

KATTAN, ALBERTO E. Y OTRO C. GOBIERNO NACIONAL -PODER EJECUTIVO

10/05/1983

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Nro. 2 (JNFedContencioso administrativo)(Nro2)
LA LEY 1983-D, 576

TEXTO COMPLETO:

1ª Instancia. - Buenos Aires, 10 de mayo de 1983.

Considerando: I - La demanda persigue, en sustancia, la prohibición de cazar o pescar toninas overas en nuestro mar "hasta tanto existan estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico que dicha caza pueda provocar". La acción fue motivada por dos autorizaciones dadas por el Poder Ejecutivo, para pescar (o cazar) 14 toninas overas, circunstancia que los demandantes consideran que puede resultar, de concretarse, de importancia suficiente como para alterar el ambiente en que habitan estos animales y la forma y expectativas de vida de los mismos. El basamento de tal posición descansa -como ya lo adelanté- en la falta de estudios serios sobre el tema.

Además llaman la atención sobre el hecho de que la Dirección de Conservación del Patrimonio Turístico de la Provincia de Chubut se habría manifestado en contra de la decisión del Organismo Central.

En el informe de fs. 45 rendido por la Secretaría de Intereses Marítimos se sostiene que los permisos -que han sido traídos (en copias) al expediente- no fueron otorgados en forma inconsulta y no alterarían el equilibrio del ecosistema atlántico.

El amparo pedido se basa en informaciones periodísticas que no han sido desmentidas por la accionada quien, por el contrario, reconoce la circunstancia alegada aunque disiente con la accionante desde que afirma que las aludidas autorizaciones de pesca no resultarán perniciosas.

II - La sentencia fue presidida por el interlocutorio del 22 de marzo de 1983 que, en esencia, trata lo fundamental del problema; aunque la resolución, por el estado en que se encontraba el trámite del expediente, necesariamente, tuvo que tener efectos limitados en el tiempo.

Hoy ya se ha producido la prueba ofrecida por las partes y sólo debe juzgarse si el amparo pedido es admisible, teniendo en cuenta asimismo que la accionada nunca impugnó la legitimación de los actores para actuar en este juicio. Mas, explicó la demandada que la actuación de los demandantes no fue cuestionada "en razón de que el interés jurídico que en definitiva se pretende amparar no es sólo exclusividad de la parte actora" sino también el de la demandada. La Subsecretaría de Pesca, dependiente de la Secretaría de Intereses Marítimos -Ministerio de Economía-Poder Ejecutivo nacional, se encuentra mucho más interesada que los actores de proteger al ecosistema, a peces en general y en particular los "delfines". Resulta de tal postura que la demandada quiere el debate de la cuestión a fin de confirmar lo oportuno de su decisión.

Tal postura reduce el pleito a determinar si la protección al medio que pretenden realizar los actores (y que también sería la inquietud de los demandados al haber declinado todo tipo de argumentación procesal formal), fue -o no- correctamente tenida en cuenta por el Poder Ejecutivo al dictarse las disposiciones que autorizaron la captura de los delfines.

III - La particular circunstancia de que se trata obliga a considerar la cuestión con especial cuidado y aplicando la normativa que resulte más idónea para encontrar la verdad. Por ejemplo, es irrelevante que la actora haya probado -o no- que la caza de 14 delfines resulte depredatoria o altere el hábitat. El punto debe estudiarse desde un especial punto de vista propio de circunstancias inéditas o novedosas que rodean al asunto.

No creo que resulten adecuados -a mi ver- los interrogantes que relacionan el tema de los delfines con la matanza de "vacunos, ovinos, porcinos, gallináceos, etc. ...", y considero también ajena al tema la cuestión relacionada con la pesca comercial de otras especies. En realidad encuentro que la accionada ha confundido el concepto de recurso natural con el de recurso cultural.

IV - Creo que caben aquí una serie de consideraciones para poner más en claro la cuestión que aflige a los científicos ecologistas del mundo entero, y está relacionado, justamente, con el mantenimiento de los recursos naturales aludidos. Los adelantos científicos de la civilización moderna han significado, sin dudas, la devastación de gran parte de la vida silvestre y, por ende, del equilibrio ecológico de la biosfera; la industria y el maquinismo, invocando necesidades del "progreso", han ido avanzando, irracionalmente, en todas partes. El uso que el hombre -consciente o inconscientemente- la ha dado a la naturaleza o espacio que lo rodea ha provocado una acelerada desaparición de especies animales que hace unas décadas vivían tranquilamente en distintas partes del planeta. No parece haberse comprendido que cuando una especie animal se extingue, la desaparición ocurre de una vez y para siempre.

