde los primeros intentos de hace cuatro décadas, en los que el medio ambiente no parecía ser determinante, hasta el más joven de estos procesos en que aparece entre sus fundamentos, el subcontinente ha recorrido un largo y sinuoso camino.

El accionar de los Estados que conforman los grupos apuntados en la primera parte ha demostrado que la dimensión ambiental existe, aunque en unos haya sido un nuevo reto a asumir, o en otros, haya exigido la instrumentación de mecanismos particulares a ese esquema, en los más modernos se constituyó en una verdadera base de sustentación desde sus comienzos.

Podemos concluir, en definitiva, que América Latina es medio ambiente y que esta dimensión no puede quedar al margen de ningún intento integracionista.

NOTAS

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (U.N.C.). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ “Medio ambiente e integración de América Latina”, en *“La política internacional, el derecho y el territorio nacional”*, II Curso de posgrado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Homenaje a Enrique Ferrer Vieyra, ps. 251 a 263.

² “China, megapotencia”, *Le Monde Diplomatique*, año VI, N° 62, agosto de 2004.

³ Tratado de la Cuenca del Plata (Brasilia, 1969), preámbulo, segundo párrafo “Persuadidos de que la acción mancomunada permitirá el desarrollo armónico y equilibrado así como el óptimo aprovechamiento de los grandes recursos naturales de la región y asegurará su preservación para las generaciones futuras a través de la utilización racional de esos recursos”.

Asimismo, a menudo se invoca lo establecido por el art. 50 del Tratado de Montevideo que instituye la Asociación Latinoamericana.

⁴ Como veremos, es el caso del Mercosur.

⁵ Así es la práctica impuesta en los diversos subgrupos de trabajo del Mercosur.

⁶ Es el caso del art. 104 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que, bajo el título *Relación con tratados en materia ambiental y de conservación*, dice: “1. En caso de incompatibilidad entre este Tratado ya las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en: a) la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres ... b) el Protocolo de Montreal, Relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono ... c) el Convenio de Basilea sobre el Control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación... Estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del Tratado”.

⁷ Tratado General de Integración Económica Centroamericana entre los gobiernos de las repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, firmado el 13/12/1960. Entró en

vigor el 4/6/1961 para Guatemala, El Salvador y Nicaragua; el 27/4/1962 para Honduras y el 23/9/1963 para Costa Rica, que se incorporó al tratado con posterioridad y a un ritmo diferente.

⁸ La más grave de ellas fue la guerra entre Honduras y El Salvador, en 1969, que provocó la separación temporaria de Honduras del proceso integracionista.

⁹ Así surge del Acuerdo de Cartagena, luego de las reformas introducidas por el Protocolo de Trujillo de 1996. “Art. 3º: Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: (...) Complementariamente a los mecanismos antes enunciados, se adelantarán, en forma concertada, los siguientes programas y acciones de cooperación económica y social: (...) e) Acciones para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente; (...)”. Asimismo, agrega; “Art. 146: Los Países Miembros emprenderán acciones conjuntas que permitan un mayor aprovechamiento de sus recursos naturales renovables y no renovables y la conservación y mejoramiento del medio ambiente”.

¹⁰ “Art. 5º: Durante el período de transición, los principales instrumentos para la constitución del Mercado Común serán: (...) d) La adopción de acuerdos sectoriales, con el fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes”.

¹¹ Decisión 345, de octubre de 1993.

¹² Decisión 391, de julio de 1996.

¹³ Decisión 486, de septiembre de 2000.

¹⁴ Decisión 523, de julio de 2002.

¹⁵ Sg/d247. Informe de la Secretaría General, mayo de 2004

¹⁶ Acuerdo de Complementación Económica suscripto entre los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay - Estados Partes del Mercosur y los gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela - Países Miembros de la Comunidad Andina. En este acuerdo, se reitera la posición fijada por el Tratado de Montevideo de 1980, ya citada más arriba.

¹⁷ Es de constatar desde la I Cumbre de Guadalajara, julio de 1991; también es el caso de la Declaración de Lima, firmada en ocasión de la XI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, noviembre de 2001.

¹⁸ CMC/Dec. N° 2/01.

¹⁹ Acta N° 3/97 Mercosur/SGT N° 6 “Medio Ambiente”.

Se terminó de imprimir en editorial Advocatus en el mes de diciembre de 2004.