No hay posibilidad ni poder alguno que nos devuelva las criaturas que alguna vez poblaron en grandes manadas o rebaños las praderas de América o Europa, porque esos recursos naturales no son renovables. La abundante información que nos llega diariamente por distintos medios nos da cuenta hoy de que más del 50 % de los mamíferos que desaparecieron a través de los siglos han sido exterminados en los últimos cincuenta años. El 80 % de los pájaros y mamíferos que alguna vez habitaron el mundo ha desaparecido (ver Mensaje que acompaña el Convenio C. I. T. E. S. para su ratificación presidencial -lo cita la actora-).

El inminente caos que este panorama deja entrever alcanzará obviamente a la especie humana; cada hombre está amenazado si la depredación gana los lugares que debe ocupar la naturaleza alterando o destruyendo el ecosistema. Por eso es que creo que los actores están habilitados para accionar; sea en su nombre o en el de sus familias, si es que no se les permite hacerlo invocando derechos de la sociedad entera. Es decir, estoy persuadido de que en este tipo de cuestiones debe aceptarse que los accionantes actúan defendiendo verdaderos derechos subjetivos. (Ampliaré el concepto más adelante).

Los componentes de una sociedad que ven amenazados sus patrimonios y sus propias vidas por riesgos inminentes que devienen de conductas sustancialmente antisociales, deben tener la herramienta que las proteja y, además, deben tener acceso directo a esa herramienta. Creo que en circunstancias de la naturaleza de la planteada debe darse por acreditado que el acto de la autoridad administrativa lesiona o amenaza derechos constitucionales particulares en forma manifiestamente ilegítima cuando la devastación no se justifica.

En la Argentina tenemos una ley (22.421), que protege la fauna silvestre; esta normativa sigue el espíritu de la Conferencia de Estocolmo (P. N. U. M. A. 1972), pero aquí, como en otros lugares del mundo, las leyes, por un motivo u otro, no se han puesto en práctica; las Convenciones no se ratifican; los organismos no cuentan con fondos suficientes para llevar a cabo sus altruistas fines. Puede decirse que en muchas partes del mundo no se es consciente de la gravedad del problema, sea por desconocimiento, negligencia o irresponsabilidad (ver Declaración de Organizaciones no Gubernamentales en Sesión de Carácter Especial del Consejo de Administración del P. N. U. M. A. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Nairobi, mayo de 1982).

V - Es ; de público y notorio, y además puede contestarlo inmediatamente quien -preocupado por el caso- recorra el país, que en la Argentina están amenazadas de extinción todas las especies de felinos y primates. Todos sabemos lo que ha ocurrido a raíz de la caza indiscriminada de otro cetáceo: la ballena azul (*Balaenoptera musculus*), que prácticamente se encuentra en la última etapa de desaparición. Miles y miles de ballenas (cachalotes) fueron sacrificadas en busca del preciado ámbar gris, con desprecio -la mayoría de las veces- del resto del animal que quedaba como desecho inútil después de la matanza (ámbar gris: "sustancia que se encuentra en las vísceras del cachalote, sólida, opaca, de color gris con vetas amarillas y negras, de olor almizcleño, que al calor de la mano se ablanda como la cera, y lo cual se halla en masas pequeñas y rugosas, sobrenadando en ciertos mares, especialmente en Caromandel, Sumatra y Madagascar). Se emplea en perfumería y como medicamento excitante" (Diccionario de la Lengua Española). La "industria" de la perfumería puso un muy alto precio a esta sustancia y propuso la caza irracional del cachalote que -como ya dije- prácticamente ha desaparecido de la faz de la tierra.

También están amenazadas otras especies autóctonas del país por el accionar irracional o irreflexivo del hombre; entre ellas puede citarse el huemul, el coatí, la vicuña, la nutria de Magallanes, el tatú carreta, el lobo marino de dos pelos, el elefante marino. Además, entre los anfibios son de destacar los casos del yacaré de hocico ancho y la tortuga laud y, entre las aves, la perdiz colorada, la perdiz enana, la gallareta, la avutarda de cabeza colorada y el urú (entre otros).

La ley ha resultado ineficaz para terminar con el problema. La Argentina regula la actividad con la ley 22.421 de Conservación de la Fauna (12/3/81). Pero el paso más importante a favor del conservacionismo está dado por la ley 22.344 referida a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, suscripta en Washington en 1973. Participaron 88 Naciones y responde a la Recomendación 99 de la Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano (1972).

Debe observarse que la Recomendación 99 tiene en cuenta, en primer término, el Ambiente Humano; esto da una tónica precisa de los alcances de la cuestión; en efecto, no se protege al león, al tigre o al hipopótamo para que el hombre los pueda ver vivos y en su hábitat; no, el ambiente humano es el mismo que ocupan los animales que sabiamente se encuentran distribuidos por el mundo formando parte de una cadena ecológica en la que participan con la flora (y el hombre) así se asegurará la conservación no sólo de cada especie sino también, y principalmente, de los recursos naturales que hacen a la vida del hombre. Las leyes deben tener por fin y objeto la felicidad del ser humano y la conservación del medio ambiente, que hace a ese propósito, necesariamente debe incluir la de todos los seres que por sus costumbres o hábitos conviven con la humanidad formando una verdadera cadena que asegura la coexistencia de todos al servicio de la raza humana.

VI - El hombre primitivo se sirvió de la naturaleza matando para comer y dar de comer a su familia. Ese hombre no alteró el sistema, formó parte del mismo. El humano de nuestros días ha provocado con su falso "progreso" la puesta en peligro de muerte de la humanidad entera.

Si mata por placer, como ocurrió en los Estados Unidos con los búfalos durante el siglo pasado extinguirá rápidamente el animal que resulte víctima; pero también fue víctima de aquella depredación el indio que se alimentaba de este mamífero, al cual sólo mataba para satisfacer su hambre y necesidades de vestido.

En lo referente a los delfines ha ocurrido algo semejante en las playas de Katsumoto (Japón) recientemente (ver vol. 6, núm. 3 - Setiembre 23, 1980 de "Environmental policy and law"). Circunstancia que podría dar razón a los actores en cuanto afirman que los pescadores japoneses han sido depredadores irracionales de los mares. Pero lo que interesa es que la legislación tiene previsto el caso y, en todo caso, considero que debe reconocerse a los actores el derecho a accionar como uno de los derechos implícitos que prevé el art. 33 de la Constitución Nacional.

VII - La ley 22.421 declara de interés público a la fauna silvestre, así como su protección, conservación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional. Todos los habitantes de la Nación tienen el deber de proteger la fauna silvestre conforme a los reglamentos que para su conservación y manejo dicten las autoridades de aplicación.

La norma principal está dada en que "todos los habitantes... tienen el deber de proteger la fauna silvestre". La reglamentación que el precepto menciona debe instrumentar tal finalidad para favorecerla y nunca para impedirla.

El art. 20 del texto legal citado prevé, para el caso de que una especie de la fauna silvestre autóctona se encuentre en peligro de extinción, que el Poder Ejecutivo nacional adopte las medidas de emergencia necesarias para asegurar su repoblación y perpetuación. Así el Gobierno central puede regular el sistema, con fundamento en el art. 67 incs. 16 y 28 de la Constitución Nacional; según este precepto el problema que apareja la extinción de una especie hace al interés nacional. No caben aquí discusiones o diferencias fundadas en la preeminencia de la jurisdicción provincial porque la cuestión se transforma en un problema nacional.

VIII - La ley 22.421 y su decreto reglamentario muestran claramente cuáles son los flagelos que atacan a las distintas especies animales. En primer lugar la sobreexplotación. Si no se sabe cuántos animales forman la población de una especie, su forma de vida y otras cuestiones relacionadas al medio ambiente no puede decirse que haya o que no haya sobreexplotación. Una actitud conservadora es la más aconsejable y prudente. Si no hay estudios ciertos, avalados por un rigorismo científico indudable, debe protegerse la especie. En el caso se trata de delfines que cazarian dos empresas extranjeras para fines eminentemente comerciales. Se trata de sociedades comerciales y debe presumirse que cada uno de sus actos tiene finalidad mercantil, onerosa.

El Estado argentino parece que prefiere que los empresarios japoneses se lleven las toninas, gratuitamente, invocando un intercambio cultural que no alcanzo a entender, sobre todo si se tiene en cuenta que la población, hábitos y magnitud de la especie no son conocidos con certeza por nuestros científicos.

IX - Es cierto que el doctor en Ciencias Naturales Roberto Bernardo Bellisio, calificado por el Subsecretario de Pesca de experto científico avaló la "operación", repitiendo otras realizadas en 1978 y 1979. A pesar de que el doctor Bellisio aparece consultado en el informe "Argentina Progress Report on Cetacean Research" de Jorge F. Mermoz y RNP

Goodall que si bien luce en este expediente de fs. 68 en adelante, lamentablemente no ha sido traducido del inglés (ver cita del "Appendix 1 Peisons Consulted" fs. 76). Tampoco está en castellano el informe de Rac Natalie Prosser Goodall que resulta muy ilustrativo entre las Resoluciones Aprobadas en el 7º seminario Internacional sobre Ateas Naturales y Turismo -25 de octubre al 8 de noviembre de 1982- llevada a cabo en Chubut se expresó que no se tendrían que permitir sin haberse ejecutado los estudios de la especie en lo referente a su población, ecología y comportamiento (se referían a los cetáceos y tomó parte en la reunión Jorge Mermoz, fs. 50). En 1979 el mismo acuario japonés "Sunshine..." obtuvo permiso para llevarse 4 delfines de los cuales ninguno llegó al Japón, frustrando el intercambio cultural pregonado. Dos murieron y los otros dos fueron confiscados en los Estados Unidos. No se da razón de esta medida del Gobierno estadounidense. En el mencionado informe del doctor Bellisio, que también firma Jorge F. Mermoz (cetólogo) y que luce a fs. 16/17, tenemos que se reconoce que "la situación de muchas especies de cetáceos en todo el mundo es un tanto delicada a causa de una intensiva explotación comercial, hasta el presente no se ha extinguido ninguna especie si bien es cierto que no existe seguridad de que esta situación se prolongue por mucho tiempo". En el mismo informe se da cuenta de que "en todo el mundo" se están estudiando especialmente los mamíferos marinos desde hace unas tres o cuatro décadas "y en la Argentina desde hace poco menos de una década. Estos estudios,... si bien no aportan información alguna concluyente..."; sin embargo, y paradójicamente, llegan a la conclusión de que puede afirmarse que "la información colectada hasta el presente nos permite concluir que en nuestro mar argentino no existen especies que sean depredadas o capturadas incidentalmente en cantidades que pongan en peligro a las poblaciones...". Afirman asimismo que 14 ejemplares es una cifra que estaría muy por debajo del 5 % de la población de esta especie, límite admitido por la Comisión Ballenera Internacional; no obstante no se expresa cuál sería la población total ni siquiera aproximadamente.

X - Los técnicos informantes destacan que los cetáceos costeros tienen características diferentes a las de las especies oceánicas, ya que estas últimas suelen verse en grandes manadas de hasta varios centenares, lo que revela una mayor abundancia relativa, en tanto no sucede lo mismo con las especies costeras. La tonina que nos ocupa tiene solamente una cría al año; no se conoce el reclutamiento de la especie, es decir, la cantidad de crías que sobrevive cada año.

Lo expresado por los expertos, que a fs. 18 dan cuenta de los permisos de caza dados desde 1978, me persuade de que no existen estudios serios, amplios y profundos que permitan afirmar que la pesca o caza de 14 delfines pueda -o no- alterar el equilibrio ecológico de la especie. Debe subrayarse que los peritos de la Subsecretaría de Pesca manifiestan que "se considera que la población se mantiene en un nivel estable", lo cual no permite determinar que la caza de 14 ejemplares resulte insignificante o que no tenga relevancia alguna. Los especialistas dicen que la tonina costera tiene una población sensiblemente menor a la de las oceánicas. A pesar de que puede suponerse que la caza de las últimas (que se observan en grandes manadas) resulte más dificultosa u onerosa, no creo que se justifique la insistencia en la caza de las costeras cuando los fines denunciados son esencialmente intercambio cultural. Los costos podrán ser mayores pero se dejaría a salvo la especie que aparece con más posibilidades de debilitarse.

La circunstancia de que en el Mar Argentino existan, por lo menos, 32 especies de cetáceos, no significa que pueda autorizarse la caza de ejemplares sin un estudio profundo de las circunstancias que hacen a la cuestión. Las enormes manadas de ballenas que a principios del siglo pasado habitaban todos los mares del mundo han desaparecido prácticamente por la falta de una adecuada política internacional al respecto. La experiencia debe ser aprovechada por el hombre que debe servirse de la naturaleza con sumo cuidado evitando su destrucción o alteración.

Puede ser que, efectivamente, 14 toninas no constituyan peligro alguno para la especie, mas ¿cuál es el límite de caza o pesca inocua? ¿serán 15, 20, 100 ó 1.000 toninas las que puedan capturarse sin peligro alguno? Por ahora ello constituye una incógnita.

XI - La "Fundación Vida Silvestre Argentina" ha producido el informe que luce de fs. 66 en adelante. Pone de resalto la Institución mencionada la muy escasa información científica disponible acerca de la biología y ecología de *C. Commersonii*, particularmente en lo que hace a, su dinámica poblacional. También hace referencia a la inexistencia de estudios científicos que serían la base esencial para la adopción de medidas que impliquen la explotación extintiva de la especie.

La poca información que se tiene de estos delfines es puesta de relieve (y no hay elementos que contradigan la postura) en el informe que allegara el doctor Mario Gustavo Costa en representación de Fundación Vida Silvestre Argentina (F. V. S. A.), de quien se dice mandatario. En síntesis, en el aludido escrito, se dice que "existen fundados motivos para no autorizar las capturas en cuestión ... es oportuno acotar que la información científica existente tampoco ha determinado, hasta hoy, si las poblaciones de *C. Commersonii* de las aguas próximas al litoral chubutense son independientes o no de otras que existirían en otros sectores del Mar Argentino. Esta sola incógnita significa que la captura que en estos obrados se discute podría lesionar gravemente una población de este cetáceo, que posiblemente tardaría mucho en recuperarse. El detrimento al patrimonio natural argentino producido sería, obviamente, consecuencia de una acción 'a ciegas' que pudo fácilmente evitarse...".

XII - A fs. 164 y siguientes luce el informe que el Juzgado requiriera a Rac Natelie Prosser de Goodall Directora del Programa de Cetáceos Australes -CADIC- señala la nombrada que colaboraron en el informe otros técnicos del asunto, a quienes expresamente menciona. De las manifestaciones de esta presentación surge el escaso conocimiento que se tiene sobre este animal que "casi todos los autores lo consideraban una de las especies más hermosas pero menos conocidas del mundo (Mitchell 1975 y otros)".

La experta consultada es quien más ha aportado sobre el tema; a pesar de eso ella misma dice que es poco lo que se sabe del animal de marras. Señala los lugares en que habita, que se corresponde con todo el litoral patagónico argentino. En toda el área de distribución "la mayoría de los avistajes conocidos son de grupos chicos, de dos o tres toninas (Brewnell, 1964) aunque existe algunos avistajes más grandes, la mayoría del siglo pasado". Explícitamente manifiesta que "en todas las publicaciones populares sobre delfines, se menciona esta especie con una descripción de la pigmentación, pero nada más, porque casi nada se conoce de su biología, anatomía, sistema de alimentación, comportamiento, ecología, su ubicación en el ecosistema y la cantidad de animales que existen (poblaciones o stocks). Ni sabemos si están distribuidos sobre toda la zona... ". Explica asimismo el porqué del número de 10.000 que apareció en algunos diarios, cantidad que considera no admisible al sostener: "Creo que sumando todos los avistajes publicados

de *C. Commersonii* desde 1769 hasta el presente no llegaríamos a 1.000 ejemplares".

Al referirse a las zonas de captura señala aquellas en las cuales la caza prohibida por leyes nacionales o provinciales (ley nacional 1238 y 1713 de la Provincia de Chubut, 1974). La Península Valdés es una reserva faunística provincial (ley 2161/83) la Isla de los Estados es una reserva marina (decreto nacional 104.169 del 26/IV/1937). Afirma que "la población de delfines en Tierra del Fuego es desconocida y al sacar 14 toninas de los grupos que estamos investigando (en una sola ocasión hemos visto tantos) arruinaría completamente el estudio, el único en progreso en el país sobre esta especie". Así llega a concluir que sólo queda la provincia de Santa Cruz de la que hay que descartar la Isla de los Pingüinos, frente a Puerto Deseado, por constituir una reserva marina. "En toda la provincia no hay ni un cetólogo y nunca se ha efectuado un estudio en sus aguas. No sabemos si existen solamente grupos de 15 a 20 animales en cada puerto, o si hay miles". Hace referencia al tratamiento de la cuestión en Chile, donde el cetáceo es utilizado como carnada, a pesar de que existe una ley conservacionista. Con esta explotación incidental y directa ya se están diezmando las poblaciones en ciertas áreas. Refiere el caso de las toninas exportadas por mediación del señor Cobreros de Bahía Blanca y el triste fin de todas menos una que sobrevivió en EE. UU. con una muy grave deformación en la cola. La informante asistió personalmente al estudio de los ejemplares muertos. Es ilustrativo el resto de este dictamen al que me remito "brevitatis causa". Pero debe destacarse un punto que tiraría por la borda el argumento de intercambio cultural que se pregona. La señora de Goodall dice que le disgustaría, en el caso de visitar el acuario "Sunshine International Aquarium", encontrarse con una equivocada descripción de un delfín de mi país o lo que sería mucho peor, una adecuada descripción de un delfín nuestro en deplorables condiciones físicas". Estima la consultada que en tanto no se tengan cifras "reales", obtenidas en observaciones directas sobre el estado poblacional de la especie, su ecología y comportamiento social no se debe autorizar la captura, menos cuando los antecedentes que rodean anteriores acciones

demonstran, claramente, los fatales resultados obtenidos.

XIII - A fs. 165 la señora Goodall menciona entre los científicos que estudian cetáceos a J. Mermoz, quien habría realizado un trabajo sobre el comportamiento del cetáceo "que duraba solamente tres meses, enero de 1977 y enero-febrero de 1980. Cuando el nombrado presentó el informe de fs. 16/17, firmándolo juntamente con Norberto Bernardo Bellisio (doctor en Ciencias Naturales), no hizo alusión alguna a dicho estudio que es indicado por la señora de Goodall como el único existente.

La señora Goodall ignora a Norberto Bernardo Bellisio al dar los nombres de quienes estudian la especie faunística en cuestión, a pesar de que habría recibido del mencionado Bellisio un recorte de "La Prensa" del 7/4/83, con una nota del nombrado que le aclara que se trata de "una captura ocasional, que no se repetiría en años posteriores".

El aludido artículo, recibido presuntamente el 16 de abril de 1983 por la señora Goodall expresa, sustancialmente, lo mismo que en el informe de fs. 16 y siguientes. No obstante, es de señalar que en dicho informe periodístico también expresa Bellisio que aunque no se conociera el tamaño real de la población de toninas overas, un simple cálculo nos indicaría que, aun capturando medio centenar, no se pondría en peligro la seguridad de la especie en nuestros mares. La destinataria ignoró las manifestaciones de Bellisio y las refutó implícitamente en su informe.

Llama la atención que en las referencias que acompaña la científica nombrada se menciona a J. F. Mermoz (aunque no al doctor Bellisio) y que se haga expresa referencia al trabajo de aquel que, sin embargo, no fue acompañado a estos actuados. Puede ser que Mermoz agregara su firma y aclaración de "cetólogo", al informe de Bellisio cuando el trabajo estaba realizado; hace suponer esto la circunstancia de que en la nota de fs. 14 del 8 de marzo de 1983 sólo se menciona el aval del científico Bellisio "cuyos informes y curriculum vitae, se agregan por separado".

XIV - Resulta también ilustrativo y complementa el informe de la señora Goodall la nota de Juan Carlos López que está agregada a fs. 176. Señala el nombrado que en 1655 días y durante 19.860 horas reales de observación constante del mar en busca de orcas y otros cetáceos, dentro de un área que abarca 5 km. de litoral marino, sólo pudo observar pequeños grupos de *commersonii* en cuatro oportunidades. Pone de resalto lo privilegiado del lugar de observación y llega a la conclusión de que la población de *commersonii* en la zona de Península Valdés es escasa y su presencia esporádica. El resto del informe coincide con el de la señora Goodall y, en todo caso, lo complementa.

XV - La demandada ha producido un informe a fs. 41/43 que merece también ser tenido en cuenta porque no resulta contrario a los comentarios "ut supra" que sostiene la postura de la demandante; en efecto, expresa en dicho documento que deben tenerse en cuenta el estado del ecosistema, la estructura poblacional de la especie cazada, su distribución espacial, su dispersión, las relaciones sociales, la formación o no de grupos, la relación a su vez con variables ambientales, la densidad poblacional, el crecimiento óptimo de ésta, el catatropismo, su poder biótico, etc., más la intensidad de la caza. Se señala, asimismo, que la preocupación es cada vez más acentuada y se ha cristalizado en la Convención Internacional sobre el Comercio de Especies Amenazadas de la Fauna y Flora Silvestres firmado en Washington el 3 de marzo de 1973 (la ley 22.344 acoge sus preceptos para el país -ver asimismo decreto reglamentario 691/81-). Y este informe concluye (punto 4) expresando que "no es de conocimiento de esta Dirección Nacional la realización de estudios sobre los temas requeridos".

XVI - La señora Goodall acompaña, entre otros elementos, una nota de Juan C. López (en fotocopia), dirigida al Director de Turismo de la Provincia de Chubut, el 22 de febrero pasado. La misiva reconoce, al pie, la colaboración de la nombrada del doctor Ricardo Bastida, del licenciado Hugo Castello y, justamente, del doctor Jorge Mermoz que, presumo, debe ser el mismo que firma la nota con el Doctor Bellisio a fs. 16/17, sin fecha, aunque, seguramente, con pocos días de diferencia con la de Juan C. López, ya que en la nota del 8 de marzo de 1983, se menciona el informe del doctor Bellisio. En la fotocopia aludida, que no ha sido objetada por la demandada, lo mismo que el resto de la prueba, se expresa que en la IIIa. Reunión Ibero-Americana de Conservación y Zoología de Vertebrados (Buenos Aires, noviembre de 1982), se formó un grupo de investigadores dedicados al estudio y conservacionismo de mamíferos marinos de Sud América integrado por especialistas de Brasil, Uruguay y Argentina, entre los que se encuentra Jorge Mermoz (Museo Argentino de Ciencias Naturales Bernardino Rivadavia de Buenos Aires). En la nota se destaca la posición conservacionista argentina, respecto de los cetáceos, que resulta de la normativa del dec. 125.258 de febrero de 1938, la ley 13.908 y el dec. 1214 de 1974 que prohíbe la explotación de cetáceos, y pone de relieve el firmante que "nos encontramos ante casos contradictorios, por cuanto Argentina manteniendo su posición (aparentemente) conservacionista de cetáceos, como miembro permanente de la Comisión Ballenera. Internacional (C. B. I.), cuyo actual presidente es el doctor Eduardo Iglesias del Gobierno argentino, permite por intermedio de la Secretaría de Intereses

Marítimos, bajo cuya jurisdicción se encuentran los mamíferos marinos, la autorización reiterada para la captura de *commersonii* sobre los cuales existe falta de conocimientos previos sobre su biología, aspectos poblacionales y de comportamiento. La captura de ejemplares sobre los cuales se desconoce el stock no estaría permitida por la Sección 9ª (de la clasificación de los Stocks) de la C. B. I., por cuanto una acción de estas características atenta contra la ecología y puede afectar (como en este caso) a los grupos de delfines. Por lo demostrado en las capturas ya realizadas (punto C) no existen garantías para la vida de los delfines capturados... ". Concluye diciendo: "Sugiero una rápida reunión en Chubut o Buenos Aires (donde me encontraría dispuesto a viajar) con los investigadores mencionados..., para reforzar la posición conservacionista de nuestra provincia y con base científica evitar el actual manoseo diplomático argentino japonés que pone en peligro a especies de cetáceos en nuestras aguas". Cabe poner de resalto que, entre los especialistas nombrados para esta reunión, se encuentra Jorge Mermoz (ver punto A de la nota).

XVII - En este especial juicio, en la sentencia interlocutoria del 22 de marzo de 1983, tome fundamentalmente en consideración el tema del interés de quienes promovían la demanda. En la oportunidad encontré verosímil el derecho invocado y digno de protección. Creo que ese constituyó el punto más importante del pronunciamiento desde que replanteaba, en otros términos, la cuestión que había merecido el pronunciamiento del doctor Heredia dictada en el sentido de que "para que una persona tenga derecho a iniciar una acción y por lo tanto asumir el carácter de parte..." debía "ser titular de un derecho subjetivo que haga a sus necesidades o conveniencias, y ese derecho, haber recibido un potenciamiento directo legal, constitutivo del contenido mismo de la norma jurídica". Para el doctor Heredia y los demás componentes de la sala Contencioso-Administrativa, no bastaba sólo el interés legítimo y menos un interés simple. En la ocasión indicada consideré que la vida actual invitaba a repensar la cuestión, por lo menos en lo que se refiere al medio ambiente. Entiendo que el interés jurídico de las personas se protege mediante acciones. Es decir, para que se abra la vía procesal que resulte apropiada debe demostrarse un interés jurídico. El interés simple parece ser considerado una categoría jurídica, pues, de no ser así, no debería siquiera ser tenida en cuenta por los doctrinarios. Pero puede ser también que siguiendo una corriente axiomática tradicional se mencione a los intereses simples sin una razón suficientemente válida desde el punto de vista jurídico, ya que si la doctrina se ocupa de estos intereses y los considerara de sustancia jurídica de alguna manera deberían ser contemplados.

XVIII - No obstante creo que se ha demostrado que la cuestión es de naturaleza diferente, considero que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye -ya lo adelanté- un derecho subjetivo. En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, defender su "hábitat" constituye -a mi ver- una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensas.

Si se altera el aire que se respira, el agua que se bebe o la comida que se ingiere, el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados. Si la biosfera se modifica, cada persona verá alterada su forma de vivir, su existencia estará amenazada o reducida; no se trata de necesidades o conveniencias públicas, se trata de cada vida afectada y de quienes dependen de esta persona.

Derecho es, genéricamente, el ordenamiento legal de una comunidad o de una Nación. Pero si se habla de "derecho subjetivo", debe considerarse al derecho desde un punto de vista, o con un significado diferente. Se trata de la facultad de exigir a otro u otros una conducta determinada -sea positiva o de abstención- Según Ihering. "Derecho" es un interés jurídicamente protegido; y se trata obviamente del interés

humano que es fundamento y medida de los derechos y las acciones. Es decir, derecho subjetivo es el poder concedido por el ordenamiento jurídico, que sirve para la satisfacción de intereses humanos (conf. Ennecerus-Kipp-Wolff citados por Borda, Guillermo en "Tratado..." - Parte General, t. I, p. 37). Aclara el autor citado que, frente a los derechos subjetivos, existe un deber jurídico de otra persona o grupo de personas que pueden ser todas las restantes del género humano como, por ejemplo, en el caso del respeto a la propiedad, a la vida, al honor, etcétera.

Derecho y deber son conceptos inseparables. Como decía el doctor Cabral Texo, constituyen las dos caras de una moneda.

Ennecerus sostenía que muchos deberes a cargo del Estado, no tenían, correlativamente un sujeto de derecho determinado ("Tratado de Derecho Civil", Kipp-Wolff, t. I, vol. I, p. 297). Borda afirma que se trata de un error, sosteniendo que la existencia de un deber jurídico, implica, necesariamente, la de un sujeto con potestad para exigir su cumplimiento; la negación de los derechos subjetivos conduce siempre a empequeñecer o destruir la personalidad humana frente al Estado. Los Estados modernos, casi insensiblemente, han recortado los derechos del hombre que ha aceptado, poco a poco una dimensión menor frente al aparato administrativo. Creo que, en definitiva, la cuestión tiene íntima relación con la lucha por la libertad y por el derecho.

XIX - De todas formas -en el sub lite- la parte demandada no impugnó la legitimación de los accionantes y, por el contrario, la aceptó expresamente; tal actitud (sus representantes así lo explican) se debió a que "el interés jurídico que en definitiva se pretende amparar no es sólo exclusividad de la parte actora, sino también el de la demandada". La Subsecretaría de Pesca ha manifestado que (ella) "se encuentra mucho más interesada que los actores en proteger el ecosistema, a peces en general y en particular los delfines". Tal postura me releva de insistir en el tema y decidir, a la luz de los elementos aportados y normas mencionadas, definitivamente, sobre el fondo del asunto.

XX - La demandada ha sostenido que quien alega debe probar y pone en duda sobre si la demandante haya probado o pueda probar que la captura de 14 delfines fuera depredatoria.

Creo que el caso debe verse desde un punto de vista especial, propio de una cuestión tan particular como novedosa. Creo que en respuesta al interrogante propuesto debo decir que estoy persuadido, en base a la prueba que surge del expediente -que no ha sido objetada por la demandada- que la captura de 14 delfines "puede" resultar depredatoria. Entiendo que tal circunstancia -en el caso- resulta suficiente para acoger la demanda. Las leyes de protección a la fauna y las opiniones de científicos me indican que antes de atrapar un animal de esta especie debe realizarse un serio y amplio estudio ambiental que, evidentemente, no se ha producido.

Los demandantes han probado ese extremo. No hay estudios que terminantemente demuestren que la especie tonina overa no se perjudique con la caza de 14 ejemplares. Es decir -a mi ver- han conseguido demostrar todo lo que podía pedirse de su actividad. Los estudios profundos, terminantes, circunstanciados, deben ser realizados por el Estado cumpliendo imperativos de la legislación en vigencia y preceptos constitucionales enunciados en el Preámbulo de la Carta Magna: promover el bienestar general para nosotros y nuestra posteridad. Si la demandante persigue la

"prohibición de cazar o pescar toninas overas en nuestro mar hasta tanto existan estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico que dicha caza pueda provocar" obviamente niega que el Estado haya realizado o tenido en cuenta semejantes estudios que -ha quedado demostrado- nunca se han realizado.

XXI - Por lo dicho considero que cabe el amparo anulando las autorizaciones de caza y pesca dadas por considerar que la estricta medida pedida supone una sentencia de futuro que, por tal motivo no resulta viable. Sin embargo, por aplicación del principio "iura novit curia" considero que puedo anular las resoluciones permisivas que son las que han provocado la cuestión.

Por los fundamentos expresados, fallo haciendo lugar al amparo iniciado por Alberto E. Kattan y Juan Schroder contra el Estado nacional; en consecuencia, declaro nulas las resoluciones S. S. P. 1942 del 13 de diciembre de 1982 y 50 S. S. P. del 3 de febrero de 1983, por las cuales se autorizó a "Sunshine International Aquarium" y "Matsushima Aquarium" a capturar y exportar 8 y 6 ejemplares de *Cephalorhynchus commersonii*, respectivamente, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1983. Costas a la demandada (art. 68, Cód. Procesal). - Oscar Garzón Funes. (Sec.: Pablo Gallego Pedriani).